UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI
FEDERICO II

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

TESI DI LAUREA
IN
DIRITTO COMMERCIALE

"La prevenzione della crisi di impresa"

"Crisis prevention in business"

RELATORI
CH.MI PROFF.
GIUSEPPE GUIZZI

STEFANIA SERAFINI

CANDIDATO
ANTONIO APRILE
MATR. 991/031913

ANNO ACCADEMICO 2019/2020

Ai miei angeli

<< *Passato, presente e futuro* – scriveva Gerhart Husserl nel suo saggio su "*Diritto e tempo" – sono modi di essere dell'esperienza umana.* Tre dimensioni con cui si può fare esperienza *di tutte le cose del mondo* – dunque anche delle norme e del diritto – certo diverse, eppure non completamente separate in quanto *mentre la corrente del tempo continua a fluire senza posa, esse passano costantemente l'una nell'altra*, sicché l'uomo *il cui piede pur poggia sempre sul terreno del presente* non può percorrere il suo cammino *senza lanciare continuamente su di esse uno sguardo retrospettivo e prospettico* >>.

Giuseppe Guizzi, in *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti*, Giuffrè, Milano, 2018.

INDICE

INTRODUZIONE. 1

CAPITOLO I

LE NUOVE PROCEDURE DI ALLERTA TRA *PRÉVENTION - DÉTECTION* NEL MODELLO FRANCESE E I DOVERI DI PREVENZIONE NEL DIRITTO SOCIETARIO DELLA CRISI.

1. Premessa. Uno sguardo d'insieme…..... 6

2. Le procedure di allerta nel D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.....9

2.1. Gli indicatori della crisi 14

2.2. Gli obblighi di segnalazione 22

2.3. L'audizione del debitore davanti all'OCRI 28

3. *Le droit français des entreprises en difficulté*: lineamenti generali.....35

4. *Le procédures d'alerte*.....39

5. L'allerta francese e l'allerta nel diritto interno: due modelli a confronto.....43

6. Brevi cenni sul "diritto societario della crisi".....46

7. I doveri di prevenzione. Il collegio sindacale 49

7.1. Segue: gli amministratori 51

CAPITOLO II

LA "GESTIONE DELL'IMPRESA": ASSETTI ADEGUATI, PRINCIPI DI *GOVERNANCE* E *BUSINESS JUDGMENT RULE*.

1. Riflessioni preliminari sulla "Direzione e gerarchia nell'impresa"… 55

2. Il nuovo secondo comma dell'art. 2086 c.c.: i destinatari della disciplina 59

2.1. Brevi note su una prima applicazione da parte del Tribunale di Milano.....66

3. Il principio di "adeguatezza" degli assetti. Fonti normative e parametri di valutazione 68

3.1. L'assetto organizzativo-amministrativo 75

3.2. L'assetto contabile.....77

3.3. Gli assetti patrimoniale e tecnico..... 78

4. Approfondimenti. L'impresa bancaria: controlli interni e adeguatezza organizzativa. 81

5. Segue: I programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale nel D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175.....88

6. L'attribuzione esclusiva delle competenze gestorie agli amministratori: perimetro dell'indagine….....94

6.1. Le interpretazioni "eversive" delle precedenti regole di governance.....100

6.2. Le tesi "riduzioniste"..... 108

7. Il problema dell'applicabilità della *business judgment rule* alle scelte in materia di assetti… 117

CAPITOLO III

IL RUOLO DELL'OCRI NEL PROCEDIMENTO DI COMPOSIZIONE ASSISTITA DELLA CRISI.

1. L'OCRI: natura e competenza territoriale 132

1.1. Il referente e il suo ufficio..... 139

1.2. Il collegio degli esperti 144

2. Il procedimento di composizione assistita della crisi. Natura e funzioni dell'istanza del debitore…..... 150

2.1. Esito concorsuale volontario o chiusura con un accordo..... 161

2.2. Conclusione negativa del procedimento: esito concorsuale non volontario o segnalazione al Pubblico Ministero..... 164

3. Le misure protettive nella composizione assistita della crisi: istanza, funzioni e contenuto… 170

3.1. Segue: profili procedurali..... 182

4. Rilievi finali. Misure premiali… 188

CONCLUSIONI… 194

BIBLIOGRAFIA… 198

SITOGRAFIA…..... 206

Introduzione.

Il risanamento dell'impresa, che reca con sé – quali necessari corollari – i profili della prevenzione e della tempestività dell'intervento, è oramai un valore profondamente sedimentato nel terreno dell'ordinamento comunitario e, pertanto, reiteratamente affermato in numerosi testi normativi sovranazionali, il cui *leitmotiv* può essere individuato nella convinzione per cui l'impresa << deve poter procedere alla ristrutturazione in una fase precoce non appena sia evidente che sussiste probabilità di insolvenza >> (Raccomandazione 2014/135/UE della Commissione Europea).

Ricevendo la spinta delle sollecitazioni unionali, il legislatore interno – in attuazione della Legge Delega 19 ottobre 2017, n. 155 – ha emanato il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, di cui al D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, intendendo con esso introdurre (o, forse, solo specificare) il principio secondo il quale la crisi e l'insolvenza non devono solo essere gestite, ma anche prevenute.

Il nuovo impianto codicistico getta le basi della concorsualità preventiva, prendendo le mosse dal condiviso presupposto che << le possibilità di salvaguardare i valori di un'impresa in difficoltà sono direttamente proporzionali alla tempestività dell'intervento risanatore e che, viceversa, il ritardo nel percepire i prodromi di una crisi fa sì che, nella maggior parte dei casi, questa degeneri in vera e propria insolvenza sino a divenire irreversibile ed a rendere perciò velleitari – e non di rado addirittura ulteriormente dannosi – i postumi tentativi di risanamento >>[1].

La scelta di dedicare questo scritto al tema – affascinante – della prevenzione della crisi d'impresa, i cui strumenti "naturali" non

[1] Così la *Relazione illustrativa allo schema di accompagnamento ai decreti delegati*, Roma, 22 dicembre 2017, § 2, 3. Pressoché nello stesso senso si esprime anche la *Relazione illustrativa al decreto legislativo di attuazione della legge delega*, Roma, 2 ottobre 2018, § 5, entrambe reperibili in internet su *osservatorio-oci.org*

apparterrebbero in realtà al piano delle discipline fallimentari propriamente intese, è maturata sostanzialmente in virtù di due ragioni, l'una di interesse prettamente dottrinale, l'altra più squisitamente personale.

Da un lato, esplicitando la prima, giova preliminarmente considerare che l'introduzione, nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, degli strumenti di allerta e del procedimento di composizione assistita della crisi – da più parti descritta come l'innovazione più ambiziosa e rilevante in materia di prevenzione e, in generale, come il profilo più qualificante della recente riforma concorsuale – è stata preceduta da una gestazione lunga e faticosa, che, in meno fortunate precedenti stagioni di riforma, non è riuscita ad approdare ad analogo esito positivo, impedendo finora al nostro Legislatore di codificare forme di risoluzione delle crisi d'impresa che preservino la continuità aziendale e rendano residuali le procedure meramente liquidatorie.

Di fronte a siffatto travagliato contesto, risulterà facilmente comprensibile che lo studioso del diritto possa sentirsi – per indole – naturalmente spronato da una fervida curiosità ad indagare più scrupolosamente la disciplina degli istituti in oggetto – non senza segnalare alcune delle criticità che emergono dalla lettura delle previsioni del decreto delegato – interrogandosi, e tentando di offrire possibili risposte: *i*) sul perché il legislatore ha avvertito, da tempi risalenti, l'esigenza di introdurre specifici strumenti di allerta nella disciplina della crisi d'impresa, chiedendosi da quale ordinamento si sia fatto eventualmente ispirare (e con quale intensità) e valutando, contestualmente, se le predette misure siano idonee allo scopo che si è prefissato il legislatore e se, a prescindere dalle procedure introdotte dal codice della crisi, la fase della prevenzione dell'insolvenza non sia in realtà da ritenersi già ricompresa nella funzione gestoria; *ii*) su come tali strumenti siano destinati ad incidere, in misura più o meno rilevante, sulla *governance* dei singoli tipi societari e sui doveri degli organi di gestione, essendo gli obblighi di pianificazione, rilevazione precoce della crisi e di attivazione ai

fini della sua composizione intrinsecamente connessi con il sistema delle responsabilità dei soggetti investiti di funzioni di amministrazione e controllo delle imprese; *iii*) sulle finalità, i caratteri e il funzionamento degli OCRI (e cioè gli organismi di composizione della crisi d'impresa, disciplinati dagli art. 12 ss. del Codice della crisi), che hanno il compito di ricevere le segnalazioni e gestire la fase dell'allerta e, per le imprese diverse dalle imprese minori, la fase della composizione assistita.

Riferendosi, invece, alla seconda ragione che ha contribuito alla genesi del presente elaborato, può essere sufficiente chiarire che essa va interamente ricondotta alla sensibilità – di *chi* scrive – per temi i quali, sebbene correlati al diritto (che pure resta una disciplina umanistica, vale a dire esperienza antropologica intesa come viaggio dell'uomo nell'uomo), risultino culturalmente rilevanti e in stretta connessione con lo studio psicologico della natura umana e dei comportamenti di categorie di soggetti che, nel caso di specie, appartengono al mondo imprenditoriale.

Più chiaramente, l'analisi dei presupposti della disciplina delle tecniche di prevenzione della crisi d'impresa consente di esaminare l'attitudine istintiva dell'individuo-imprenditore a non reagire ai sintomi della crisi, negandola o tentando il più a lungo possibile di mascherarla in vista di improbabili soluzioni miracolistiche. << L'imprenditore, infatti, […] se riesce a riprendere fiato tende a sottovalutare le cause della crisi e ad andare avanti. E spesso il ceto creditorio, per convenienza e a volte per grave disattenzione, lo segue su questa strada: la banca preferisce rifinanziare lo scaduto per rappresentare come ordinato l'andamento invece anomalo dell'esposizione del debitore, riverginizzandolo chirurgicamente; il fornitore preferisce l'immediato incasso, col quale spesso si autogiustifica per proseguire nelle forniture e così tenere

corrispondentemente elevato il fatturato, senza cura del fatto che con ogni probabilità esso si rivelerà marcio >>[2].

Appare insomma evidente che il problema di fondo di un risanamento aziendale che possa dirsi tempestivo – e per questo virtuoso – è prettamente culturale, e anche su quel piano va gestito, contrastando i personalismi autoreferenziali dell'imprenditore, che, come qualsiasi essere umano, nei momenti di crisi << prova vergogna perché è nudo e sente il bisogno di coprirsi con qualche cosa >>. Avrebbe bisogno semplicemente di un po' di coraggio << per guardare poco alla volta tale nudità, per custodire non il sogno, ma piuttosto le sorgenti stesse del sogno, per vedere cosa gli rimane, quando ormai non gli rimane più nulla >>[3].

[2] MEO G. (2018). *La Difficile via normativa al risanamento d'impresa*. Rivista del diritto commerciale, fasc. 4: 613.

[3] Le citazioni sono tratte dal testo *Verso un sapere dell'anima*, Cortina, Milano, 1996, di Maria Zambrano, filosofa e saggista spagnola, che ha dedicato pagine splendide al tema dell'inquietudine dell'uomo nel vivere in crisi.

CAPITOLO I

LE NUOVE PROCEDURE DI ALLERTA TRA *PRÉVENTION - DÉTECTION* NEL MODELLO FRANCESE E I DOVERI DI PREVENZIONE NEL DIRITTO SOCIETARIO DELLA CRISI.

SOMMARIO: 1. Premessa. Uno sguardo d'insieme. – 2. Le procedure di allerta nel D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14. – *2.1. Gli indicatori della crisi*. – *2.2. Gli obblighi di segnalazione*. – *2.3. L'audizione del debitore davanti all'OCRI*. – 3. *Le droit français des entreprises en difficulté*: lineamenti generali. – 4. *Le procédures d'alerte.* – 5. L'allerta francese e l'allerta nel diritto interno: due modelli a confronto. – 6. Brevi cenni sul "diritto societario della crisi". – 7. I doveri di prevenzione. Il collegio sindacale. – *7.1. Segue: gli amministratori*.

1. Premessa. Uno sguardo d'insieme.

In attuazione della Legge Delega 19 Ottobre 2017, n. 155[4] è stato emanato il D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 che integra il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza[5]. Tale corpo normativo di nuovo conio va ad inserirsi in uno scenario caratterizzato da intense ed importanti sollecitazioni di diritto europeo, finalizzate ad attuare, tra i vari sistemi legali degli Stati Membri, una parziale armonizzazione della disciplina dell'insolvenza, mediante strumenti che mirano a ripristinare l'operatività dell'impresa e ad evitare l'insolvenza stessa. Lo scopo, << che è politico prima che giuridico >>, sembra essere, dunque, quello di << promuovere nell'Unione una *rescue culture,* ossia una cultura del salvataggio dell'impresa in crisi, in luogo della sua liquidazione >>[6].

Rileva, a tal proposito, uno[7] degli obiettivi della Raccomandazione n. 2014/135/UE che è di "garantire alle imprese sane in difficoltà finanziaria, ovunque siano stabilite nell'Unione, l'accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza". Il Piano d'azione imprenditorialità 2020 invita altresì gli Stati membri a "offrire servizi di sostegno alle imprese in tema di ristrutturazione precoce, consulenza per evitare i fallimenti".

---

[4] La legge recante << Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza >> è la versione ultima di numerosi precedenti progetti di Legge Delega proposti dalla Commissione Rordorf (che deriva il nome dal suo presidente, Renato Rordorf) istituita dal Ministro della Giustizia con decreto 28 gennaio 2015.

[5] Ai sensi della disciplina transitoria di cui all'art. 389 CCII, soltanto alcune norme del provvedimento in oggetto sono entrate in vigore, in via anticipata rispetto al resto del Codice, il 16 marzo 2019 (trentesimo giorno successivo alla pubblicazione nella G.U. del D. Lgs. n. 14/2019). Le restanti disposizioni – tra cui rientrano quelle inerenti agli strumenti e procedure di allerta – avrebbero dovuto acquisire vigenza il 15 agosto 2020, termine che è stato successivamente differito al 15 febbraio 2021 dal decreto legge "recante disposizioni urgenti per il sostegno alla liquidità delle imprese e alle esportazioni", in modo da consentire ai soggetti coinvolti di continuare ad operare secondo una disciplina consolidata durante la fase più acuta dell'emergenza economica, derivante, a sua volta, da quella epidemiologica da COVID – 19.

[6] MONTELLA G. (2017). *Ristrutturazione preventiva e doveri dei dirigenti nella proposta di direttiva del 22 novembre 2016.* Il Fallimento, fasc. 10: 1116.

[7] L'altro è quello di "dare una seconda opportunità in tutta l'Unione agli imprenditori onesti che falliscono".

Ancora, non può farsi a meno di segnalare la Proposta[8] di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, n. 2016/0359 del 22 novembre 2016 la quale è destinata a produrre << quasi una rivoluzione copernicana nell'intero approccio alla crisi dell'impresa: la procedura di insolvenza diverrebbe, infatti, un esito, residuale e deprecato, che scatterebbe solo dopo l'insuccesso di quel tentativo di ristrutturazione che a sua volta il debitore sarà tenuto comunque a compiere >>[9].

Più in particolare la Proposta, con l'intento di contrastare la tendenza del debitore ad affrontare in ritardo le proprie difficoltà finanziarie, tendenza che gli è connaturale così << come nell'ammalato è innata la ritrosia ad accettare che è venuto il tempo di andare dal medico >>[10], esorta gli Stati ad introdurre strumenti di allerta che possano individuare tempestivamente un andamento degenerativo dell'impresa e segnalare all'imprenditore la necessità di agire celermente[11].

Il tema dell'allerta è tra i più qualificanti e suggestivi dell'attuale stagione di riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza, rispecchiando perfettamente l'istanza di prevenzione sottesa a tutte le

[8] "Riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti" che modifica la Direttiva 2012/30/UE.

[9] MONTELLA G. (2017). *Op. cit.*: 1116.

[10] MEO G. (2018). *Op. cit.*: 613.

[11] << La citata Proposta di Direttiva, in particolare, si occupa sì per un verso della necessità di introdurre negli Stati membri "procedure di prevenzione che aiutino il debitore a evitare l'insolvenza", ma nel senso di "tempestive procedure di ristrutturazione preventiva", idonee a garantire "la possibilità di intervenire prima che l'impresa non sia più in grado di rimborsare i prestiti"; e dà atto che a tal fine "alcuni Stati membri dovranno mettere in atto una procedura di prevenzione o adeguare una procedura già notificata […].

Per altro verso, la stessa Proposta parla invece di "strumenti di allerta per spingere i debitori che cominciano ad avere problemi finanziari ad agire in una fase precoce" (*cons*. 16), ipotizzando a tal fine, "tra i possibili meccanismi di allerta", non già nuove ed apposite procedure di composizione della crisi, bensì obblighi di contabilità e monitoraggio in capo al debitore o ai dirigenti del debitore e obblighi di segnalazione nell'ambito dei contratti di prestito; nonché la possibilità di "incoraggiare od obbligare, a norma del diritto nazionale, i terzi in possesso di informazioni rilevanti, come i contabili e le autorità fiscali e di sicurezza sociale, a segnalare gli andamenti negativi" (ivi). Ed all'art. 3 adita agli Stati membri il compito di provvedere "affinché i debitori e gli imprenditori abbiano accesso a strumenti di allerta" siffatti, che siano "in grado di individuare un andamento degenerativo dell'impresa e segnalare al debitore o all'imprenditore la necessità di agire con urgenza" >>. Così PERRINO M. (2019). *Crisi d'impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*. Il corriere giuridico, fasc. 5: 653 ss.

innovazioni normative, sovranazionali e non, che in quella riforma si inseriscono.

Di "procedure d'allerta" parla il recente Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza nel quale vengono recepiti i lavori della Commissione[12] ministeriale presieduta da Renato Rordorf, il cui progetto rappresenta << un primo passo in avanti nell'attuazione dei principi della proposta di Direttiva >>[13]. Le procedure in parola, che devono essere di natura non giudiziale e confidenziale, sono finalizzate a incentivare l'emersione anticipata della crisi e a favorire le trattative tra debitore e creditori. Esse si sostanziano in coordinati obblighi di segnalazione, posti in capo a soggetti sia interni che esterni all'impresa, correlati al rivelarsi degli indicatori della crisi.

La Commissione Rordorf ha sicuramente tratto ispirazione dal modello francese, caratterizzato da una spiccata attenzione al profilo della *prévention* delle crisi, predisponendo, a tal fine, strumenti diretti ad una *détection des difficultés* quanto più tempestiva possibile. Quella transalpina è da sempre una terra << di feconda sensibilità verso il diritto delle imprese in crisi >>[14] e il diritto francese è sorprendentemente in linea con gli atti normativi europei sopra richiamati, pur avendo anticipato, e probabilmente anche ispirato, gli stessi.

Volgendo nuovamente lo sguardo al diritto interno e pur non volendo sminuire la portata innovativa delle procedure e degli strumenti introdotti dal D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, è da rilevare che erano già presenti, nella disciplina domestica delle società di capitali, obblighi di ricognizione e denuncia in capo a organi di controllo interno, idonei *in thesi* a far emergere in maniera anticipata situazioni di "incertezza" per i creditori. Si tratta di misure

[12] Tra i compiti assegnati alla Commissione dal D.M istitutivo del 28 gennaio 2015 vi era proprio quello di individuare, tra le altre, "misure idonee a incentivare l'emersione della crisi".

[13] PANZANI L. (2017). *La proposta di Direttiva della Commissione UE: early warning, ristrutturazione e seconda chance.* Il Fallimento, fasc. 2: 131.

[14] CARMELLINO G. (2015). *Le droit français des entreprises en difficulté e i rapporti con la nuova normativa europea.* Il Fallimento, fasc. 10: 1060.

per le quali si è parlato, e si parla ancora diffusamente, di "Diritto societario della crisi" e che inducono non poca parte della dottrina a ritenere che << lo spazio che, con l'introduzione delle procedure di allerta, la riforma del diritto fallimentare verrebbe ad occupare non è vuoto come, ad un primo sguardo, potrebbe apparire >>[15].

Una volta tracciati tali percorsi ricostruttivi, emergono con prepotenza, e senza necessità di essere meglio esplicitate, le ragioni di un'indagine comparata che riveli più approfonditamente la disciplina della prevenzione nel diritto transalpino e in quello interno, *ex ante* ed *ex post* la recente riforma.

2. Le procedure di allerta nel D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.

L'opportunità dell'introduzione di sistemi di allerta e prevenzione nel nostro ordinamento era già stata segnalata, senza successo[16], dalla Commissione Trevisanato[17] all'epoca della riforma della legge fallimentare del 2005. Nonostante le disposizioni relative a quel tema non abbiano visto la luce in quella precisa stagione riformatrice, l'oggetto degli ampi dibattiti della Commissione rivela che già era ben diffuso il convincimento per cui grande importanza riveste la tempestività dell'intervento al fine di una soluzione positiva della crisi d'impresa o, quanto meno, di un più favorevole epilogo per tutte le parti coinvolte.

[15] RUSSO R. (2018). *Collegio sindacale e prevenzione della crisi d'impresa*. Giurisprudenza commerciale, fasc. 1: 119 ss.

[16] Autorevole dottrina sostiene che il motivo per cui il legislatore, a quel tempo, preferì non introdurre strumenti di allerta è da ricercarsi nella previsione – contenuta nei progetti governativi precedenti a quelli predisposti dalla Commissione Rordorf – del diretto intervento dell'autorità giudiziaria nell'ambito dell'allerta, proprio secondo quanto accade nella prassi francese. Tale dottrina insiste sull'argomento per cui un eventuale ruolo del giudice in questo sistema avrebbe potuto connotarsi come minaccioso e aggravare ulteriormente la crisi, ancora sanabile, dell'impresa. Altri, ancora, ritengono che l'impossibilità di introdurre le misure in questione fu indissolubilmente legata alla prassi economico-finanziaria dei creditori aziendali che, dinanzi alle prime avvisaglie di una crisi, intraprendono una corsa al "si salvi chi può", adottando azioni conservative e di recupero che compromettono ulteriormente l'equilibrio finanziario del debitore.

[17] Operativa tra il 2001 e il 2004 e predisposta all'elaborazione di disegni di legge delega di riforma delle procedure concorsuali. I lavori della Commissione hanno trovato poi spazio nei testi dei provvedimenti che sono stati promulgati nella stagione delle riforme della legge fallimentare del 2005-2007.

Successivamente la Commissione Rordorf, che succede a quella presieduta dall'avvocato Trevisanato e che si pone con quest'ultima in una relazione di continuità d'intenti, presenta un progetto governativo che, con le auspicate modifiche[18], risolve gli attriti formatisi in precedenza intorno al tema dell'allerta, ricevendo favorevole accoglimento.

Le procedure di allerta disciplinate dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza sono << finalizzate a incentivare l'emersione anticipata della crisi e ad agevolare lo svolgimento di trattative tra debitore e creditori >>[19], esortando un'azione preventiva dell'imprenditore che permetta di evitare l'insolvenza stessa.

La stessa "crisi" è definita dal nuovo Codice come << lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza[20] del debitore >>[21]. Definizione che riporta alla memoria la suggestiva immagine, disegnata dall'organismo sovranazionale *Uncitral*[22], della *twilight zone* ("zona crepuscolare") che è << il periodo nel quale si ha un deterioramento della stabilità finanziaria dell'impresa tale da far prevedere come imminente l'insolvenza, e nel corso del quale gli amministratori sono tenuti a prendere certe misure intese a prevenire e comunque ad evitare l'insolvenza stessa >>[23].

---

[18] Nel progetto della Commissione Rordorf non è previsto alcun intervento dell'autorità giudiziale nelle procedure d'allerta, né in caso di mancata partecipazione del soggetto debitore né in caso di infelice epilogo delle stesse. Tuttavia tale mancata previsione, che differenzia i lavori di Rordorf da quelli di Trevisanato, viene colmata e, in un certo senso, resa vana da una addizione del Governo che introduce, nella versione finale della Legge delega, un'appendice giudiziale dell'allerta.

[19] Cosi recita il testo dell'art 4. comma 1 della Legge Delega 19 ottobre 2017, n. 155.

[20] "Stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni". (art. 2. comma 1, lettera b) del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

[21] Così l'art. 2. comma 1, lettera a) del D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.

[22] La Guida Legislativa predisposta dall'*Uncitral*, pur essendo priva di qualsiasi carattere vincolante per i legislatori nazionali, costituisce un importante precedente in materia di prevenzione della crisi. Essa infatti fornisce gli strumenti cognitivi e di esperienza per l'introduzione, nei rispettivi ordinamenti, di appropriate misure per facilitare il risanamento delle imprese debitrici in funzione preventiva rispetto all'insolvenza vera e propria.

[23] MONTELLA G. (2017). *Op. cit.*: 1118.

La crisi è un momento fisiologico dei processi di impresa. Anche se l'imprenditore e la compagine dei creditori tendono ad avvertirla solo quando essa si traduce in una mancanza di liquidità, la crisi non è mai solo finanziaria. Quest'ultima non è altro che l'evoluzione finale di altre criticità di varia natura, in sé anche più gravi, che attengono al profilo organizzativo, gestionale, produttivo, concorrenziale e così via. Quella finanziaria è quindi conseguenza di altre crisi, non causa di esse. Si palesa dunque l'importanza dell'utilizzo di indici, strumenti e procedure che possano far emergere le difficoltà prima che la crisi si manifesti.

Tuttavia è da ammettere che l'introdotta definizione di crisi quale "probabilità di insolvenza", tradisce le deduzioni richiamate e lascia intendere che la << la finalità dell'anticipazione è piuttosto da intendersi in termini di mero rafforzamento concettuale della tempestività di rilevazione piuttosto che di una vera e propria rilevazione anticipata di una crisi solo futura >>.[24] Infatti quanto più è stretta la correlazione tra il concetto di crisi e la "probabilità di insolvenza", tanto più si sposta in avanti il momento di attivazione dell'allerta.

L'area dei soggetti ai quali si applicano gli "strumenti di allerta" in senso stretto è piuttosto ampia in quanto coincide con la categoria soggettiva destinataria della riforma e delineata dalla Legge delega 19 ottobre 2017, n. 155. Si tratta di tutti i debitori che svolgono attività imprenditoriale. Restano escluse, per espressa previsione normativa, le grandi imprese, i gruppi di imprese di rilevante dimensione, le società quotate in mercati regolamentati o diffuse tra il pubblico in maniera rilevante e altri soggetti[25] individuati dal legislatore delegato.

[24] RANALLI R. (2017). *Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi: insidie e opportunità*, tratto da *ilfallimentarista.it*

[25] Banche, società capogruppo di banche e società componenti il gruppo bancario, intermediari finanziari, istituti di moneta elettronica e istituti di pagamento, società di intermediazione mobiliare, società di gestione del risparmio, società di investimento a capitale variabile e fisso, società capogruppo di società di intermediazione mobiliare e società componenti il gruppo; fondi comuni di investimento, succursali di imprese di investimento e di gestori esteri di fondi di investimento

La ragione dell'esclusione riposa sul dato che le realtà quotate e le grandi imprese sono caratterizzate da un'applicazione rigorosa dei principi contabili e possiedono già strumenti interni di allerta: due fattori sempre astrattamente idonei ad intercettare una situazione di insolvenza anche solo prospettica.

Fa da sfondo alle nuove misure di allerta e prevenzione – come condizione necessaria per la rilevazione precoce della crisi e la tempestiva adozione delle misure idonee a risolverla o a regolarla – l'obbligo di istituzione di assetti organizzativi adeguati, che la riforma impone all'imprenditore con le modifiche all'art. 2086 del codice civile.

È vero che il diritto societario della crisi già conosce i principi di corretta amministrazione, il dovere di dotare la società di adeguati assetti organizzativi e il dovere di istituire un adeguato sistema di controllo interno. Ma ora questi strumenti – posto che nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza << la possibilità di intraprendere azioni correttive già nella fase della pre-crisi (la c.d. "*twilight zone*"), grazie a un efficace sistema di *early warning*, assume dunque un livello di attenzione non conosciuto in precedenza >> – sono indirizzati anche (e soprattutto) a rilevare prontamente le prime avvisaglie della crisi, con l'espressa finalità di ottenere il recupero del *going concern*.

Gli adeguati assetti organizzativi aziendali rappresentano le fondamenta su cui poggia l'intero sistema dell'allerta[26]: << ben difficilmente >> – in assenza di essi – << l'organo amministrativo e l'organo di controllo saranno in grado di individuare con sufficiente rapidità il rischio di un peggioramento delle condizioni aziendali, lasciando spazio così a un incontrollato

alternativi, depositari centrali, fondazioni bancarie, Cassa depositi e prestiti, fondi pensione, imprese di assicurazione e riassicurazione, società fiduciarie.

[26] Significativo, sul punto, è che l'art. 375 CCII, che integra la formulazione dell'art. 2086 c.c., fa parte del gruppo di norme la cui entrata in vigore è stata anticipata rispetto al resto delle disposizioni.

aggravamento destinato ad essere rilevato solo al raggiungimento di un livello di pericolo assai maggiore, quando i sintomi delle difficoltà economiche e finanziarie saranno non più ignorabili >>[27].

L'art 2086 c.c. – mediante l'introduzione di un secondo comma – prevede così un obbligo generale, valevole per qualunque imprenditore che operi in forma societaria o collettiva, di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, e ciò anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, nonché l'obbligo dell'imprenditore, e dunque degli amministratori societari, di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e per il recupero della continuità.

Tale previsione è stata da più parti criticata perché ritenuta irrealistica, in quanto imporrebbe, *prima facie*, ingenti e gravosi oneri organizzativi anche ad imprese di piccole e piccolissime dimensioni, che, per definizione, non possiedono le risorse necessarie per predisporre quei meccanismi di presidio. È una obiezione che è destinata ad avere vita breve: basti considerare che << la disposizione ha essa stessa cura di specificare che l'obbligo va calibrato in ragione della natura e della dimensione dell'impresa, e questo è, evidentemente, un criterio che consente di escludere una sovrabbondanza di mezzi rispetto al fine >>[28]. A sostegno dell'ultima risoluzione si segnala che il legislatore delegato ha avuto cura di specificare nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza che gli strumenti di allerta si applicano, sì, anche alle imprese agricole e alle imprese minori ma << compatibilmente con la loro struttura organizzativa >> (art. 12, comma 7).

[27] Le citazioni sono tratte da GUIOTTO A. (2019). *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*. Il Fallimento, fasc. 4: 410.

[28] MEO G. (2018). *Op. cit.*: 619.

Una volta delineato preliminarmente l'ambito soggettivo di applicazione degli strumenti di allerta, ci si può dedicare ad un'analisi più problematica degli indicatori della crisi e degli obblighi di segnalazione e ricognizione, per poi passare ad osservare la fase dell'audizione del debitore dinanzi all'OCRI.

2.1. Gli indicatori della crisi.

Se il cuore della tematica dell'allerta può essere felicemente individuato nell'assunto per cui le crisi, ove tempestivamente diagnosticate ed affrontate, consentono di arrestare il processo degenerativo dell'impresa, allora si impone con la forza dell'ovvio l'importanza cruciale di una individuazione, quanto più attendibile e veritiera, delle prime avvisaglie di difficolta.

<< Spesso le crisi si manifestano non perché siano inevitabili, ma perché le imprese non riescono a cogliere i segnali di allarme, non sono in grado di limitare gli effetti dannosi e soprattutto di monitorare le minacce per prevenirle>>[29]. L'obiettivo diventa così quello di far sì che la crisi sia riconosciuta ai suoi albori, sulla scorta di indizi sufficientemente univoci e non suscettibili di opinabilità.

La delicatezza del lavoro di designazione degli indicatori della crisi si evidenzia da sé ed è stata sottolineata e avvertita, se non anche temuta, da più parti. Infatti, nel periodo in cui si attendeva che le previsioni del progetto governativo elaborato dalla Commissione Rordorf venissero tradotte dal legislatore delegato in disposizioni normative, c'è chi ha commentato che << non si può invidiare il compito di elaborare questi indici e non si può far a meno di invocare la protezione celeste affinché chi lo farà sappia tener

[29] DANOVI A. – RIVA P. (2018). *Le cinque fasi della crisi e dell'allerta*, tratto da *ilfallimentarista.it*

presente le molteplici circostanze che incidono sulla significatività di tali indici >>[30].

Le insidie risiedono nella necessità che gli indicatori di crisi prescelti corrispondano ad una fase adeguata, ossia di reale difficoltà, della vita dell'impresa. Il rischio, tutt'altro che remoto, è che gli indici in parola potrebbero integrare dei falsi positivi, suscitando allarmismi ingiustificatamente precoci anche nel mercato di riferimento, ottenendo, così, soltanto il drammatico effetto di favorire, anziché scongiurare, un aggravamento della crisi. D'altro lato, è da tenere a debita distanza anche l'opposta – e non meno minacciosa – possibilità che gli indicatori della crisi consiglino di intervenire quando è ormai troppo tardi e l'impresa è irrimediabilmente in declino, vanificando così la nobile *ratio* che è alla base dell'allerta.

Nella materia in oggetto la Legge Delega 19 ottobre 2017, n. 155 presentava un approccio piuttosto deterministico. Essa prevedeva il ricorso a indici e parametri specifici che avrebbero dovuto consentire una comprensione quanto più oggettiva dell'effettiva gravità della crisi, al fine di valutare l'azione più opportuna da intraprendere. Si tratta dei seguenti quattro parametri: rapporto di indebitamento, indice di rotazione dei crediti, indice di rotazione del magazzino e indice di liquidità.

Eppure la più feconda dottrina economico aziendale da tempo si è sforzata di segnalare che nessuno dei parametri richiamati possiede la capacità di individuare in maniera inequivocabile, o anche solo probabile, una situazione di insolvenza prospettica. Specifiche ragioni tecniche[31] sono motivo

[30] SPOLIDORO M.S. (2018). *Procedure d'allerta, poteri individuali degli amministratori non delegati e altre considerazioni sulla composizione anticipata della crisi.* Rivista delle società, fasc. 1: 174.

[31] "Gli indici di rotazione del magazzino e dei crediti sono innanzitutto indicatori particolari che contrappongono una grandezza di flusso (le vendite) con una di *stock* (rispettivamente il magazzino e i crediti). Il che ne impedisce l'utilizzo e la comparazione con misurazione intra-periodali. Per avere un valore indicativo occorrerebbe riferirsi a grandezze relative all'intero esercizio,

dell'inadeguatezza di tali indicatori che hanno lasciato spazio nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ad un approccio meno deterministico, più sistemico ed efficace e << con capacità discriminante sostanziale e non solo formale >>[32].

D'altronde non era auspicabile vincolare la conduzione gestionale delle imprese al rispetto di astratti parametri finanziari, con il rischio che fosse prestata maggiore premura al rispetto di indici aridamente determinati, piuttosto che all'efficienza della gestione nella sua totalità.

Il legislatore delegato, sulla spinta delle sollecitazioni provenienti dalla dottrina aziendalistica, ha stabilito nel primo comma dell'art. 13 del Codice della crisi e dell'insolvenza che costituiscono indicatori di crisi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario – rilevabili attraverso appositi indici[33] che abbiano particolare riguardo alla sostenibilità dei debiti per

---

il che appare difficilmente conciliabile con la tempestività voluta dal legislatore, che premia un'attivazione entro sei mesi dall'evento. Ma diversa è la questione. Essi non hanno coefficienti di normalità che possano essere desunti agevolmente dal mercato. […] Entrambi poi dipendono da grandezze e in particolare dalla domanda e dalle difficoltà finanziarie del mercato. Con l'avvento della grande crisi, tutti gli operatori, nessuno escluso, dalle banche alla grande distribuzione, agli operatori della telefonia, hanno avuto una dilatazione dei tempi di incasso dei crediti (e un rallentamento della rotazione del magazzino). Sulla base dei parametri in questione, tutti gli operatori avrebbero presentato indizi finanziari di uno stato di crisi, anche senza che questo sussistesse.

[…] Il rapporto tra mezzi propri e mezzi di terzi, *ex se*, non dice nulla: attiene infatti alla struttura finanziaria dell'impresa. Una struttura finanziaria non equilibrata espone l'impresa ad un rischio finanziario maggiore, ma non è necessariamente indizio di crisi.

[…] L'indice di liquidità è quello maggiormente in grado di segnalare il grado di solvibilità nel breve termine attraverso il confronto tra le attività a breve con le passività a breve. Non è peraltro possibile trarre da tale indice valori generalizzati di normalità in quanto esso non è in grado di contrapporre la reale durata (rotazione) degli attivi contrapponendola con quella reale dei passivi (rotazione) […]." Così RANALLI R. (2017). *Op. cit.*

[32] DANOVI A. – RIVA P. (2018). *Op. cit.*

[33] Il legislatore nel comma 1 dell'art. 13 individua quali indici significativi quelli che siano in grado di misurare, per un verso, la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e, per l'altro verso, l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi. Da più parti è stato osservato che la formulazione della disposizione è infelice perché sarebbe più opportuno che gli indici misurassero non già la "sostenibilità" degli oneri finanziari quanto la "non sostenibilità", non già l' "adeguatezza" dei mezzi propri rispetto al debito quanto l' "inadeguatezza" degli stessi. Ciò nonostante, non è revocabile in dubbio che tali indici siano idonei ad innescare l'allarme in presenza di un effettivo deterioramento delle condizioni dell'impresa e non certamente in situazioni fisiologiche.

Del resto, << la formulazione della norma di legge appare di gran lunga migliorata rispetto alla bozza circolata precedentemente, ove gli indici significativi erano riconducibili al rapporto tra flussi di cassa e attivo, al rapporto tra patrimonio netto e passivo e al rapporto tra oneri finanziari e ricavi. Nei confronti di questi indici non erano mancate le critiche, accese ma giustificate, di chi

almeno i sei mesi successivi e alle prospettive di continuità aziendale – nonché significativi e reiterati ritardi nei pagamenti.

La valutazione degli squilibri non va riferita ad una generica ed indistinta attività imprenditoriale, bensì deve essere rapportata alle specifiche caratteristiche dell'impresa e all'attività effettivamente svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività al fine di considerare anche il grado di maturità dell'impresa e il consolidamento della sua presenza sul mercato e nel settore di appartenenza.

L'intervallo temporale di almeno sei mesi all'interno del quale l'imprenditore deve costantemente monitorare la propria capacità prospettica di adempiere alle proprie obbligazioni e di autogenerare le risorse per la propria vitalità è indicativo di una scelta di campo operata dal legislatore, il quale abbandona la prospettiva di *backward-looking* – vale a dire di rilevanza storica dei dati – per abbracciarne una di *forward-looking*, ossia di valutazione prospettica dei dati stessi.

È significativo allora che le grandezze indicate come rilevanti per l'emersione tempestiva della crisi siano grandezze future, in quanto tali non deducibili dalla contabilità storica che, per sua natura, registra accadimenti aziendali già intercorsi.

Questo approccio *forward-looking* viene anche ad assumere un peso specifico << sugli assetti organizzativi che, non a caso, il legislatore prevede debbano essere adeguati a consentire all'imprenditore e agli organi di controllo di disporre di un cruscotto di indicatori che consentano di prevedere,

---

lamentava come tali indici fossero stati individuati sulla base della disponibilità dei dati relativi ai bilanci societari depositati nei rispettivi Registri delle Imprese e non già in base alla loro effettiva capacità di rappresentare indicatori in grado di individuare precocemente criticità finanziarie ed economiche; al contrario tali indici avevano dimostrato, già in base alle prime simulazioni, un preoccupante coinvolgimento di "falsi positivi", ossia di imprese che pur evidenziando indici segnalati come problematici, in realtà non dimostravano alcun sintomo di difficoltà prospettica all'adempimento delle obbligazioni o alla prosecuzione dell'attività aziendale >>. GUIOTTO A. (2019). *Op. cit.*: 413 (nota n. 13).

con un congruo anticipo, l'andamento della tesoreria aziendale e dei flussi economici al fine di permettere l'adozione degli idonei interventi correttivi >>[34].

Ai sensi del comma 2 dell'art. 13, spetta al Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili (organismo considerato di adeguate competenza tecnica e imparzialità) elaborare con cadenza almeno triennale gli indici che rappresentino – per le varie fattispecie imprenditoriali[35] secondo le classificazioni ISTAT – la soglia al di sopra della quale sia incerta, da un lato, la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare, dall'altro, l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi.

Il Consiglio, nell'individuazione degli indici che dovranno poi essere sottoposti all'approvazione del Ministero dello Sviluppo Economico, dovrà tener conto della *best practice* nazionale ed internazionale e dell'evoluzione dei mercati e dovrà considerare indici specifici per *start-up* innovative, per PMI innovative, per le società in liquidazione e per le imprese costituite da meno di due anni.

Quello che emerge è un quadro "dinamico" degli indici e la necessità di una loro valutazione unitaria al fine di far ragionevolmente presumere lo stato di crisi dell'impresa e di scongiurare il pericolo dei c.d. "falsi positivi".

Il compito che si prospetta al CNDCEC non è affatto agevole giacché << non esiste una formula magica capace di intercettare senza possibilità di errore la presenza di una crisi >>[36].

---

[34] GUIOTTO A. (2019). *Op. cit.*: 412.

[35] A ciascuna categoria di attività imprenditoriale corrisponderanno, dunque, diversi e specifici indici: è, questa, una logica conseguenza della considerazione che tipologie aziendali che operino in settori tra loro profondamente diversi richiedano specifici strumenti previsionali, adeguati alla struttura economica e patrimoniale che caratterizza il loro processo produttivo.

[36] RANALLI R. (2018). *Il codice della crisi e gli "indicatori significativi": la pericolosa conseguenza di un equivoco a cui occorre porre rimedio*, tratto da *ilcaso.it*

Peraltro – posto che le prime fonti disponibili cui attingere per l'elaborazione degli indicatori sono i bilanci depositati presso i Registri delle Imprese che, per definizione, riguardano dati consuntivi – le difficoltà derivano dall'esigenza di ricercare un delicato compromesso tra quei dati storici e il carattere necessariamente prospettico di cui devono essere dotati gli indici, il quale è richiesto inderogabilmente dalla funzione previsionale cui essi assolvono. << Il CNDCEC dovrà, quindi, operare un *trade-off* tra l'immediata disponibilità delle informazioni, tipica dei dati di natura consuntiva, e la loro idoneità a formare un indice previsionale significativo >>[37].

Il legislatore delegato, conscio che gli indici elaborati dal Consiglio potrebbero non aderire in alcuni casi alle concrete realtà aziendali, ha previsto al comma 3 dell'art. 13 un meccanismo di *way-out* per le imprese che non ritengono adeguati tali indici in ragione delle loro particolari caratteristiche.

È contemplata, infatti, la possibilità[38] di individuare – in sostituzione di quelli "standard" che potranno in tal caso essere disapplicati – indici di allerta personalizzati che siano idonei a far emergere, se superati, la sussistenza di uno stato di crisi. Si tratta di una preziosa opportunità per gli imprenditori che vengono, in tal modo, tutelati da una pericolosa applicazione di *default* degli indici standard, che potrebbe causare segnalazioni infondate e lo scivolamento dell'impresa verso un evitabile declino.

D'altra parte è ragionevole che il legislatore, al fine di evitare un utilizzo abusivo di questa possibilità che, laddove fosse indiscriminatamente autorizzata, potrebbe consentire l'adozione di indici manifestamente inidonei allo scopo, ha stabilito che l'impresa che intenda disapplicare gli indici

[37] GUIOTTO A. (2019). *Op. cit.*: 414.

[38] In verità, sarebbe preferibile intendere tale possibilità come un vero e proprio obbligo per gli amministratori ogniqualvolta gli indici elaborati dal CNDCEC si rivelino palesemente inadeguati a misurare prospetticamente la sostenibilità del debito e l'equilibrio patrimoniale di quella specifica impresa.

predisposti da CNDCEC dovrà motivarne le ragioni nella nota integrativa al bilancio. Nella medesima nota integrativa l'impresa sarà tenuta ad indicare i diversi indici di allerta che intende adottare in quanto ritenuti, a suo giudizio, maggiormente idonei a far presumere nel suo caso lo stato di crisi. L'adeguatezza degli indici *tailor-made* dovrà, inoltre, essere attestata da un professionista indipendente[39] la cui relazione, destinata a valere per l'esercizio successivo, sarà allegata alla nota integrativa al bilancio e, con esso, depositata presso il Registro delle imprese.

In ultima analisi, è appena il caso di rilevare che l'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 13 individua come indicatori di crisi << ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24 >> in tema di misure premiali per l'imprenditore che presenti

[39] La definizione di "professionista indipendente" di cui all'art. 13 va messa in relazione con quella descritta alla lett. *o*) dell'art. 2 CCII, a sua volta sovrapponibile a quella contenuta nell'art. 67, comma 3, lett. *d*), l. fall. Il professionista in questione dovrà, dunque, essere iscritto all'albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese, nonché al registro dei revisori legali, avere i requisiti di cui all'art. 2399 c.c. e non essere legato all'impresa o ad altri soggetti interessati all'operazione da rapporti di natura personale o professionale. Riguardando il giudizio del professionista circa l'idoneità di indici che – seppur personalizzati – devono assolvere comunque funzioni previsionali, sembra inevitabile che il professionista formuli il proprio giudizio sulla base dei piani prospettici che l'impresa sarà tenuta a predisporre.

<< Non si può escludere, peraltro, che il professionista sia chiamato ad effettuare valutazioni sull'attendibilità dei piani finalizzati all'individuazione di indici di allerta significativi, quale attività prodromica all'espressione di un giudizio sull'adeguatezza di tali indici a intercettare precocemente la crisi. Va invece certamente escluso […] che l'attività del professionista possa spingersi a verificare l'esistenza di altri e migliori indici della crisi, dovendosi limitare al giudizio (positivo o negativo) su quelli a lui sottoposti dalla società. Altrettanto da escludere, inoltre, è l'attività finalizzata all'espressione di un giudizio sulla veridicità dei dati aziendali: tale giudizio non è richiesto dalla norma né appare logicamente correlata alla funzione dell'attestazione richiesta dal comma 3 dell'art. 13 >>. Così GUIOTTO A. (2019). *Op. cit*.: 414.

Il meccanismo di *way-out* potrebbe aprire la porta ad azioni di responsabilità dell'attestatore nel caso in cui gli indici si rivelino successivamente inadeguati allo scopo, anche se è presumibile ritenere applicabile nella circostanza l'esimente di cui all'art. 2236, vale a dire la limitazione della responsabilità ai casi di dolo o colpa grave. Si tratta di una responsabilità che verosimilmente potrebbe estendersi anche al collegio sindacale quale organo di controllo ove non verbalizzi nella sua relazione *ex* art. 2429 c.c. il suo dissenso in ordine al ricorso al comma 2 dell'art. 13 e/o a seguito degli esiti manifestamente errati del giudizio dell'attestatore indipendente. Il collegio sindacale, in quel caso, sarà tenuto a svolgere autonome valutazioni sull'eventuale emersione di fondati indizi di crisi, conformemente all'ipotesi in cui gli indici standard predisposti dal CNDCEC si rivelassero – in ragione delle peculiarità strutturali dell'impresa – inadeguati alla loro funzione.

tempestivamente l'istanza di accesso a una delle procedure regolate dal Codice.

È ormai opinione generalmente diffusa in dottrina che la fattispecie dei ritardi nei pagamenti dei debiti aziendali assurga a distinto e autonomo segnale di allerta rispetto agli squilibri di carattere economico, patrimoniale e finanziario menzionati dalla prima parte della medesima disposizione. Essi, dunque, non rappresentando un mero complemento – privo di autonoma dignità – di quegli indici, dovranno essere valutati autonomamente dagli amministratori e dagli organi di controllo, in quanto idonei *ex se* a costituire *sonnette d'alarme*.

Sulla scorta di quanto dispone l'art. 24 del Codice, integreranno la fattispecie di << reiterati e significativi >> ritardi nei pagamenti sia l'esistenza di debiti per salari e stipendi scaduti da almeno sessanta giorni per un ammontare pari ad oltre la metà dell'ammontare mensile delle retribuzioni, sia l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti.

Non può, tuttavia, non evincersi che i suddetti parametri indicati dall'art. 24 risultano essere sintomatici di una crisi già conclamata e non già di semplici avvisaglie di difficoltà suscettibili di un eventuale aggravamento che possa scivolare in una crisi – allo stato – solo futura.

Questo dato consente di sciogliere positivamente il dubbio – pure avvertito in dottrina – riguardo se gli amministratori e, soprattutto, gli organi di controllo possano considerare rilevanti a fini della rilevazione della crisi anche pagamenti, sebbene sempre reiterati e rilevanti, diversi da quelli indicati dall'art. 24. La soluzione non può, appunto, che essere positiva << posto che il giudizio sull'effettiva rilevanza del ritardo nei pagamenti, nonché la sua idoneità a rappresentare un fondato indizio della crisi, non può essere ricondotto esclusivamente a parametri standardizzati o precostituiti,

ogniqualvolta la diligenza e sensibilità professionale degli amministratori o dell'organo di controllo porti alla considerazione che tali segnali sono rilevatori di un'incipiente aggravamento delle difficoltà riscontrate >>[40].

2.2. Gli obblighi di segnalazione.

Per far sì che gli indizi della crisi di cui si è detto vengano tempestivamente riconosciuti e fatti successivamente rilevare a chi spetta, in modo da consentire la salvifica attivazione di adeguate contromisure, il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ha posto determinati obblighi di segnalazione in capo a soggetti sia interni che esterni all'impresa.

Quanto ai primi, l'art. 14, comma 1, li individua negli organi di controllo societario, nel revisore contabile e nella società di revisione. Essi hanno l'obbligo, << ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni >>, recita l'articolo, << di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato[41], se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi >>.

La disposizione, già nella prima parte che si è sopra riportata, presenta due elementi di criticità. Il primo attiene alla non troppo chiara locuzione << nell'ambito delle proprie funzioni >>, che da più parti sarebbe stata tacciata di ovvietà. Autorevole dottrina[42], infatti, fa notare che i soggetti in questione, su cui grava il dovere di ricognizione, sono obbligati, logicamente, in quanto svolgono ciascuno le proprie funzioni. Né potrebbe essere risolutivo, per conferire degna importanza alla precisazione, immaginare che il legislatore

[40] GUIOTTO A. (2019). *Op. cit.*: 415 ss.

[41] Ci si riferisce qui all'obbligo, richiamato nelle pagine precedenti, di istituire assetti organizzativi adeguati, già sancito dall'art. 2381 c.c per i soli amministratori di s.p.a e ora esteso, con le modifiche apportate all'art. 2086 c.c., a ciascun imprenditore, non solo societario.

[42] Sul punto si veda SPOLIDORO M.S. (2018). *Op.cit.*

delegato abbia voluto con essa indurre il revisore a non invadere i compiti dei sindaci: l'oggetto dell'obbligo è il medesimo per entrambi. Si potrebbe pensare, ancora, che il legislatore abbia voluto così escludere la solidarietà tra quei soggetti. Sarebbe, però, altrettanto ignota la ragione per cui, ad esempio, il revisore debba essere obbligato a fare una segnalazione già fatta dai sindaci. Per di più escludere la solidarietà significherebbe che nel caso in cui nessuno dei soggetti a ciò preposti proceda alla segnalazione, ciascuno di essi sia tenuto a risarcire per intero il danno che ne derivi. Ciò in spregio del principio dettato dall'art. 2055 c.c. in materia di responsabilità aquiliana e oggi accettato come regola generale: "se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno".

Il secondo aspetto problematico della disposizione in esame concerne i << fondati indizi della crisi >>. É stato sottolineato che tale presupposto, dal quale dipende l'apertura dell'allerta interna, possiede una connotazione eccessivamente sfumata e, aggiungerei, inquietante, laddove ci si ricordi della indiscussa centralità che occupano i segnali di allarme nella procedura dell'allerta. Diventa così << evanescente la circostanza in presenza della quale scatterebbe detto obbligo >>[43] di segnalazione da parte degli organi di controllo societari. Tra l'altro, le perplessità in relazione al carattere fluido degli indicatori in questione si fanno più robuste se si valuta il presupposto – più concreto e immediatamente riconoscibile – che è alla base del dovere di attivazione dei soggetti esterni all'impresa, di cui, a breve, si dirà.

Al fine di impostare, sin dall'inizio, un processo che possa essere tracciato *ex post* e che sia caratterizzato da un adeguato livello di formalità, la segnalazione degli organi di controllo societari[44] deve essere motivata,

[43] FERRO M. (2016). *Misure di allerta e composizione assistita delle crisi.* Il Fallimento, fasc. 10: 1037.

[44] L'obbligo di segnalazione compete all'organo e non ai singoli componenti dello stesso, sicché qualora il singolo componente sia dissenziente rispetto alla decisione di non formulare la segnalazione, avrà l'obbligo di far constatare il proprio dissenso risultando quindi esente da responsabilità.

formulata per iscritto e recapitata agli amministratori a mezzo posta elettronica o con altri mezzi che consentano di dimostrare l'avvenuta ricezione e << deve contenere >> – così prosegue il secondo comma dell'art. 14 – << la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese. In caso di omessa o inadeguata risposta, ovvero di mancata adozione nei successivi sessanta giorni delle misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi, i soggetti di cui al comma 1 informano senza indugio l'OCRI[45], fornendo ogni elemento utile per le relative determinazioni, anche in deroga al disposto dell'art. 2407, primo comma, del codice civile quanto all'obbligo di segretezza >>.

Non passa inosservato quest'ultimo inciso che, in ossequio alla deroga prevista, consente ai sindaci di venir meno al dovere di "conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio"[46]. L'affievolimento della segretezza imposta a quei soggetti si pone agli antipodi rispetto alla confidenzialità e riservatezza che costituiscono l'imprescindibile essenza della procedura di allerta vera e propria, la quale trova la sua realizzazione nella convocazione e audizione del debitore da effettuarsi << in via riservata e confidenziale >> presso l'OCRI. La confidenzialità è stata voluta perché, si ricorda, la procedura gioca intorno a indici di mera allerta, in via anticipata rispetto all'insolvenza e, ci si augura, anche rispetto alla vera e propria crisi. In questa circostanza la violazione della confidenzialità potrebbe arrecare gravi e ingiustificati danni reputazionali all'azienda, compromettendo la sua forza concorrenziale nel mercato di riferimento.

[45] Organismo di composizione della crisi d'impresa costituito presso ciascuna camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, che ha il compito di ricevere le segnalazioni dell'emersione di indizi della crisi da parte dei soggetti interni e esterni all'impresa a ciò preposti. L'organismo gestisce il procedimento di allerta e assiste l'imprenditore, su sua istanza, nel procedimento di composizione assistita della crisi, disciplinato dal Titolo I, Capo III del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

[46] Così si legge nell'ultima parte dell' art. 2407, comma 1 del codice civile.

Gli amministratori che devono essere avvisati dagli organi di controllo, dal revisore contabile e dalla società di revisione sono specialmente gli amministratori non delegati, ai quali è richiesto di agire informati e di valutare costantemente l'adeguatezza degli assetti ma che, a differenza degli amministratori delegati, non detengono alcun potere di ispezione e controllo individuale. Gli amministratori delegati, infatti, se adempissero con diligenza ai propri compiti, dovrebbero individuare i << fondati indizi della crisi >> prima di essere informati dai soggetti interni preposti all'obbligo di segnalazione.

Ci si è chiesti, comunque, se i consiglieri di amministrazione non delegati, venuti a conoscenza del verificarsi di squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, possano darne autonomamente avviso ai loro colleghi. La risposta positiva al quesito appare obbligata: << non si può infatti credere che chi ha l'obbligo di gestire in modo corretto e oculato una società abbia minor legittimazione di chi debba su essa vigilare ovvero di un perfetto terzo[47], quale un creditore sia pur particolarmente qualificato >>[48]. Gli amministratori non delegati, dunque, devono poter fare almeno quello che possono fare i componenti dell'organo di controllo, il revisore e la società di revisione. Anzi, c'è di più. Partendo dalla premessa che anche per gli amministratori non delegati esiste l'obbligo, in presenza di seri indizi di crisi, di avvisare l'OCRI, è stato dedotto che gli amministratori non delegati hanno tutto il diritto e il dovere di agire autonomamente per informarsi sull'esistenza o meno di squilibri sospetti, invece di aspettare passivamente di essere informati.

Al fine di incentivare gli organi di controllo a procedere celermente alle segnalazioni dei fondati indizi della crisi, il legislatore, anziché individuare specifiche sanzioni per l'omissione, introduce nel comma 3 dell'art. 14 un

[47] Ci si riferisce ai soggetti esterni alla compagine societaria, i creditori pubblici qualificati, che pure hanno l'obbligato di segnalare l'emersione di fondati indizi della crisi.

[48] SPOLIDORO M.S. (2018). *Op. cit*.: 179.

meccanismo premiale di grande efficacia. Infatti l'adempimento da parte degli organi di controllo societari dell'obbligo di tempestiva segnalazione all'organo amministrativo << costituisce causa di esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dal predetto organo, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione >>[49]. Ciò a condizione che nei casi menzionati nel comma 2 e sopra ricordati, ossia omessa o inadeguata risposta oppure mancata adozione delle misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi, sia stata effettuata una tempestiva segnalazione all'OCRI[50]. Come è ragionevolmente specificato, la rottura della solidarietà non riguarda le conseguenze delle decisioni assunte dall'organo amministrativo prima dell'avvenuta segnalazione. È poi intuibile in via interpretativa che quella rottura non riguarda i fatti e le omissioni che gli organi di controllo dovrebbero denunciare dopo la segnalazione e che non abbiano nulla a che fare con essa.

Doveri di allerta sono posti a carico anche di soggetti esterni all'impresa. L'art. 15 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza li individua nell'Agenzia delle entrate, nell'Istituto nazionale della previdenza sociale e nell'agente della riscossione. Sono creditori pubblici qualificati il cui onere di attivazione è ancorato al verificarsi della circostanza per cui l'esposizione debitoria dell'imprenditore abbia superato "l'importo

[49] Così l' art. 14, comma 3 del D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.

[50] Come osserva GUIOTTO A. (2019). *Op. cit.*: 416 ss., << si tratta, questo, di un meccanismo fortemente incentivante, che fa leva sulla minore propensione al rischio dell'organo di controllo rispetto a quello degli amministratori. Non è difficile, infatti, immaginare la contrapposizione di interessi tra amministratori, spesso espressione diretta della proprietà, e collegio sindacale, e la possibilità che quest'ultimo trovi nella segnalazione agli amministratori un momento liberatorio dal rischio di responsabilità, scaricando, di fatto, sugli amministratori stessi gli oneri e i rischi relativi alla corretta gestione della crisi. Lo scarico da responsabilità previsto dalla norma in esame è infatti davvero molto (e forse eccessivamente) ampio, posto che a una prima interpretazione parrebbe escludersi qualsivoglia responsabilità dell'organo di controllo una volta alzata – idealmente – la bandierina del segnale della crisi. L'obbligo di segnalazione, pertanto, potrebbe trasformarsi in un provvidenziale *safe harbor* per il collegio sindacale quando invece la permanenza nella carica e lo svolgimento delle attività di controllo richieste in periodo di turbolenza avrebbe presentato rischi di notevole entità e di difficile previsione >>.

rilevante"[51]. Ci troviamo di fronte ad un presupposto oggettivo meno mobile rispetto a quello che determina l'azione dei soggetti preposti all'allerta interna. Ma anche in questo caso non mancano le criticità dettate, stavolta, dalla fissazione del livello delle soglie: se troppo basso, infatti, rischierebbe di determinare un ingolfamento del meccanismo causando un eccesso di segnalazioni; se troppo alto, renderebbe superflua la predisposizione di un meccanismo di allerta perché inidoneo a favorire una emersione anticipata della crisi.

Una volta che i debiti scaduti abbiano raggiunto la soglia quantitativa rilevante, i creditori pubblici qualificati hanno l'obbligo di darne avviso al debitore, aggiungendo che << se entro novanta giorni dalla ricezione dell'avviso egli non avrà estinto o altrimenti regolarizzato per intero il proprio debito con le modalità previste dalla legge o se […] non avrà presentato istanza di composizione assistita della crisi o domanda per l'accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza, essi ne faranno segnalazione all'OCRI, anche per la segnalazione agli organi di controllo della società >>[52]. La medesima segnalazione dovrà essere effettuata qualora il debitore abbia sanato la posizione mediante la rateizzazione ma poi sia divenuto inadempiente superando le soglie indicate all'art. 15, comma 2. In questo caso la segnalazione dovrà essere fatta all'OCRI senza indugio e senza ulteriori adempimenti .

[51] L'esposizione debitoria è di importo rilevante: *a*) per l'Agenzia delle entrate, quando l'ammontare totale del debito scaduto e non versato per l'imposta sul valore aggiunto sia pari ad almeno il 30 per cento del volume d'affari del medesimo periodo e non inferiore a euro 25.000 per volume d'affari risultante dalla dichiarazione modello IVA relativa all'anno precedente fino a 2.000.000 di euro, non inferiore a euro 50.000 per volume d'affari risultante dalla dichiarazione modello IVA relativa all'anno precedente fino a 10.000.000 di euro, non inferiore a euro 100.000, per volume d'affari risultante dalla dichiarazione modello IVA relativa all'anno precedente oltre 10.000.000 di euro; *b*) per l'Istituto nazionale della previdenza sociale, quando il debitore è in ritardo di oltre sei mesi nel versamento di contributi previdenziali di ammontare superiore alla metà di quelli dovuti nell'anno precedente e superiore alla soglia di euro 50.000; *c*) per l'agente della riscossione, quando la sommatoria dei crediti affidati per la riscossione, autodichiarati o definitivamente accertati e scaduti da oltre novanta giorni, superi, per le imprese individuali, la soglia di euro 500.000 e, per le imprese collettive, la soglia di euro 1.000.000.

[52] Così dispone il primo comma dell'art. 15 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Se gli organi di controllo societari sono incentivati ad adempiere al proprio obbligo di segnalazione in vista della misura premiale dell'esonero di responsabilità per le azioni od omissioni poste successivamente in essere dall'organo amministrativo, i creditori pubblici qualificati sono, invece, indotti a presentare le loro comunicazioni e denunce dalla risposta sanzionatoria prevista per le loro mancanze: la perdita dei privilegi[53] accordati ai loro crediti.

E' una sanzione forse troppo severa che è stata accolta con preoccupazione da parte della dottrina, in quanto potrebbe sortire l'effetto di un eccesso di segnalazioni, perlopiù infondate, spingendo i << funzionari terrorizzati dallo spettro della responsabilità contabile a trasformarsi in altrettanti *petits Roberspierre de la procédure d'alerte* >>[54].

2.3. L'audizione del debitore davanti all'OCRI[55].

Entro quindici giorni lavorativi dalla ricezione della segnalazione da parte dei soggetti di cui agli artt. 14 e 15 CCII o dall'istanza presentata dallo stesso debitore, il collegio degli esperti – già costituito presso l'OCRI competente – deve convocare per l'audizione il debitore[56] che, nel caso di enti o imprese in forme collettive, sarà accompagnato anche dai soggetti muniti di rappresentanza legale, mentre – nel caso di società dotata di organi di controllo – sarà convocato insieme ai componenti di questi ultimi.

---

[53] Per l'Agenzia delle entrate e l'Istituto nazionale della previdenza sociale è comminata la sanzione dell'inefficacia del titolo di prelazione spettante sui crediti dei quali sono titolari, mentre per l'agente della riscossione è prevista la sanzione dell'inopponibilità del credito per spese ed oneri di riscossione.

[54] SPOLIDORO M.S. (2018). *Op. cit.*: 173.

[55] Per esigenze di speditezza la trattazione sarà ivi circoscritta alla disciplina e agli esiti della – già avanzata – fase di audizione del debitore dinanzi al collegio degli esperti costituito presso l'OCRI, riservandoci di analizzare più approfonditamente nomina, composizione e compiti dell'OCRI nel capitolo terzo, in cui si indagherà il ruolo di tale organismo pubblicistico nel procedimento di composizione assistita della crisi.

[56] I tempi sono piuttosto contingentati se si considera che – nei quindici giorni stabiliti – il referente deve aver già compiuto la verifica preliminare sulla sussistenza delle condizioni di apertura della procedura di allerta nonché aver già proceduto alla nomina del collegio degli esperti. Tuttavia la tardività nella convocazione – sebbene possa far sorgere pretese risarcitorie laddove sussista un effettivo danno conseguente al ritardo – non comporta conseguenze negative sulla validità o regolarità del procedimento.

Prima del momento dell'audizione, il collegio sceglie tra i propri componenti il presidente, che nomina se stesso o altro componente del collegio come relatore, il quale compie un'attività istruttoria interna (acquisendo e riferendo i dati e le informazioni di rilievo) che – dovendo presupporre la riservatezza del procedimento – non può che essere rivolta all'impresa debitrice e agli eventuali organi di controllo. Non è da escludere, dunque, un contatto diretto del relatore con il debitore prima dell'audizione che dovrà poi avvenire in forma collegiale innanzi all'intero collegio.

L'audizione, che ai sensi dell'art. 18, comma 1, dovrà compiersi << in via riservata e confidenziale >>, è << funzionale a verificare in concreto se l'impresa versi in una situazione di crisi e cioè se lo stato di crisi vi sia davvero (conformemente alla segnalazione) oppure se nonostante la correttezza della segnalazione l'impresa non abbia bisogno di alcun "accompagnamento" >>[57].

Riservatezza e confidenzialità, oltre a connotare tanto la modalità di convocazione quanto l'audizione stessa del debitore[58], rappresentano caratteri essenziali per il corretto svolgimento della procedura di allerta (e di composizione assistita della crisi), << giustificando fra l'altro la loro collocazione al di fuori dei tribunali, onde vincere la naturale riluttanza dell'imprenditore ad avvalersi di tali procedure per il timore di generali e perniciosi allarmi sulla salute dell'impresa, i quali valgono per ciò stesso ad incanalarla verso un'insolvenza che, stando alle avvisaglie di crisi ove non indebitamente propagate, sarebbe magari stata evitabile >>[59].

---

[57] FABIANI M. (2019). *La fase dell'allerta non volontaria e il ruolo dell'Ocri*, tratto da *ilcaso.it*

[58] Al fine di assicurare il pieno rispetto dell'obbligo di riservatezza e confidenzialità, il debitore, laddove voglia farsi assistere da professionisti o altre persone di fiducia nel corso dell'audizione, dovrà rilasciare apposita liberatoria, mentre i professionisti e le persone di fiducia dovranno sottoscrivere un impegno di riservatezza.

[59] PERRINO M. (2019). *Op. cit.*: 653 sss, il quale osserva peraltro che il legislatore delegato avrebbe dovuto meglio esplicitare in che cosa si articolano le esigenze di riservatezza e confidenzialità – essendo un punto << così nevralgico >> – e non limitarsi ad un << mero enunciato generale >>.

Il Collegio, dopo aver sentito il debitore e tenuto conto degli elementi da questi forniti e delle informazioni assunte, può decidere di disporre l'archiviazione della procedura quando rileva l'insussistenza del presupposto soggettivo o oggettivo per l'utilizzo degli strumenti di allerta, vale a dire – rispettivamente – la mancanza di un imprenditore al quale si applichi la disciplina dell'allerta o l'inesistenza dello stato di crisi.

Parimenti, si potrà pervenire alla archiviazione in presenza di qualche vizio che attenga alla procedibilità dell'allerta. << La valutazione preliminare che il referente ha compiuto al momento della ricezione della segnalazione o istanza non esime, infatti, il collegio dal dovere di rivalutare nuovamente la sussistenza delle condizioni e dei presupposti per il ricorso al procedimento di allerta >>[60].

Ai sensi del secondo capoverso del terzo comma dell'art. 18 CCII, analoga decisione (di archiviazione) viene assunta << in ogni caso >> qualora l'organo di controllo societario, se esistente, o – in sua mancanza – un professionista indipendente attesti (allegando la relativa documentazione) l'esistenza di crediti di imposta o altri crediti verso pubbliche amministrazioni, per i quali siano trascorsi novanta giorni dalla messa in mora per importi che, portati in compensazione con i debiti, risultino inferiori alle soglie di cui all'art. 15, comma 2, richieste per la segnalazione dei creditori qualificati.

Nella relazione illustrativa del Codice si legge, oltre al fatto che in tal modo si è voluto evitare che imprese in solo apparente difficoltà a causa del non avvenuto pagamento da parte dei debitori pubblici debbano subire conseguenze pregiudizievoli, che i sindaci o l'attestatore potrebbero addirittura – assumendosene la responsabilità – attestare l'esistenza di crediti non definitivamente accertati, quando ad esempio gli ostacoli all'accertamento ed al pagamento siano di ordine meramente formale o derivino da

[60] D'ATTORE G. (2019). *Gli Ocri: compiti, composizione e funzionamento nel procedimento di allerta.* Il Fallimento, fasc. 12: 1436.

contestazioni pretestuose o limitate solo ad una parte dell'importo che l'imprenditore assume essergli dovuto.

A tale ampia libertà di azione per l'organo di controllo e il professionista non fa, tuttavia, da contrappeso una pur auspicabile apposita fattispecie criminosa di falso nelle attestazioni. Non è possibile, infatti, una immediata sussumibilità delle condotte di falso del professionista indipendente nei reati di cui agli artt. 344 e 345 CCII[61]: o perché egli non è né il debitore né un componente dell'OCRI ovvero perché il suo operato è idoneo ad evitare l'apertura del procedimento di composizione assistita piuttosto che a favorirla.

Controverso è se il collegio debba limitarsi ad una mera verifica formale dell'esistenza di un documento corrispondente all'attestazione prevista dalla legge oppure abbia il potere di valutarne anche il contenuto, decidendo – eventualmente – di non disporre l'archiviazione nel caso in cui ritenga l'attestazione non veritiera, illogica, incoerente o non sufficientemente documentata.

Sembra preferibile propendere per la seconda alternativa, la quale svuota di significato la locuzione << in ogni caso >> contenuta nel testo del comma 3 dell'art. 18 CCII, escludendo, in tal modo, che essa valga ad impedire qualsiasi margine di discrezionalità valutativa da parte dell'OCRI.

Diversamente opinando, infatti, dovrebbe ammettersi l'opzione necessitata dell'archiviazione anche quando – nonostante il mancato superamento (paradossalmente, anche per difetto di un solo euro) delle tre soglie debitorie verso Agenzia delle entrate, Inps e agente della riscossione – l'esposizione debitoria complessiva dell'imprenditore faccia emergere una probabilità, neanche più di crisi, bensì di vera e propria insolvenza.

[61] Rubricati rispettivamente "Sanzioni per il debitore e per i componenti dell'organismo di composizione della crisi" e "Falso nelle attestazioni dei componenti dell'OCRI".

L'archiviazione deve essere comunicata dal referente al debitore e a i soggetti che hanno effettuato la segnalazione. Pur nel silenzio della legge, non potendo i soggetti interessati essere lasciati privi di tutela, è da ritenere che avverso il decreto di archiviazione adottato dal collegio degli esperti – che è un'articolazione dell'OCRI il quale è, a sua volta, un'articolazione delle camere di commercio – sarà possibile proporre impugnazione innanzi al giudice amministrativo.

L'attestazione del professionista e l'archiviazione hanno unicamente valenza interna al procedimento dinanzi all'OCRI, dunque senza effetti ad esempio in un'istruttoria aperta su domande di liquidazione giudiziale né in giudizi ordinari volti al recupero dei crediti nei confronti della pubblica amministrazione. Sulla scorta di quanto previsto per il rigetto del ricorso della domanda di apertura della liquidazione giudiziale, anche l'archiviazione non è suscettibile di passare in giudicato e non preclude la riproposizione della segnalazione, anche sulla base degli stessi elementi posti a sostegno della prima istanza.

Qualora il collegio ritenga, al contrario, insussistenti i presupposti per procedere all'archiviazione e rilevi l'esistenza della crisi, potrà proseguire nel suo ruolo di consulenza e assistenza[62] individuando – ai sensi del comma 4 dell'art. 18 – << con il debitore >> le misure idonee a porvi rimedio, a tal fine spaziando (stante l'assenza di una limitazione normativa sul punto) tra tutti gli strumenti negoziali ovvero concorsuali messi a disposizione dalla legge, inclusa la procedura di composizione assistita di cui al successivo art. 19 CCII.

Non può non rilevarsi che una previsione siffatta, se calata nel vissuto concreto delle dinamiche imprenditoriali, << rischia però di peccare di

[62] Come si vedrà nel capitolo terzo, il collegio degli esperti si compone di eterogenee professionalità di tipo aziendalistico, contabile e legale che dovrebbero apportare un valido aiuto per l'individuazione della più opportuna strada da percorrere al fine del superamento della crisi. La scelta compiuta dalla norma di favorire una interlocuzione – forse addirittura profonda collaborazione – tra il collegio e il debitore appare particolarmente virtuosa, in quanto quest'ultimo è depositario di una ben più consolidata conoscenza dell'azienda e del mercato di riferimento.

"velleitarismo" perché sembra presupporre l'esistenza di una sola soluzione, certa ed oggettiva, per il superamento della crisi >>. Come si è detto, invece, << le possibili misure sono varie >> e l'adozione di una o dell'altra non risponde ad una scelta << meramente tecnica, oggettiva e neutrale >> perché si colora di un'importanza << politica >> derivante dalla << individuazione dei soggetti sui quali far gravare gli effetti delle misure >> stesse. D'altra parte << sarà bene, peraltro, che il collegio non ceda alla tentazione di sfuggire a questa scelta attraverso la presentazione di una pluralità di ipotesi di soluzione della crisi tra di loro anche incompatibili, perché questo attenuerebbe di molto l'efficacia del procedimento >>[63].

È tutt'altro che remota l'eventualità che il collegio e il debitore abbiano disparità di vedute e non riescano a convenire sulla strada da intraprendere per il risanamento. Il procedimento, però, non può lasciarsi paralizzare dal disaccordo. Sarà allora il collegio ad individuare le misure ritenute necessarie e idonee al superamento della crisi e – contestualmente – ad assegnare un (non meglio specificato) termine[64] entro il quale il debitore, sempre ai sensi del comma 4 dell'art. 18, << deve riferire sulla loro attuazione >>, la quale è così rimessa all'esclusiva iniziativa del debitore che resta libero di attivarsi o meno.

Il comma successivo dispone che se il debitore << non assume alcuna iniziativa >> allo scadere del termine assegnato, il collegio informa con breve relazione scritta il referente, che ne dà immediata comunicazione agli autori delle segnalazioni.

Ragionevolmente, potendosi prospettare uno scenario piuttosto complesso di reazioni del debitore (egli potrebbe, infatti, rimanere totalmente

[63] Le citazioni sono tratte da D'ATTORE G. (2019). *Op. cit.*: 1437 ss.

[64] Se non è fissato alcun termine per l'individuazione delle misure da parte del collegio, è previsto tuttavia che sia assegnato al debitore un termine entro il quale riferire sulla loro attuazione. È chiaro che – pur nel silenzio della legge e tenuto conto delle inderogabili esigenze di speditezza dell'allerta – in entrambi i casi i tempi dovranno essere contingentati anche se adeguatamente calibrati, di volta in volta, sulla complessità della situazione e in generale sulla natura e la dimensione dell'impresa debitrice.

inerte oppure assumere iniziative in senso contrario a quelle consigliate o, ancora, adottare le misure giuste ma con risorse insufficienti), deve ritenersi che la condizione della mancata assunzione di << alcuna iniziativa >> si presume integrata anche laddove le misure intraprese dal debitore appaiano del tutto inadeguate ad affrontare la crisi.

Nel corso della fase che si svolge davanti al collegio di esperti il debitore non è protetto da eventuali aggressioni dei creditori. Stante il fatto che non è da escludere che la situazione generatrice dell'allerta sia non una semplice crisi bensì una già attuale o imminente insolvenza, il patrimonio potrebbe essere esposto a iniziative esecutive, al rischio di iscrizioni di ipoteche o al rischio che qualche creditore presenti ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale. L'unica protezione – considerato che la concessione delle misure protettive di cui all'art. 20 CCII sono condizionate alla presentazione dell'istanza per la successiva soluzione concordata della crisi – è costituita dal fatto che l'accesso alla allerta non è causa di risoluzione dei contratti pendenti. In verità, la riservatezza della procedura dovrebbe escludere aprioristicamente siffatta eventualità, ma non è così certo che la notizia delle segnalazioni non possa manifestarsi all'esterno raggiungendo, appunto, i creditori[65].

Il procedimento di allerta è destinato a concludersi con l'adozione da parte del debitore di iniziative considerate dal collegio << "credibili" perché ritenute idonee a consentire il superamento della crisi >>[66]. Di esse verrà data comunicazione, sempre ad opera del collegio, agli autori delle segnalazioni. Se

[65] Ad avviso di parte della dottrina il mancato coinvolgimento dei creditori come soggetti-parte rappresenta un difetto dell'allerta. Ma, in realtà, se l'allerta funziona, i creditori si avvantaggiano della reazione del debitore o vengono direttamente interessati per stipulare accordi; se non funziona, ci si addentra in un percorso – volontario o imposto – al quale saranno chiamati a partecipare. Il procedimento, volto a sensibilizzare il debitore affinché provveda da solo al superamento della crisi, delimita le misure ad un ambito interno sicché un'incidenza sui diritti dei terzi, vale a dire i creditori, non può imporsi da dentro l'allerta. Del resto, le misure protettive – si ribadisce – possono essere chieste dopo l'audizione dell'art. 18 ma solo se il debitore che le invochi abbia formalmente fatto istanza di accesso alla composizione concordata.

[66] FABIANI M. (2019). *Op. cit.*, tratto da *ilcaso.it*

invece la crisi permane, il debitore potrà decidere di avviare il procedimento di composizione assistita della crisi. Di tale iniziativa il referente informerà i soggetti tenuti alle segnalazioni (che non avessero provveduto) i quali dovranno intendersi a tal punto esonerati dal farlo.

Se, a monte, il debitore non compare per l'audizione, il collegio – ai sensi dell'art. 22 CCII – se ritiene che gli elementi acquisiti rendano evidente la sussistenza di uno stato di insolvenza del debitore, lo segnala con relazione motivata al referente, che ne dà notizia al pubblico ministero. Medesimo epilogo caratterizzerà l'ipotesi in cui il debitore, dopo l'audizione, non depositi l'istanza di composizione assistita, se il collegio non abbia ritenuto di procedere all'archiviazione e sempre che ritenga sussistere lo stato di insolvenza.

Quest'ultima previsione – che ricomprende anche l'eventualità in cui il collegio ritenga che non vi siano misure idonee al superamento dello stato di crisi, così evitando pure di assegnare il termine di cui all'art. 18, comma 5, che avrebbe solo un effetto dilatorio idoneo esclusivamente ad aggravare il dissesto – desta perplessità. Ciò in quanto l'istanza per l'apertura del procedimento di composizione assistita della crisi si atteggia << quasi a passaggio obbligato >>, trascurando che – come si è rilevato s*upra* – << la procedura di composizione assistita è solo una delle possibili misure che il collegio può selezionare insieme al debitore per fronteggiare la crisi, sempre che questa sia superabile e non debba invece scattare la predetta segnalazione al pubblico ministero >>[67].

3. *Le droit français des entreprises en difficulté*: lineamenti generali.

Come accennato nelle pagine precedenti, è opinione largamente diffusa in letteratura che il sistema francese rappresenti l'archetipo in materia di procedure di allerta e che il progetto di riforma Rordorf, tradotto nell'attuale

[67] PERRINO M. (2019). *Op. cit.*: 653 ss.

Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, abbia tratto ispirazione dal modello transalpino.

La Francia ha una tradizione storico-giuridica molto simile a quella italiana e il nostro legislatore, nelle diverse riforme che si sono succedute negli ultimi anni e che hanno interessato il diritto concorsuale, ha prestato grande attenzione all'ordinamento francese, subendone l'indiscutibile fascino. Sorvolando sugli aspetti che avvicinano la tradizione giuridica italiana a quella francese, bisogna ammettere che *le droit français des entreprises en difficulté*[68] si è sviluppato in una direzione parzialmente diversa dal nostro diritto fallimentare, distinguendosi da sempre per uno spiccato *favor* verso il profilo della *prévention* delle crisi, anticipando così le linee guida successivamente dettate in materia dall'Unione Europea[69].

Uno studio comparatistico tra le procedure di allerta nella legislazione domestica e quelle dell'ordinamento francese, finalizzato a verificarne una possibile sovrapposizione, presuppone preliminarmente che si analizzi, senza pretesa di esaustività, il contesto legislativo e culturale in cui le *procédures d'alerte* si inseriscono.

Il sistema concorsuale francese, organicamente contenuto nel libro VI del *Code de commerce,* presenta un ambito soggettivo di applicazione ben differente rispetto a quello che l'ordinamento domestico conosce: le procedure concorsuali, infatti, non interessano soltanto l'imprenditore commerciale. Esse, sulla scorta delle diverse riforme che hanno contribuito ad attenuarne la portata sanzionatoria e a neutralizzare la connotazione negativa di fallimento, sono state progressivamente estese prima alle persone giuridiche, qualsiasi sia

[68] La riforma del 1967 ha così ribattezzato il vecchio *droit des faillites,* innovando sulla terminologia con l'intento di depurarla da qualsiasi connotazione negativa che possa penalizzare psicologicamente il debitore che fallisce.

[69] Il riferimento è alla Raccomandazione 2014/135/UE della Commissione Europea del 12 marzo 2014 e alla Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 novembre 2016, entrambe volte ad uniformare la legislazione concorsuale degli Stati membri, ove il profilo della prevenzione della crisi ha assunto centralità sempre crescente.

la loro attività, nonché agli artigiani e all'imprenditore agricolo, e infine a tutti gli esercenti le professioni liberali. Ciò in quanto il libero professionista è dotato dei mezzi per produrre ricchezza non diversamente da un'impresa commerciale.

Nella stagione di riforma che va dal 1967 al 1984 vedono la luce le *procédures d'alerte,* funzionali a permettere l'emersione anticipata dei sintomi della crisi e la sua risoluzione per vie non giudiziali. Esse vengono definitivamente disciplinate nella *Loi* 84 – 148 del 1 marzo 1984, rubricata *Prévention et réglement amiable des difficultés des enterprises*. Gli interventi riformatori di quel tempo erano influenzati dall'idea, << evidentemente non positiva, del salvataggio ad ogni costo dell'impresa in crisi, che spesso ha condotto a veri e propri accanimenti terapeutici che hanno fatto sì che il rimedio fosse peggiore del male >>[70]. Ne è testimonianza anche l'introduzione, nella *Loi* 85 – 98 del 25 gennaio 1985 rubricata *Redressement et liquidation judiciaires des enterprises,* di un periodo di osservazione obbligatoria dell'impresa in crisi, con l'obbligo di accedere innanzitutto alla procedura di *redressement*, la quale poteva essere convertita in *liquidation* esclusivamente laddove risultasse irrealizzabile la continuazione dell'attività.

Un rafforzamento dei meccanismi di prevenzione e composizione stragiudiziale della crisi d'impresa è determinato dalla *Loi* 94 – 475 del 10 giugno 1994, recante *Prévention et traitment des difficultés des enterprise.* Invece la *Loi des sauvegarde des enterprises* del 26 luglio 2005 (L. 2005 – 845) introduce nel sistema una nuova procedura giudiziaria, la *procédure de sauvegarde,* che offre al debitore la possibilità di ricorrere ad una procedura giudiziaria di liquidazione dell'impresa prima del verificarsi dell'insolvenza. << Infatti, nella fase precedente alla cessazione dei pagamenti, l'imprenditore in crisi non poteva accedere ad una vera e propria

[70] INNOCENTI F. (2018). *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto.* Rivista di diritto societario, fasc. 4: 976.

procedura giudiziaria, essendo prevista la sola composizione amichevole o il ricorso agli istituti di prevenzione. In sostanza, può ritenersi che la procedura di *sauvegarde*[71] è modellata in maniera sostanzialmente simile al *redressement judiciare*, tanto che l'accesso ad essa risulta precluso quando già si sia manifestata la cessazione dei pagamenti[72] e la crisi sia divenuta irreversibile >>[73].

Infine, sempre con la riforma del 2005, è stata introdotta la procedura di *conciliation*, di carattere non giudiziale e volta a risolvere la crisi in corso – ma non ancora conclamata – mediante la conclusione di un accordo tra debitore e alcuni dei creditori principali. Diversamente da quanto accade per la procedura di *sauvegarde*, l'accesso alla procedura di *conciliation* è possibile oltre che nel periodo in cui l'insolvenza non si è ancora manifestata, anche in caso di insolvenza estremamente recente.

È, allora, chiaro che la complessa architettura del sistema concorsuale francese si fonda su una pluralità di procedure, giudiziarie e non, ciascuna caratterizzata da proprie regole, calibrate, a loro volta, sull'indice di gravità della crisi. << Sul gradino più basso troviamo gli strumenti di *prévention-détection* (tra cui le misure di allerta), sul successivo le misure di *prévention* adottabili prima che si verifichi lo stato di insolvenza o in caso di insolvenza estremamente recente (*i.e.* la *conciliation*) ed infine le procedure concorsuali

[71] L' *Ordonnance* n. 326 del 12 marzo 2014 (*Reforme de la prévention des difficultes des enterprises et des procédures collectives*) ha introdotto le varianti della *sauvegarde accélérée* e della *sauvegarde financière accélérée*, che si sostanziano nell'adozione di un accordo negoziato nel contesto di una procedura di conciliazione, al quale abbia aderito la maggioranza dei creditori.

[72] Nel sistema concorsuale francese la cessazione dei pagamenti (*cessation des paiments*) identifica il concetto di insolvenza. Al suo verificarsi il debitore ha l'obbligo di portare i libri in Tribunale entro il termine perentorio di 45 giorni, pena le *faillite personelle*, da cui consegue l'interdizione all'esercizio di attività economiche. Nella situazione di insolvenza è previsto l'ingresso nelle procedure giudiziarie del *redressement judiciaire* oppure della *liquidation judiciaire*, a seconda che l'impresa sia o meno capace di proseguire la propria attività.

[73] FAUCEGLIA G. (2009). *L'anticipazione della crisi d'impresa: profili di diritto comparato e prospettive future.* Il Fallimento, fasc. 1: 17.

giudiziali vere e proprie della *sauvegarde*, del *redressament* e della *liquidation judiciaire* >>[74].

4. *Le procédures d'alerte.*

Il legislatore francese, osservando l'innata ritrosia di qualsiasi imprenditore ad ammettere, di fronte ai creditori e ai terzi, di versare in una situazione di difficoltà, è stato il primo a prendere coscienza che << è la stessa chimera che il futuro possa rovesciare, nel senso più favorevole, le sorti dell'impresa ad acuire l'incapacità dell'imprenditore di adempiere le proprie obbligazioni >>.[75] Da tale intuizione deriva la storica attenzione per l'obiettivo della *prévention* delle crisi, per la cui realizzazione sono state predisposte delle misure, appunto le *procédures d'alerte*[76], che possano favorire la *détection*, ossia la tempestiva rilevazione dei segnali di crisi, in modo da impedirne l'aggravamento.

Anche l'ordinamento transalpino prevede diversi meccanismi di allerta (l'*alerte interne* e l'*alerte externe*), attivabili da soggetti sia interni che esterni all'impresa e ancorati a presupposti oggettivi dalla diversa complessità, a seconda della funzione svolta da tali soggetti e del tipo di informazioni aziendali a cui possono accedere.

I soggetti interni legittimati ad attivare le misure di *prévention* sono: i *commissaires aux compts, les associes des actionnaires* e il *comitè d'enterprise*. I primi, che svolgono funzioni di revisione contabile e hanno una conoscenza più approfondita delle dinamiche finanziarie e reddituali dell'impresa, sono tenuti, nell'esercizio delle proprie funzioni, a segnalare al presidente del consiglio di amministrazione o al direttore generale i fatti che

[74] INNOCENTI F. (2018). *Op. cit.*: 978.
[75] RUSSO R. (2018). *Op. cit.*: 119 ss.
[76] Bisogna evidenziare che la genesi delle misure di allerta va ricercata nelle prassi dei Tribunali di commercio francesi ove i magistrati consolari svolgevano un opera di *moral suasion* verso l'imprenditore, aiutandolo a predisporre dei piani pratici per superare la crisi.

possono compromettere la *continuité de l'exploitation*[77], ossia la continuità aziendale. Questo presupposto di attivazione, che ricorda il *going concern* di anglicana memoria, è volutamente vago ed è andato a sostituire criteri maggiormente tipizzati, i *clignotants bien identifie,* che proprio in virtù della loro specificità si erano rivelati inidonei per una buona riuscita dei meccanismi di prevenzione. La precisazione che i *commissaires* devono segnalare i fatti che possano mettere in discussione la continuità aziendale, rilevati "nell'esercizio della propria funzione", ha spinto la dottrina francese a ritenere che essi non hanno l'obbligo[78] di << ricercare sistematicamente quegli stessi fatti, potendo invece limitarsi ad evidenziarli quando emergano incidentalmente nell'espletamento dei propri doveri >>[79].

In caso di mancata o insufficiente risposta, nei quindici giorni successivi alla segnalazione, da parte del presidente del consiglio di amministrazione o del direttore, i *commissaires aux comptes* invitano per iscritto l'organo di gestione a far deliberare il consiglio di amministrazione stesso sui fatti rilevati. In questa fase l'allerta esce dall'area della confidenzialità: copia dell'invito e il contenuto della delibera vengono notificati al *comité d'enterprise* e al *Tribunal de Commerce*, allo stato solo a titolo di notizia delle difficoltà in cui versa l'impresa. In caso di mancata osservanza di questi adempimenti ovvero se, nonostante le decisioni assunte, la continuità aziendale risulti irrimediabilmente compromessa, si apre una terza fase in cui un rapporto speciale stilato dai *commissaires* viene sottoposto all'assemblea ordinaria dei soci. Qualora non dovessero essere risolutive

[77] Tale fattispecie aperta, pur essendo di matrice contabile, evoca tutta una serie di circostanze idonee a indebolire l'equilibrio finanziario e che richiedono un'attenta valutazione, da parte dei *commissaires aux compts*, nell'attivare il procedimento. Negli anni è stata ridotta la discrezionalità nell'accertare la ricorrenza del presupposto della continuità aziendale grazie ai lavori della *Compagnie Nationale des Commissaires aux compts*, che ha individuato degli indicatori di natura finanziaria e gestionale idonei a segnalare difficoltà reali o anche soltanto potenziali.

[78] Di diverso avviso è la *Compagnie Nationale des commissaires aux compts* che raccomanda ai *commissaires* di vigilare su qualsiasi elemento suscettibile di compromettere la continuità aziendale.

[79] RUSSO R. (2018). *Op. cit.*: 119 ss.

neanche le decisioni assembleari, si procede ad informare il presidente del Tribunale di commercio.

Anche a *les associes des actionnaires*, ossia ai soci che rappresentano almeno il cinque per cento del capitale sociale, è data la possibilità, per sole due volte nel corso del medesimo esercizio, di attivare l'allerta interna all'impresa. Essi possono rivolgere agli organi di amministrazione interrogazioni circa i fatti che possono compromettere la continuità aziendale; successivamente il presidente del consiglio di amministrazione o il direttore generale devono fornire una risposta, da comunicare anche ai *commissaires aux compts,* circa i fatti rilevati.

Ultimo dei soggetti interni legittimati ad innescare l'allarme è il *comité d'enterprise*[80], organo di rappresentanza dei lavoratori dipendenti, che mira a coinvolgere i lavoratori nelle dinamiche di funzionamento dell'impresa. Il *comité* può chiedere informazioni al datore di lavoro quando è venuto a conoscenza di fatti che possono incidere in modo preoccupante sulla situazione economica dell'impresa[81]. Cambia così il presupposto oggettivo a cui è ancorata l'azione di questo soggetto: non si bada più ai fatti che minacciano la continuità aziendale. Ciò in ragione del diverso bagaglio informativo a disposizione di tale organo rappresentativo.

In caso di risposta assente o insoddisfacente da parte del datore di lavoro, il comitato, avvalendosi eventualmente di un esperto contabile, redige un rapporto, informando poi l'organo di amministrazione delle circostanze

[80] "Più precisamente si tratta di un organo obbligatorio delle imprese che contino più di cinquanta dipendenti; ne fanno parte il datore di lavoro, in veste di presidente, eventualmente assistito da due collaboratori, i rappresentanti dei dipendenti, il delegato sindacale di ciascun sindacato rappresentato nell'impresa. Il suo compito è di << garantire un'espressione collettiva dei dipendenti, permettendo la presa in considerazione dei loro interessi nelle decisioni riguardanti la gestione e lo sviluppo economico e finanziario dell'impresa, l'organizzazione del lavoro, la formazione professionale e le tecniche di produzione >> (art. L. 2323 – 1, *code du travail*)". Così RUSSO R. (2018). *Op. cit.*: 119 ss.

[81] Tali fatti sono stati individuati dalla giurisprudenza francese nell'approvazione di progetti di delocalizzazione di un settore produttivo all'estero, nella riorganizzazione dell'impresa a seguito dell'acquisto di altra società e nella chiusura di unità di produzione da cui derivi la soppressione di posti di lavoro.

rilevate. << Al fine di prevenire eventuali abusi di strumentalizzazione dell'allerta da parte del *comité d'enterprise*, tale procedura è sottoposta ad un controllo giudiziario preventivo >>[82]. Questo a testimonianza del ruolo predominante svolto dall'autorità giudiziaria nell'allerta francese.

Il *Tribunal de Commerce* o *de Grand Instance*[83] è, infatti, annoverato, insieme ai *groupements de prévention agrées*, tra i soggetti esterni all'impresa a cui è data la possibilità di attivare di propria iniziativa una procedura di allerta. L'ingerenza del Tribunale nel terreno della prevenzione della crisi ha fatto sì che si parlasse di *judiciarisation* dell'allerta e che il Tribunale stesso venisse indicato come *le super manager des enterprises.*

<< Il presidente del Tribunale di commercio (L. 611 – 2, *code du commerce*), rilevate difficoltà che possano compromettere la continuità aziendale, dispone la convocazione dei dirigenti della società, con il fine di sollecitare l'adozione di misure idonee a superare le criticità emerse da qualsiasi atto, documento o procedura. Se l'imprenditore non si presenta, il presidente del Tribunale di commercio può ottenere dai *commissaires aux compts*, dai membri e dai rappresentanti del personale, dalle pubbliche amministrazioni, dagli organismi di previdenza sociale, una esatta informazione economica e finanziaria dell'impresa >>[84].

La seconda, e ultima, procedura di allerta esterna può essere introdotta dai *groupements de prévention agrées.* Si tratta di organismi costituiti, su base regionale, da società commerciali e persone giuridiche di diritto privato, ai quali gli imprenditori hanno facoltà di aderire, trasmettendo a tali "raggruppamenti di prevenzione" tutta la documentazione finanziaria e contabile della propria impresa.

[82] INNOCENTI F. (2018). *Op. cit.*: 978
[83] Ciascuno competente a seconda che l'impresa sia commerciale o civile.
[84] RUSSO R. (2018). *Op. cit.*: 119 ss.

Alla luce delle informazioni aziendali pervenutegli, i *groupements*, qualora individuino indici di difficolta, propongono al capo dell'impresa l'intervento di un esperto. Quello degli *indices des difficultès* è un presupposto oggettivo ancorato a circostanze che non necessariamente sono gravi a tal punto da minacciare la continuità aziendale, consentendo così un'anticipazione dell'attivazione del meccanismo di prevenzione rispetto a quanto permettano altre procedure, legate alla *continuité d'exploitation*.

5. L'allerta francese e l'allerta nel diritto interno: due modelli a confronto.

Anche se il nostro legislatore, nell'introdurre nell'ordinamento interno le procedure di allerta e di composizione assistita delle crisi, ha sicuramente volto lo sguardo alla politica di prevenzione che da sempre muove la legislazione francese in materia di imprese (ispirata al principio *mieux vaunt prévenir que guérir*), non si può parlare di una perfetta riproduzione della disciplina d'oltralpe da parte della recente riforma italiana.

L'analisi condotta addietro consente di constatare, nell'ottica di un confronto tra i due modelli di allerta, che le divergenze sono cruciali e dominanti e vanno ad oscurare le somiglianze, presenti sì, ma assai limitate.

Dal sistema di *prévention-détection* francese sembra essere stata mutuata la mancanza di coattività delle procedure. Entrambi i sistemi muovono dalla consapevolezza che l'imprenditore debba essere indotto ad attivarsi tempestivamente, da soggetti interni ed esterni all'impresa, per la risoluzione anticipata della crisi: alla sua inerzia, tuttavia, non consegue alcuna risposta sanzionatoria né nell'ordinamento francese né in quello italiano. C'è da dire, però, che quest'ultimo ha tentato di ovviare a tale mancanza prevedendo una sorta di coazione indiretta del debitore ad agire, mediante la

predisposizione di misure premiali[85] sia di natura patrimoniale sia in termini di responsabilità personale.

Rimanendo sul versante delle somiglianze tra allerta francese e allerta italiana, va considerata << l'articolazione delle procedure di allerta in varie fasi, preconizzate come sequenze procedimentali diverse, a seconda dei soggetti deputati ad attivarle e con presupposti oggettivi differenziati e variabili in base al bagaglio informativo a disposizione dei soggetti legittimati a darvi impulso >>[86].

Ma, a bene, vedere, è proprio sul terreno dei presupposti oggettivi di attivazione che è possibile rintracciare una prima rilevante differenza tra i due modelli.

Il sistema francese àncora la procedura di allerta, attivata, rispettivamente, dai *commissaires aux compts*, dalle *associes des actionnaires* e dal presidente del Tribunale di commercio, alla individuazione di circostanze che possono compromettere la continuità aziendale. Tale parametro, che a prima vista sembra lasciare grandi spazi di discrezionalità, è da tempo oggetto di grandi dibattitti nella scienza aziendalista, che si è sforzata di delinearne i contorni tipologici, predisponendo una casistica di fattori ritenuti idonei a turbare la *continuité d'exploitation*. Diversamente, nella riforma italiana i soggetti interni all'impresa vedono subordinata la loro legittimazione ad attivare il meccanismo di allerta all'emersione di "fondati indizi della crisi". Presupposto, quest'ultimo, che in mancanza di una migliore specificazione, pur richiesta al Consiglio nazionale dei dottori commercialisti, rende pericolosamente più sfumato il momento a partire dal quale far suonare l'allerta.

[85] Come osserva SPOLIDORO M.S. (2018). *Op. cit.*: 173, più che di "premi" o "misure premiali" debba parlarsi di "sconti", perché uno sconto di pena è un incentivo, non un premio. << La differenza è evidente: il premio aggiunge ricchezza, lo sconto riduce il risarcimento o la sanzione, che resta almeno astrattamente applicabile >>.

[86] INNOCENTI F. (2018). *Op. cit.*: 1000.

Il principale tratto distintivo tra i due modelli si gioca però sulla << diversa attribuzione di funzioni all'Autorità giudiziaria in chiave di prevenzione della crisi >>[87]. Nel sistema francese, infatti, il presidente del Tribunale di commercio, come sopra descritto, ha un ruolo propulsivo ai fini dell'attivazione e della positiva conclusione della procedure di allerta, potendo sollecitare gli organi sociali a reagire di fronte alla crisi esclusivamente in forza della sua autorità personale.

Il legislatore italiano, invece, ha effettuato la scelta di affidare il compito di "mediare" ai fini della risoluzione della crisi ad un Organismo di composizione della crisi che, in virtù della sua natura amministrativa e non giudiziaria, ha una portata assai meno autorevole e persuasiva rispetto al Tribunale.

La *ratio* di tale scelta trova fondamento nella diversa configurazione dell'autorità giudiziaria nell'ordinamento francese rispetto a quello italiano.

Quella del *Tribunal de Commerce* è una magistratura consolare onoraria i cui membri sono eletti tra gli imprenditori o tra i dirigenti di società: sono quindi soggetti particolarmente idonei a fornire pareri competenti sia sul piano economico sia giuridico, e il cui carisma e la cui competenza si rivelano determinanti nelle varie fasi della procedura di allerta. Nel nostro ordinamento, invece, allo stato attuale, è assente un tipo di magistratura analoga a quella che opera in Francia, ragion per cui il modello francese non sarebbe stato importabile se non previa riforma organica dell'ordinamento giudiziario. Nell'ordinamento domestico, infatti, l'intervento del giudice nella procedura di allerta sarebbe stato percepito dal debitore come l'anticamera di una successiva procedurale concorsuale di insolvenza, sortendo l'effetto contrario di dissuadere l'imprenditore dall'attivarsi celermente.

[87] RUSSO R. (2018). *Op. cit.*: 119 ss.

In verità, anticipando quanto in seguito si esaminerà, è il caso di rilevare che, conseguentemente ad una addizione governativa allo schema di riforma elaborato dalla Commissione Rordorf, non è stato affatto scongiurato il rischio che l'imprenditore percepisse una relazione senza alcuna soluzione di continuità tra l'attivazione dell'allerta (in senso lato) e l'apertura di una delle procedure concorsuali conosciute dall'ordinamento. In virtù di quella addizione è stato introdotto un automatismo tra l'esito infausto della successiva (eventuale) procedura di composizione assistita e la comunicazione al Pubblico Ministero per le determinazioni di sua competenza. Potrebbe, dunque, concludersi che << il progetto governativo rende più acuto, nei fatti, il rischio che, a parole, intende attenuare >>[88].

6. Brevi cenni sul "diritto societario della crisi".

Come si è osservato precedentemente, la disciplina della prevenzione della crisi d'impresa, introdotta dalle nuove disposizioni normative contenute nel D. Lgs. 19 gennaio 2019, n.14 ed estese a tutte le categorie di imprese, societarie e non, va ad occupare uno spazio del diritto interno che fino ad ora non era stato completamente inesplorato.

Ci si riferisce agli strumenti di rilevazione degli indizi della crisi – << ad esempio attraverso appositi moduli organizzativi dell'impresa e obblighi di ricognizione e denuncia in capo a organi di controllo interno >>[89] – astrattamente idonei ad una emersione tempestiva delle situazioni di pericolo per i creditori, previsti limitatamente all'area del diritto "societario" in senso stretto e in particolare delle società di capitali.

Il nostro diritto societario ha trascurato, sino a tempi relativamente recenti, la dimensione della crisi, occupandosi, marginalmente, solo di alcuni problemi e limitandosi a pochi e sporadici interventi che ha evidentemente ritenuto strettamente indispensabili. << Quanto affermato non può del resto

[88] RUSSO R. (2018). *Op. cit.*: 119 ss.
[89] PERRINO M. (2019). *Op. cit.*: 653 ss.

stupire, sol che si consideri che la c.d. riforma del diritto societario è stata concepita ed elaborata nei primi anni del nuovo millennio, ossia in un periodo di sviluppo economico, nel quale non era completamente avvertita l'esigenza di sviluppare (anche) un "diritto societario della crisi" >>[90].

Si deve tuttavia rilevare che negli ultimi anni si è ammorbidita, in letteratura, la tendenziale incomunicabilità o indifferenza tra diritto della crisi e diritto societario, attraverso studi volti ad avvicinare queste due realtà normative e ad approfondire i doveri di prevenzione dell'organo amministrativo e dell'organo di controllo in caso di declino o di crisi dell'impresa.

<< Incombono, difatti, a costoro – anche senza volerne dilatare oltremisura il compito di predisporre degli "assetti organizzativi adeguati" – gli obblighi di diligente, corretta e proficua amministrazione dell'impresa per il perseguimento dell'interesse sociale (*id est*: dello scopo lucrativo comune dei soci), nel rispetto dell'esigenza di protezione degli interessi dei creditori e degli altri *stakeholders.* Essi devono perciò attivarsi per fronteggiare tempestivamente ed efficacemente le situazioni di crisi e per salvaguardare l'avviamento e, più in generale, i valori (soprattutto immateriali) dell'attivo, sotto pena di responsabilità anche "omissiva" >>[91].

Oggi, con la formula "diritto societario della crisi", si intende richiamare un'area normativa intermedia che si colloca in una terra di mezzo tra la disciplina della fase di sviluppo e profitto della vita dell'impresa e la disciplina degli istituti ascrivibili all'area delle procedure concorsuali. Quello societario della crisi è dunque un diritto di regole da prendere in considerazione quando la società non è in uno stato di buona salute.

---

[90] TOMBARI U. (2013). *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*. Rivista delle società, fasc. 6: 1141.

[91] GUERRERA F. (2013). *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi.* Rivista delle società, fasc. 6: 1122.

La recente riforma della disciplina della crisi e dell'insolvenza << innerva di significativi profili innovatori il "diritto societario della crisi". Il tratto metodologicamente più innovativo consiste nel fatto che, anziché introdurre nuove deroghe al diritto societario con il fine di rimediare, *ex post*, alle situazioni di malessere dell'impresa >>, il legislatore delegato ha contemplato << disposizioni funzionalmente orientate a prevenire, *ex ante*, l'insorgenza di quelle stesse situazioni >>[92].

La valorizzazione dei doveri di prevenzione, operata dalla riforma della disciplina della crisi e dell'insolvenza, eleva le istanze preventive già sottese al diritto societario della crisi ad un rango di maggiore dignità. Ciò contribuisce a rafforzare la voce di chi, nell'ambito di una disputa pluriennale, ha sostenuto il carattere tendenzialmente autonomo del diritto societario della crisi come sistema organico di regole, contrapponendosi ad altri studiosi che ne avevano sostenuto la "specialità", con portata derogatoria[93], rispetto al "diritto societario comune".

Il dibattito presenta risvolti applicativi di grande rilevanza perché, ponendosi nell'ottica dell'autonomia, ove ci si trovi di fronte ad una lacuna, quest'ultima dovrà essere colmata facendo riferimento alle disposizioni e ai principi generali dettati dallo stesso diritto societario della crisi. Diversamente, appoggiando l'alternativa della specialità, nella medesima circostanza appena descritta dovrà trovare applicazione il diritto societario generale.

L'opzione dell'autonomia si lascia preferire in quanto consente di meglio proteggere quei valori o di meglio perseguire quegli obiettivi che l'ordinamento ha deciso di tutelare in caso di crisi di un'impresa societaria. Compito che si rivelerebbe decisamente più arduo ove si facesse applicazione

[92] RUSSO R. (2018). *Op. cit.*: 119 ss.

[93] Parte della dottrina sostiene infatti che il fondamento del "diritto societario della crisi" debba essere individuato nell'idea che il rimedio alle situazioni di squilibrio derivi dalla previsione di deroghe al diritto societario comune.

del diritto societario comune, meno attento, per le ragioni già sopra spiegate, ad un contesto di crisi d'impresa.

7. I doveri di prevenzione. Il collegio sindacale.

Dall'analisi della disciplina delle società di capitali, anteriore alla recente riforma legislativa della crisi d'impresa e dell'insolvenza, si ricava che la combinazione di doveri e poteri posti in capo al collegio sindacale permette di definire tale organo come già titolare di precisi obblighi di prevenzione e tempestiva rilevazione della crisi d'impresa.

Inutile precisare che quella disciplina in esame sicuramente non prevede delle vere e proprie procedure coordinate di allerta azionate dal collegio sindacale, così come positivizzate e definite dal legislatore delegato nel D. Lgs. 19 gennaio 2019, n. 14. Ma ciò non toglie che i poteri reattivi che il codice civile e le disposizioni del Testo[94] sulle norme di comportamento conferiscono al collegio, assumono una valenza determinante ai fini di una precoce emersione della crisi.

Preliminare ai nostri fini è la lettura dell'art. 2403 del codice civile che, al fine di esplicitare le funzioni di quell'organo societario, dispone che << il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento >>. Tra tutte le opzioni interpretative[95] che si sono susseguite riguardo tale disposto, è oggi generalmente condivisa quella che intende la funzione di controllo del collegio sindacale come esplicantesi,

[94] Il riferimento è al Testo sulle norme di comportamento del collegio sindacale elaborato dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, aggiornato a settembre 2015.

[95] << Tra gli autori, vi è chi ritiene che il collegio sindacale debba vigilare sull'osservanza di qualsiasi regolamento o atto amministrativo cogente; altri si spingono a sostenere che l'organo di controllo debba accertare l'assenza di illeciti, irregolarità o inadempimenti contrattuali; altri ancora reputano che l'art. 2403 c.c alluda agli atti compiuti da tutti gli organi sociali, e non soltanto quelli degli amministratori >>. Così si legge in RUSSO R. (2018). *Op. cit.*: 119 ss.

senza limiti e in misura omnicomprensiva, in tutte le direzioni dell'azione sociale, andando anche oltre eventuali specificazioni strumentali.

Addentrandoci maggiormente nei poteri reattivi del collegio, si segnala la norma di comportamento 11.1 ("Prevenzione ed emersione della crisi") la quale, dopo aver chiarito che << il collegio sindacale […] vigila che il sistema di controllo e gli assetti organizzativi adottati dalla società risultino adeguati a rilevare tempestivamente segnali che facciano emergere dubbi significativi sulla capacità dell'impresa di continuare ad operare come entità in funzionamento >>, afferma che << il collegio sindacale può chiedere chiarimenti all'organo di amministrazione e, se del caso, sollecitare lo stesso ad adottare opportuni chiarimenti >>. Di qui la condivisibile conclusione che << sebbene non esclusivamente riferiti alla crisi, quanto al più generale problema della continuità aziendale, gli organi di controllo sono già tenuti a richiedere all'impresa l'impiego di strumenti di pianificazione capaci di prospettare probabili insolvenze >>[96].

Ancora, in caso di mancata attivazione o risposta dall'organo amministrativo, l'art. 2406 del codice civile permette al collegio di procedere alla convocazione dell'assemblea, quest'ultima subordinata al duplice presupposto della individuazione di fatti censurabili di rilevante gravità e dell'urgente necessità di provvedere[97].

Prima di procedere alla convocazione dell'assemblea, il collegio sindacale ha l'onore di effettuare un ulteriore richiamo al presidente del consiglio di amministrazione per sollecitare l'operato di quell'organo al fine di fronteggiare le difficoltà segnalate.

---

[96] QUAGLI A. (2016). *Il concetto di crisi d'impresa come incontro tra la prospettiva aziendale e quella giuridica*, tratto da *ilcaso.it*

[97] Per esigenze di chiarezza si segnala che, secondo quanto dispone la norma di comportamento 11.2, comma 1, << nei casi in cui il ricorso all'assemblea non abbia avuto luogo o i suoi esiti non siano ritenuti adeguati, il collegio sindacale, qualora la condotta degli amministratori integri anche i presupposti di grave irregolarità, ove consentito dalla legge, può proporre la denunzia al Tribunale *ex*. art. 2409 c.c >>.

In questa previsione, ancora più che in altre, è facile cogliere l'istanza di prevenzione che muove tutta la disciplina in discorso: la comunicazione che il collegio deve effettuare è volta a sussurrare agli amministratori l'emersione di alcune *sonnette d'alarme.*

I dati presi in considerazione in questo breve *excursus* sostengono la premessa iniziale da cui si è partiti: nella disciplina delle società di capitali erano già presenti presidi e strumenti che attribuiscono un ruolo specifico all'organo di controllo societario nell'ottica di una rilevazione tempestiva della crisi d'impresa.

7.1. Segue: gli amministratori.

Nel diritto societario della crisi anche gli amministratori sono titolari, nei confronti della società, di determinati doveri di prevenzione e di gestione dell'insolvenza, quali espressione dei principi di corretta amministrazione.

<< La prevenzione presuppone un'attività di continuo monitoraggio della situazione patrimoniale, economica e finanziaria, strumentale al dovere di prevedere ed evitare il verificarsi dell'insolvenza, nonché, ove vi siano segnali di squilibrio, almeno a partire dal concretizzarsi di incertezze significative della continuità aziendale giuridicamente rilevanti, al dovere strettamente correlato di attivarsi al fine del ripristino delle condizioni di equilibrio dell'ente societario quale centro di conseguimento di profitto >>[98]. Sotto tale profilo, le attività *lato sensu* di monitoraggio, previsione e programmazione rientrano tra i doveri stessi degli amministratori, sol se si consideri la funzione che tali soggetti sono chiamati a svolgere all'interno della compagine societaria.

Ai sensi dell'art. 2380-*bis* del codice civile, infatti, << la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le

[98] BRIZZI F. (2015). *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi.* G. Giappichelli, Torino, p. 354.

operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale >>. La funzione di gestione, affidata all'organo amministrativo, si declina così nel compimento di ogni operazione necessaria per l'attuazione dell'oggetto sociale; e se è vero che ciò che limita fonda, l'oggetto sociale si configura non solo come limite dell'azione degli amministratori ma anche come fondamento in relazione al quale devono essere definiti gli specifici doveri in capo ad essi.

Il dovere di attuare l'oggetto sociale non può non ricomprendere, a monte, il dovere di salvaguardare le condizioni necessarie per garantire un'attività imprenditoriale sempre efficiente, proprio perché tale attività imprenditoriale non è altro che la forma di quell'oggetto sociale che si intende conseguire. Per assicurare il corretto funzionamento di questo complesso meccanismo di osservazione e conservazione, si rende necessario, da parte degli amministratori, un continuo monitoraggio della situazione patrimoniale, economica e finanziaria della società: ciò non è altro che il contenuto del dovere di evitare l'insorgere dell'insolvenza e di riconoscere tempestivamente i sintomi di una crisi incipiente. Doveri che vengono, così, definitivamente radicati già dal diritto societario *ante* D. Lgs. 19 gennaio 2019, n. 14 anche in capo ai soggetti preposti alla corretta gestione della società.

Rispetto all'emersione dei primi sintomi della crisi gli amministratori hanno il dovere di procedere all'effettuazione tempestiva di tentativi di risanamento e all'elaborazione di una strategia di riorganizzazione della società. Il piano di risanamento dell'ente societario nella sua totalità, e non della sola impresa, deve essere volto a garantire, senza alcuna subordinazione tra esse, sia la tutela diretta dell'interesse dei soci che quella indiretta dell'interesse dei creditori. Sulla scia di un precedente giurisprudenziale statunitense[99], è del resto principio generalmente affermato dalla dottrina italiana che gli amministratori, in prossimità dell'insolvenza, devono orientare

[99] Il riferimento è al *leading case* noto come *Credit Lyonnais Bank Nederland N.V. v. Pathe Communications Corp* (*Del. Ch. Dec*. 30, 1991).

la propria condotta alla protezione di interessi di ordine generale, non riconducibili ad una sola categoria di soggetti. Più chiaramente: l'organo di gestione ha il dovere di assicurare gli interessi dell'intera comunità sottesa alla società.

<< Il contenuto concreto del piano di risanamento non può che essere rimesso alla discrezionalità dell'organo amministrativo, limitata, però, dalla ragionevolezza imposta dai principi di corretta amministrazione. Il piano, dunque, dovrà essere dotato di plausibilità e verosimiglianza quanto a congetture formulate e previsioni elaborate: risultato cui si potrà accedere eventualmente usufruendo delle tecniche appositamente previste dal diritto fallimentare (piano attestato di risanamento, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo[100]), da ritenersi conformi ad un parametro di ragionevolezza qualificato >>[101].

Soggetto alla discrezionalità imprenditoriale degli amministratori è anche il riconoscimento tempestivo dei segnali di allarme sintomatici di una crisi imminente, tradizionalmente individuati dal diritto societario della crisi nella perdita di oltre un terzo del capitale sociale, nell'eccesivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto o nella circostanza per cui risulti ragionevole procedere ad un conferimento da parte dei soci.

[100] Particolarmente funzionale agli scopi di prevenzione e risanamento perseguiti dagli amministratori è la possibilità di accedere al concordato preventivo con "riserva". Essi possono così anticipare gli effetti protettivi della procedura e conservare l'integrità dell'apparato aziendale, nell'attesa della formulazione della proposta ai creditori e dell'elaborazione di un piano.

[101] BRIZZI F. (2015). *Op. cit.*: 216-217.

CAPITOLO II

LA "GESTIONE DELL'IMPRESA": ASSETTI ADEGUATI, PRINCIPI DI *GOVERNANCE* E *BUSINESS JUDGMENT RULE*.

SOMMARIO: 1. Riflessioni preliminari sulla "Direzione e gerarchia nell'impresa". – 2. Il nuovo secondo comma dell'art. 2086 c.c.: i destinatari della disciplina. – *2.1. Brevi note su una prima applicazione da parte del Tribunale di Milano*. – 3. Il principio di "adeguatezza" degli assetti. Fonti normative e parametri di valutazione. – *3.1. L'assetto organizzativo-amministrativo*. – *3.2. L'assetto contabile*. – *3.3. Gli assetti patrimoniale e tecnico*. – 4. Approfondimenti. L'impresa bancaria: controlli interni e adeguatezza organizzativa. – 5. Segue: I programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale nel D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175. – 6. L'attribuzione esclusiva delle competenze gestorie agli amministratori: perimetro dell'indagine. – *6.1. Le interpretazioni "eversive" delle precedenti regole di governance*. – *6.2. Le tesi "riduzioniste"*. – 7. Il problema dell'applicabilità della *business judgment rule* alle scelte in materia di assetti.

1. Riflessioni preliminari sulla "Direzione e gerarchia nell'impresa".

Se la corretta impostazione di una *rescue culture* dell'impresa necessita di attribuire una più vigorosa significatività alla fase anteriore all'insorgenza di cause di crisi, ne deriva in via immediata, come corollario, che << è quello dell'organizzazione d'impresa, quindi del diritto dell'organizzazione, il miglior terreno di coltura di una via salutistica e preventiva >>[102].

Ha dimostrato di esserne cosciente il nostro legislatore delegato che, con le modifiche al codice civile apportate dal D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, ha introdotto l'obbligo, per l'imprenditore che operi in forma societaria o collettiva, di dotarsi *ab origine* di sistemi di presidio del rischio di crisi.

Più in dettaglio, l'art. 375 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ha completamente innovato sull'art. 2086 c.c. modificandone la rubrica da "Direzione e gerarchia nell'impresa" a "Gestione dell'impresa" e aggiungendo un secondo comma a quello originario, ora divenuto primo, che, immutato, così recita: << l'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori >>. La disposizione di recente formulazione, invece, ha cura di disporre che << l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale >>.

[102] MEO G. (2018). *La Difficile via normativa al risanamento d'impresa*. Rivista del diritto commerciale, fasc. 4: 620.

È una norma che, pur essendo preda di aspri dibattiti interpretativi – che ancora[103] oggi appaiono di difficile risoluzione e di cui ampiamente, in seguito, si dirà – va, almeno ad una prima lettura, accolta favorevolmente, se anche solo ci si ravveda del fatto che i presidi organizzativi giocano un ruolo strategico ai fini del salvataggio di un'impresa in stato di insolvenza prospettica.

Prima di passare ad analizzare il nuovo secondo comma dell'art. 2086 c.c. sembra opportuno dedicare una breve bensì oculata riflessione al primo comma della disposizione in esame, interrogandosi non solo sulla scelta dei riformatori di conservarne la portata tra le norme che disciplinano generalmente la figura dell'imprenditore, ma anche sull'opportunità di averne fatto una norma centrale della rinnovata legislazione d'impresa, come si ricava dai frequenti rimandi all'art. 2086 inseriti diffusamente in altre disposizioni[104] del Codice Civile.

L'originario disposto dell'art. 2086, che sotto la rubrica "Direzione e gerarchia nell'impresa" definiva (e tuttora definisce) l'imprenditore come << capo dell'impresa >>, ancorava le sue fondamenta al sostrato ideologico dell'ordinamento corporativo e alla lettera del mai espressamente abrogato art. 2088[105] c.c., il quale stabilisce che << l'imprenditore deve uniformarsi nell'esercizio dell'impresa ai principi dell'ordinamento corporativo e agli obblighi che ne derivano, e risponde verso lo Stato dell'indirizzo della produzione e degli scambi, in conformità della legge e delle norme corporative >>.

[103] Si consideri che l'art. 375 (che arreca le modifiche alla norma in esame) del D. Lgs. 12 gennaio 2019, n.14 rientra nella serie di disposizioni la cui entrata in vigore è stata anticipata, rispetto al resto del Codice, al 16 marzo 2019.

[104] Si richiamano qui gli artt. 2557, 2380-*bis*, 2409-*novies* e 2475 c.c. a proposito dei doveri degli amministratori delle società.

[105] Norma implicitamente abrogata per l'avvenuta soppressione degli organi corporativi centrali (r.d.l. 9 agosto 1943, n. 1721) e delle associazioni sindacali fasciste (d.lg.lgt. 23 novembre 1944, n. 369).

Le opinioni riguardo alla gerarchia nell'impresa e alla funzionalizzazione di quest'ultima erano più che pacifiche: in virtù della lettura congiunta degli artt. 2086 e 2088 << l'impresa veniva inserita come una cellula produttiva nell'organizzazione dello Stato corporativo, di cui riproduceva la struttura gerarchica >>[106].

La disciplina dell'impresa non era più appannaggio del solo diritto commerciale, che la studiava nella sua esemplificata accezione di << attività dell'imprenditore >>. L'impresa, intesa come un'organizzazione gerarchica di persone che cooperano per un istituzionalizzato fine unitario di produzione, assumeva una sempre crescente rilevanza nella normativa dei rapporti di lavoro; ciò in quanto << l'ideologia dell'ordinamento sindacale corporativo assegna al diritto del lavoro il compito di concorrere alla tutela dell'interesse unitario della "economia nazionale", al quale devono subordinarsi gli interessi di classe e al servizio del quale gli imprenditori e i lavoratori devono collaborare >>[107].

Più chiaramente, secondo la concezione corporativa dell'economia, la libertà di iniziativa economica privata deve determinarsi in funzione del soddisfacimento dell'interesse superiore della produzione nazionale e, così come si evince dall'art. 2088 c.c., l'imprenditore risponde verso lo Stato dell'andamento della produzione in relazione agli obblighi posti dalla tutela di quel fine superiore. << In ragione di tale responsabilità l'imprenditore è qualificato "capo dell'impresa" >> dal primo comma dell'art. 2086 c.c. << e investito di autorità gerarchica sui membri dell'organizzazione che con lui collaborano alla realizzazione dello scopo produttivo dell'impresa >>[108]. Dunque nella cultura corporativa la *ratio* giustificatrice della "posizione

[106] SPOLIDORO M.S. (2019). *Note critiche sulla << gestione dell'impresa >> nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci).* Rivista delle Società, fasc. 2: 254.

[107] MENGONI L. (1985). *I poteri dell'imprenditore,* in *Diritto e valori,* Il Mulino, Bologna, p. 391.

[108] MENGONI L. (1985). *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello Statuto dei lavoratori,* in *Op. cit.*: 377.

dominante" di cui gode l'imprenditore nell'organizzazione dell'impresa va ricercata nella responsabilità di cui egli deve rispondere per il comportamento dei suoi subordinati.

La successiva caduta dell'ordinamento corporativo, sebbene non abbia avuto ripercussioni dirette sull'art. 2086 c.c., ha svuotato di qualsivoglia connotazione ideologica l'art. 2088 c.c. da cui il primo traeva giustificazione, rendendolo ormai lettera morta.

Infatti, con la nascita della Costituzione della Repubblica e con il progressivo allontanamento sia dal modello dell'economia di guerra che dal "mito" di una produzione pianificata di tipo socialista, non poteva più attribuirsi autonoma dignità all'idea di una eventuale responsabilità dell'imprenditore verso lo Stato o i consociati, così come previsto dall'art. 2088 c.c. che, di conseguenza, si ritiene oggi implicitamente abrogato.

A sua volta l'art. 2086 c.c., crollati entrambi i pilastri sui cui edificava la sua portata (ordinamento corporativo e art. 2088 c.c.), non riusciva più a sostenere l'ipotesi di una superiorità gerarchica dell'imprenditore sui suoi dipendenti, che traesse origine dalla strumentalizzazione dell'impresa per il conseguimento di istituzionali finalità superiori. L'originario unico comma del 2086 c.c. finiva così per esprimere assolutamente niente di diverso dalla mera subordinazione contrattuale dei lavoratori al datore di lavoro – nel caso di specie, l'imprenditore – la cui superiorità gerarchica derivava dalle trame del contratto di lavoro. << Caduta 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 >>[109].

In conclusione, l'attuale primo comma dell'art. 2086 c.c. più che riguardare la "direzione e gerarchia nell'impresa" o, come ha voluto il

[109] SPOLIDORO M.S. (2019). *Op. cit.*: 258.

legislatore delegato, la "gestione dell'impresa", interessa il rapporto di lavoro; e in virtù della sua scarsissima portata precettiva, meramente ripetitiva di assunti più felicemente formulati altrove[110], occupa inutilmente da tempo alcune righe del codice civile.

Sorprende così la vivificata importanza che ad oggi riveste nella nuovissima disciplina dell'impresa, a dispetto della sua sostanziale inutilità[111].

2. Il nuovo secondo comma dell'art. 2086 c.c.: i destinatari della disciplina.

Nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza compaiono non solo disposizioni che incidono sul diritto societario, in quanto volte a disciplinare la crisi o l'insolvenza di soggetti costituiti perlopiù in forma societaria, bensì anche altre norme che apportano modifiche ad articoli del codice civile in materia d'impresa e di società, con una particolare attenzione per quanto attiene all'ambito dei doveri e responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo.

La scelta del legislatore delegato di inserire nel *corpus* di un codice di nuovo conio articoli unicamente destinati a modificarne altri, contenuti in un codice diverso, potrebbe sembrare piuttosto singolare. Ciò in quanto l'eventuale adozione di un *modus operandi* più lineare avrebbe sicuramente suggerito di affidare ad un separato ed ulteriore decreto legislativo delegato l'arduo compito di operare sulle radicate norme del codice civile, relegando

[110] La subordinazione gerarchica del lavoratore dipendente all'imprenditore e i doveri cui deve attenersi il prestatore di lavoro sono ben dichiarati negli artt. 2094 e 2104, commi 1 e 2, c.c.

[111] Si segnala tuttavia che, in una diversa prospettiva, alcuni autori sostengono che la norma abbia ancora una grande importanza pratica anche al di fuori del diritto del lavoro. In particolare << sotto il profilo pratico essa può fornire importanti indizi per attribuire la titolarità dell'impresa, e dunque le responsabilità e le altre conseguenze giuridiche che ad essa sono connesse, in casi dubbi, proprio perché l'impresa è una organizzazione di persone in cui non è sempre chiaro, nei fatti, quale sia il vertice gerarchico >>. Così si legge in VENTORUZZO M. (2016). *Richiamo e difesa delle radici istituzionali dell'impresa nel codice civile italiano*, in *Gli imprenditori*, a cura di L. Paolazzi – M. Sylos Labini – F. Traù, Marsilio, Venezia, p. 104.

all'interno del D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 unicamente le disposizioni in tema di crisi e insolvenza.

Si consideri, però, che i doveri e le responsabilità degli organi societari assumono un più pregnante rilievo specialmente in caso di declino dell'ente. << Ciò non dipende dal fatto che il dissesto sia necessariamente la conseguenza della violazione di quei doveri, ma in certo senso esso li drammatizza ed è per lo più solo allora che si determinano le condizioni per far valere eventuali responsabilità >>[112].

Ecco allora spiegato perché, pur nell'ambito di una riforma in materia di diritto concorsuale, si è avvertito il bisogno di intervenire sulle disposizioni codicistiche che richiamano quei doveri e quelle responsabilità, destinate tra l'altro ad operare sempre – cioè indipendentemente dal verificarsi di una situazione di crisi o di insolvenza.

Una delle più significative innovazioni, che per il medio delle modifiche al codice civile introdotte dal legislatore delegato, intervengono direttamente sulla struttura del diritto dell'impresa societaria è costituita dal dovere di istituzione di assetti[113] organizzativi, amministrativi e contabili "adeguati". "Dovere" recato dal secondo comma aggiunto all'art. 2086 c.c., di cui è conveniente, per i fini ivi perseguiti, ripetere la prima parte:
<< L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa […] >>.

Non può, in primo luogo, non rilevarsi che la norma, pur essendo inserita tra quelle che disciplinano la figura dell'imprenditore in generale e pur

[112] RORDORF R. (2019). *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.* Rivista delle Società, fasc. 5: 929.

[113] Per i quali si intendono "uffici" adeguati dal punto di vista organizzativo, amministrativo e contabile. Il che poi vuol dire tutto, a partire dai controlli interni fino alla *compliance* e oltre.

essendo stata la relativa disposizione[114] diversamente formulata nella Proposta[115], si renda applicabile, per espressa previsione, esclusivamente a coloro che gestiscono imprese << in forma societaria e collettiva >>. Il legislatore delegato, dunque, non ha voluto che il comma si applicasse anche all'imprenditore individuale, prescindendo del tutto dalle grandi, medie, piccole o piccolissime dimensioni dell'attività economica che egli svolga.

Pur adottando l'angolo visuale di chi ha accolto favorevolmente la restrizione dell'ambito soggettivo di applicazione del dovere di cui al secondo comma dell'art. 2086 c.c., fondando le proprie argomentazioni sull'assunto che quella prescrizione sarebbe risultata troppo gravosa (in termini di costi e di impegno di risorse) per l'imprenditore individuale[116], la scelta del legislatore è ampiamente suscettibile di opinabilità. Infatti << il riferimento alla "natura e alle dimensioni dell'impresa" avrebbe comunque circoscritto l'obbligo a forme elementari di organizzazione che, a ben vedere, sono necessarie in qualunque impresa, quanto meno nell'impresa individuale commerciale o agricola non piccola >>[117]. Le preoccupazioni che molti avanzavano, e a cui si è appena fatto cenno, avrebbero dovuto trovare soluzione nella stessa "clausola generale" della disposizione. Esplicitando, grazie al carattere relativo del principio di adeguatezza, << la differenza di dimensioni e di complessità delle operazioni economiche permette di affermare che gli imprenditori possano adottare standard differenti e diverse modalità concrete

[114] Il testo del secondo comma dell'art. 2086 c.c., nelle intenzioni della Commissione, così recitava: << L'imprenditore, che operi in forma individuale, societaria o in qualunque altra veste, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale >>.

[115] Proposta di decreto legislativo recante modifiche al codice civile, in attuazione della legge delega 30 ottobre 2017, n. 155 per la riforma della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza.

[116] Essendo, di regola, quest'ultimo confinato nell'area della piccola impresa.

[117] MONTALENTI P. (2019). *Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma.* XXXIII Convegno di studio su "Crisi d'impresa. Prevenzione e gestione dei rischi: nuovo Codice e nuova cultura", Courmayeur, 20 – 21 settembre 2019, p. 9.

per obbedire all'imperativo posto dalla legge secondo le circostanze di fatto >>[118].

Ma c'è di più. L'attività imprenditoriale, grande o piccola ovvero individuale che sia, non può fisiologicamente essere disorganizzata. Lo stesso art. 2082 c.c. nel definire l'imprenditore come colui che << esercita un'attività economica organizzata >> lascia intendere che il dovere di dotarsi di codici organizzativi adeguati risponde ad una necessità generale che è insita nella natura stessa dell'attività imprenditoriale, in qualunque forma o dimensioni essa sia espletata.

Deve essere quindi confutata anche la tesi di quella dottrina che ritiene che la scelta del legislatore (di escludere l'imprenditore individuale dal novero dei soggetti cui si applica l'art. 2086, comma 2, c.c.) sia stata dettata dalla presunzione per cui l'imprenditore individuale gestisca sempre imprese così marginali da poter essere sempre amministrate con mezzi inadeguati. Da un lato si tratta di una presunzione priva di alcun fondamento logico-ontologico, dall'altro la necessità di un modello organizzativo adeguato si adatta per definizione a qualsiasi impresa.

Altri, ancora, esprimendo grande entusiasmo per le pretese novità introdotte dall'art. 2086, giustificano la scelta del legislatore delegato ancorandola ad una ragione squisitamente tecnico-giuridica. Infatti affermano che i doveri introdotti dal secondo comma << costituiscono un debito dell'imprenditore verso l'impresa >> e danno luogo ad una responsabilità che << si estroflette nei confronti di tutti i soggetti interessati a vario titolo alla conservazione dell'impresa >>[119]. Se quei doveri sono l'oggetto di uno specifico rapporto contrattuale allora l'esclusione dell'imprenditore individuale deriverebbe dall'impossibilità per quest'ultimo di essere contemporaneamente creditore e debitore della prestazione. Diversamente,

[118] SPOLIDORO M.S. (2019). *Op. cit.*: 260.
[119] DI MARZIO F. (2019). *Obbligazione, insolvenza, impresa*, Giuffrè, Milano, p. 134.

nelle imprese organizzate << in forma societaria o collettiva >> la ricostruzione interpretativa qui esaminata risulterebbe perfettamente adattabile: in queste ultime il rapporto tra chi gestisce l'impresa e il soggetto che ne è titolare assume le vesti di un rapporto contrattuale. Non si determinerebbe, così, la problematica coesistenza in capo ad un medesimo soggetto delle figure di creditore/debitore.

Obiettano a tale interpretazione coloro che negano che il dovere di adeguata organizzazione si configuri alla stregua di una prestazione contrattuale, facendo leva sul fatto che il legislatore non si è esplicitamente espresso in tal senso. Quel dovere, aggiunge la dottrina in esame, caratterizza la funzione di chiunque gestisca qualsiasi impresa.

Ad ogni modo, andando oltre i non sopiti dibattiti appena richiamati, anche il riferimento agli imprenditori che operano << in forma societaria o collettiva >>, pacifici destinatari della disciplina dell'art. 2086, comma 2, c.c., merita qualche considerazione.

Potrebbe sollevarsi il dubbio se l'aggettivo << societaria >> abbia una forza attrattiva tale da includere, nel proprio ambito, anche la persona fisica che sia l'unico socio di una società a responsabilità limitata o di una società per azioni unipersonale.

Una risposta al quesito va probabilmente rintracciata nell'uso del successivo aggettivo << collettiva >> che lascia intendere il riferimento ad ogni e sola impresa che sia << "metaindividuale", o più esattamente "non semplicemente individuale" >>[120].

Inoltre va precisato che la "collettività" comprende nel suo genere anche qualsiasi attività organizzata, definibile come impresa, che non si personifichi necessariamente nella forma della società. La disposizione quindi

[120] SPOLIDORO M.S. (2019). *Op. cit*.: 262.

si applica, al di là delle società in senso stretto[121], anche gli enti del terzo settore[122] e ad ogni altra realtà imprenditoriale imputabile ad una collettività di persone.

Il D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 non relega l'imprenditore individuale nel vuoto normativo e gli dedica la disciplina dell'art. 3, comma 1, limitandosi a sancire per esso il dovere di << adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte >>.

Il legislatore delegato parla quindi di << misure >> per l'imprenditore individuale e di << assetto >> per l'imprenditore che operi in forma societaria o collettiva. Non può negarsi che si tratti di una << opzione legislativa curiosa >>[123], anche perché non appare molto chiara la differenza tra misure idonee e assetto organizzativo, e la limitazione potrebbe apparentemente spiegarsi solo relazionandola alla semplicità propria di un'impresa fondata sulla persona stessa dell'imprenditore. La limitata estensione organico-strutturale però, come è stato evidenziato precedentemente, non autorizza l'imprenditore individuale ad agire con mezzi inadeguati: la scelta del legislatore delegato pecca in ogni caso di incoerenza.

Così come l'imprenditore dell'art. 2086 c.c. ha il dovere di predisporre assetti adeguati << anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale >>, anche l'imprenditore dell'art. 3, comma 1 del Codice della crisi, se adotta le "discusse" << misure

[121] La locuzione comprende, per antonomasia, le società lucrative, cooperative, consortili e quelle definite di "diritto speciale".

[122] Sono enti del terzo settore (ETS) gli enti iscritti al Registro Unico nazionale del Terzo Settore e che assumono la qualifica di ODV (Organizzazione di Volontariato), APS (Associazione di Promozione Sociale), enti filantropici, Imprese Sociali, Reti Associative, Società di Mutuo Soccorso, associazioni riconosciute e non, fondazioni e altri enti di carattere privato. Sono parzialmente ETS anche gli enti religiosi, mentre sono escluse le società. Gli ETS perseguono senza scopo di lucro finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento in via esclusiva o principale di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita.

[123] MONTALENTI P. (2019). *Op. cit.*: 9.

idonee >>, è al fine di riconoscere anticipatamente l'emersione di segnali di crisi.

L'art. 3 è inserito nel capo II (intitolato "Principi generali") della Sezione I del Titolo I, sotto la rubrica "Obblighi dei soggetti che partecipano alla regolazione della crisi o dell'insolvenza", quasi lasciando intendere che il rispetto, da parte dell'imprenditore individuale, del dovere enunciato dalla norma sia condizione di legittimazione per l'ingresso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza.

<< In verità, non è questa la sanzione per l'inosservanza del dovere medesimo: altre e indirette sono le conseguenze che colpiranno la non implementazione di misure o assetti adeguati e che, al di là dei rimedi ordinari (reali o risarcitori) propri del diritto dell'impresa, si sostanzieranno nella circostanza che l'inadeguatezza delle une e degli altri non consentirà all'imprenditore di essere attrezzato e preparato nella rilevazione tempestiva e precoce della crisi e così di poter accedere in modo efficace e positivo agli strumenti che la legge mette a disposizione per gestire, comporre e risolvere, con il recupero e la salvaguardia della continuità aziendale, la crisi >>[124].

La ragione dell'inserimento dell'art. 3 appositamente in quel Capo e in quel Titolo va rintracciata altrove.

È stato ampiamente enfatizzato addietro lo stretto legame esistente tra le finalità delle procedure d'allerta e composizione assistita della crisi (che costituiscono il cuore della recente riforma) e il dovere di istituire adeguati assetti organizzativi dell'impresa. È evidente che l'efficacia degli strumenti di allerta dipende largamente dalla capacità dell'imprenditore, o di chi per esso amministra l'impresa, di percepire tempestivamente i sintomi della crisi per poi poterli fronteggiare. Ciò postula la necessità di adottare misure idonee e

[124] BENAZZO P. (2019). *Il Codice della crisi d'impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?* Rivista delle Società, fasc. 2: 276 – 277.

assetti adeguati al fine di monitorare la situazione economico-finanziaria, riconoscendo così le prime avvisaglie di difficoltà.

Ed è proprio il nesso interdipendente di "sinallagmaticità", che lega il buon esito delle misure di allerta e la struttura imprenditoriale interna, a spiegare perché l'art. 3, in cui figurano al primo comma il dovere organizzativo dell'imprenditore individuale e al secondo comma quello dell'imprenditore collettivo (ripreso nell'art. 2086, comma 2, c.c.), sia collocato tra i principi generali del Codice della crisi.

2.1. Brevi note su una prima applicazione da parte del Tribunale di Milano.

Con una pronuncia del 18 ottobre 2019 il Tribunale di Milano, argomentando dal dato per cui gli obblighi previsti dall'art. 2086, comma 2, c.c. individuino profili fondamentali della *governance* di società ed enti collettivi e riscontrandone la violazione nel caso di specie, ha accolto la richiesta di revoca dell'organo amministrativo e di nomina di un amministratore giudiziario, qualificando quella violazione come una grave irregolarità nella gestione *ex* art. 2409 c.c.

La controversia è sorta nell'ambito di un procedimento per due ricorsi *ex* art. 2409 c.c. avanzati dai collegi sindacali di una società controllante e di una controllata avverso – si legge in sentenza – << inadempienze e atteggiamenti omissivi od inerti in ambito organizzativo e gestionale >>, dei quali si indicavano come responsabili due amministratori unici (comuni alle due società) e succedutesi uno all'altro.

Il Pubblico Ministero, in corso di causa, aveva addebitato all'amministratore che per primo era stato in carica di aver proceduto << all'acquisizione di [imprese] "decotte" […] ricorrendo a perizie di stima "gonfiate" e tali da far figurare aumenti di capitale della controllata

artificiosi >>[125]. Successivamente i sindaci – stante la permanenza dello stato di criticità gestoria – avevano proposto domanda di revoca anche nei confronti dell'amministratore che era subentrato al primo.

Sulla scorta anche delle dichiarazioni rese dallo stesso amministratore in carica, il Tribunale di Milano ha constatato che la società versasse in condizioni tali da far ritenere integrate le condizioni per la sussistenza dello stato di "crisi", così come delineato dall'art. 2 del Codice della crisi. Infatti, << la società risultava in grado di onorare le sole obbligazioni correnti, ma non aveva le risorse finanziarie per estinguere i debiti risalenti e pertanto non era in grado di mantenere l'equilibrio finanziario e una prospettiva di continuità aziendale, salvo l'apporto certo di finanza esterna >>[126].

Ciò valutato, il Tribunale ha ritenuto che siffatte circostanze avessero vivificato l'obbligo di cui al secondo comma dell'art. 2086, ossia 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. Però le condotte messe in atto dall'amministratore – concretatesi nella mera ricerca di possibili soluzioni – sono risultate, all'esame dei giudici milanesi, non soltanto non in linea con i doveri gestori predicati dalla nuova disposizione in questione (che, nel caso in esame, avrebbe dovuto suggerire la necessità di acquisire apporti certi di finanza esterna), bensì anche rivelatrici dei << connotati approssimativi della gestione >> nonché dell'assenza di un assetto amministrativo, organizzativo e contabile adeguato[127].

---

[125] Il curatore speciale, designato dal tribunale a seguito delle dimissioni dell'amministratore in questione e nelle more della nomina di un nuovo amministratore da parte dell'assemblea dei soci, aveva peraltro confermato la fondatezza dei sospetti di irregolarità nella gestione.

[126] DI SARLI M. (2020). *Sull'obbligo di dotarsi di assetti adeguati. Una prima applicazione dell'art. 2086, comma 2, c.c. da parte del Tribunale di Milano (Trib. Milano 18 ottobre 2019)*. Il Nuovo Diritto delle Società, fasc. 1: 73.

[127] Più in dettaglio, l'amministratore si era limitato: *a*) alla ricerca di finanziatori interessati all'acquisto delle azioni, ma essi si erano riservati di manifestare un eventuale interesse solamente al termine della controversia giudiziaria in quel tempo in corso; *b*) alla mera valutazione della possibilità di reperire nuove disponibilità finanziarie mediante la cessione di alcune imprese (farmaceutiche) del gruppo; *c*) a dichiararsi disponibile (in sede di giudizio) alla redazione di una situazione patrimoniale

<< A giudizio del Tribunale di Milano, dunque, la condotta dell'amministratore in carica risolvendosi nella negazione dell'obbligo di verificare puntualmente la sostenibilità dell'impresa sociale nella sua prospettiva complessiva e non solo corrente nonché dell'obbligo di attivare al più presto i necessari rimedi è configurabile quale grave irregolarità e*x* art. 2409 c.c., palesemente foriera di pregiudizio, oltre che per gli interessi dei creditori, anche per le società amministrate, le cui prospettive di una ordinata uscita dalla crisi ne sono state compromesse in modo rilevante >>[128].

In conclusione, il Tribunale ha disposto la revoca dell'amministratore in carica e contestualmente la nomina di un amministratore giudiziario, al quale è stato affidato il compito di provvedere alla gestione ordinaria e straordinaria (in quest'ultimo caso previa autorizzazione giudiziale) della società e di sorvegliare sulla ricorrenza del venir meno della continuità aziendale, adottando – previa autorizzazione del Tribunale – i provvedimenti ritenuti necessari per recuperarla.

3. Il principio di "adeguatezza" degli assetti. Fonti normative e parametri di valutazione.

Il dovere di predisposizione di assetti adeguati sancito dal D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, non ha il pregio assoluto della "novità". Si tratta tutt'al più di una innovazione soltanto parziale. Il legislatore delegato, infatti, ha soltanto portato a compimento un percorso normativo, già timidamente iniziato da una risalente tradizione legislativa, che ha << progressivamente consacrato la regola di adeguatezza degli assetti organizzativi come principio di corretta gestione imprenditoriale, in quanto

aggiornata, così confermando di non aver assunto prima autonomamente come proprio dovere quello di una puntuale verifica della solvibilità della società, mediante – ad esempio – la redazione di situazioni patrimoniali di periodo attendibili.

[128] DI SARLI M. (2020). *Op. cit.*: 75.

tale destinata a valere in tutte le realtà imprenditoriali in forma collettiva o societaria >>[129].

È conveniente sottolineare subito con chiarezza qual è il *quid novi* della recente riforma: aver esplicitamente reso il dovere di istituzione di assetti adeguati (che la riforma del diritto societario del 2003 attribuiva alle sole società azionarie[130]) un dovere primario di qualsiasi soggetto che gestisca un'impresa collettiva, quale che sia la veste societaria adottata.

Da circa un ventennio l'attenzione del legislatore e della giurisprudenza – prima prevalentemente focalizzata sul compimento degli atti mediante i quali si esercita l'impresa e si realizza il conseguimento dell'oggetto sociale – si è sempre più spostata sugli aspetti interni del funzionamento dell'impresa, e più specificamente sui suoi assetti organizzativi, della cui adeguatezza chi è chiamato ad amministrarla deve assumere la responsabilità.

Le problematiche legate alla dimensione organizzativa dell'impresa suscitavano in origine l'entusiasmo della sola dottrina aziendalistica ed erano perlopiù ignorate dai giuristi, che tendevano a disinteressarsene.

Il fenomeno dell' "organizzazione" ha cominciato ad assumere un preciso rilievo giuridico man mano che si andavano diffondendo, tra i cultori

[129] ABRIANI N. – ROSSI A. (2019). *Nuova disciplina della crisi d'impresa e codice civile: prime letture*. Le Società, fasc. 4: 394.

[130] In verità, è d'obbligo specificare che l'ambito soggettivo di applicazione del principio di adeguatezza, così come stabilito dal legislatore del 2003, suscitava, già agli albori della riforma, non poche perplessità. Ci si chiedeva da più parti se quanto disposto dal novellato testo dell'art. 2381 c.c. fosse davvero limitato alla sola società per azioni, ovvero si estendesse a qualunque tipo di impresa a prescindere dalle sembianze assunte. La più autorevole dottrina propendeva apertamente per la seconda alternativa, facendo leva prevalentemente su un argomento logico-sistematico che, brevemente, ora si riassume. Considerando la *summa divisio* tra norme che nella disciplina delle società riguardano l'impresa-società e norme che riguardano la società come persona e quindi le modalità del suo finanziamento (imposte dalla circostanza che la società è un ente formato da più persone e di questa collegialità deve aversi conto ai fini, ad esempio, dell'esercizio del potere decisorio), il principio di adeguatezza veniva fatto rientrare dalla dottrina tra le norme del primo tipo. Suonava piuttosto strano allora che dovessero essere dotati di assetti organizzativi adeguati le sole imprese che avevano la forma della società per azioni e non le imprese che si configuravano diversamente. Per di più il binomio adeguatezza/inadeguatezza era destinato a divenire il parametro di valutazione della responsabilità d'impresa. Si sarebbe potuto così presentare uno scenario in cui l'inadeguatezza fosse fonte di responsabilità per una società per azioni ma non per una società a responsabilità limitata, pur avendo magari entrambe lo stesso oggetto sociale.

della materia, nuove consapevolezze legate al ruolo determinante svolto dall'apparato strutturale dell'impresa ai fini della sua sopravvivenza nel mercato.

Questa nuova coscienza può essere felicemente riassunta in un brano tratto da un'opera ancor più risalente, che riusciva però già a delineare lo scenario futuro dell'impresa. Esso così recita: << Nessuna istituzione può perdurare nel tempo se per la sua direzione occorrono geni o superuomini. Essa deve essere organizzata in modo da permetterle di sopravvivere guidata da esseri umani appartenenti alla media. Nessuna istituzione potrà resistere se posta sotto la guida di un uomo solo. La dittatura industriale, come qualsiasi altra forma di dittatura, è una minaccia alla sopravvivenza dell'impresa, in quanto, morendo il dittatore – evento quasi inevitabile – l'impresa sarebbe in balìa di se stessa >>[131].

La "gerarchia" deve così imparare a coesistere con il "coordinamento". Il dirigente non deve più elaborare autonomamente ed in maniera autoritaria una strategia, imponendo di conseguenza gli ordini. Egli, anzi, non è più neanche tenuto a conoscere il significato profondo di questi ultimi, piuttosto deve essere ben consapevole del valore della coordinazione e della specializzazione professionale dei suoi dipendenti. Questi, ciascuno nell'ambito del proprio "assetto" di competenza, sapranno adottare le più adeguate decisioni.

Una non trascurabile attenzione all'adeguatezza degli assetti è stata anzitutto manifestata dalla disciplina delle società di diritto speciale, svolgenti attività in campi particolarmente sensibili, tra cui ad esempio quella della tutela del risparmio[132]. Non a caso il testo legislativo cronologicamente più

[131] DRUCKER P.F. (1972). *L'organizzazione e la direzione della grande impresa*, Franco Angeli, Milano, p. 320.

[132] Si tratta di società soggette al controllo di autorità pubbliche di vigilanza, le quali sono tenute a verificare che le prime siano dotate di assetti organizzativi idonei a garantire la stabilità e la trasparenza operativa nei confronti dei risparmiatori.

antico in cui è richiamato il principio di adeguatezza è il D. Lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (Testo Unico Bancario) il cui art. 53, comma 1, lettera *a)*, stabilisce che << la Banca d'Italia in conformità delle deliberazioni del C.I.C.R.[133], emana disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto: a) l'adeguatezza patrimoniale […] >>. Le istruzioni della Banca d'Italia sull'adeguatezza sono influenzate dall'intento di assicurare il governo dei rischi tipici di un'impresa bancaria e di coniugare prudente gestione ed efficiente competitività[134].

Ancora, tra gli altri testi più risalenti che considerano l'adeguatezza degli assetti organizzativi, si segnala il D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231[135] che, pur interessando la materia penale, testimonia la crescente consapevolezza della necessità, per il gestore dell'impresa, di occuparsi sufficientemente delle modalità organizzative della stessa, potendo in caso contrario apportare danni alla società, di cui dovrà inevitabilmente rispondere. Il testo normativo in esame – nel configurare la responsabilità delle persone giuridiche per reati commessi a vantaggio o nell'interesse dell'ente – ha previsto[136] l'istituzione di appositi modelli organizzativi e gestionali, la cui finalità è circoscritta alla prevenzione di quel genere di reati appena richiamato.

---

[133] Il Comitato interministeriale per il credito e il risparmio (C.I.C.R.) è un organismo presieduto dal Ministero dell'economia e delle finanze al quale il Testo Unico Bancario attribuisce compiti di vigilanza in materia di credito e di tutela del risparmio. Il Comitato interviene sulla regolamentazione dell'attività delle banche e degli intermediari finanziari, definendo i criteri che regolano l'attività di vigilanza della Banca d'Italia e la trasparenza delle condizioni contenute nei contratti per servizi bancari e finanziari.

[134] A fini esplicativi si riporta quanto è scritto nella circolare ministeriale 9 ottobre 1998, n. 235: << Le banche devono coniugare la profittabilità dell'impresa con un'assunzione di rischi consapevole e compatibile con le condizioni economico-patrimoniali nonché con una condotta operativa improntata a criteri di correttezza. A tal fine, è indispensabile che le banche si dotino di adeguati strumenti di rilevazione, misurazione e controllo dei rischi, coerentemente con la complessità e le dimensioni delle attività svolte >>.

[135] Recante la "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della l. 29 settembre 2000, n. 300".

[136] L'art. 6 prevede che la persona giuridica possa esonerarsi dalla responsabilità amministrativa connessa con reati posti in essere nel suo interesse dalla propria struttura di vertice, quando provi che << l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quelli verificatisi >>, aggiungendo che tali modelli << possono essere adottati sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti >>.

Inoltre, tra le fonti normative dell'adeguatezza sono sicuramente da ricomprendersi, da un lato, tutte quelle leggi che, mosse dalla velleità di garantire la salvaguardia dell'ambiente e la tutela del consumatore, impongono alle imprese il rispetto di *standard* minimi per la produzione dei beni o l'erogazione di servizi[137]; dall'altro, le norme regolamentari nonché i codici individuali e collettivi di autodisciplina, le cui linee-guida, pur generali e astratte, traducono in norme giuridiche principi di organizzazione che provengono dalla scienza aziendalistica.

Fra gli appena menzionati codici di comportamento va citato il Codice di Autodisciplina delle società quotate, la cui edizione del luglio del 2002 fu considerata, soprattutto per quanto concerne la disciplina degli assetti organizzativi dell'impresa, la fonte ispiratrice[138] dell'intervento riformatore del 2003.

Anche se ancor prima della stagione riformatrice del 2003 Campobasso già scriveva che fosse << conforme ad elementari canoni di correttezza, nonché principio generale del nostro ordinamento, che chiunque costituisca una stabile struttura di uomini e mezzi per realizzare i propri fini debba rispettare parametri minimi di efficienza organizzativa (c.d. *best practices rules*) >>[139], bisogna tuttavia prendere atto che << non risponde al vero l'affermare che il principio di adeguatezza è stato sempre principio generale del nostro ordinamento (giuridico) societario >>[140]. Se così fosse non si

[137] Per esemplificare, si pensi alla legge sulla sicurezza dei prodotti che impone alle imprese produttrici particolari vincoli, quali il divieto di usare una determinata materia prima nella fabbricazione di un prodotto ovvero l'obbligo di evitare l'uso di una certa macchina.

[138] Nell'art. 9 di quella edizione del Codice di Autodisciplina delle società quotate si legge che << il consiglio di amministrazione ha la responsabilità del sistema di controllo interno, del quale fissa le linee di indirizzo e verifica periodicamente l'adeguatezza e l'effettivo funzionamento, assicurandosi che i principali rischi aziendali siano identificati e gestiti in modo adeguato >>. Gli amministratori delegati, stabilisce sempre la norma, devono attuare gli indirizzi del consiglio di amministrazione << attraverso la progettazione, la gestione ed il monitoraggio del sistema di controllo interno, del quale nominano uno o più preposti, dotandoli di mezzi idonei >>.

[139] CAMPOBASSO M. (2002). *L'imputazione di conoscenza nelle società,* Giuffrè, Milano, p. 367.

[140] BUONOCORE V. (2006). *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile.* Giurisprudenza Commerciale, fasc. 1: 7.

spiegherebbe perché il legislatore del 2003 abbia sentito il bisogno incombente di imporne espressamente l'osservanza agli organi delle società azionarie. Ove l' "adeguatezza" si fosse configurata già come clausola generale, non sarebbe stata necessaria una espressa statuizione in tal senso.

La dottrina aziendalistica, infatti, aveva sempre parlato della sola "adeguatezza dell'assetto organizzativo". Si è dovuto attendere l'intervento riformatore del 2003 affinché venisse tradotto in principio giuridico di carattere generale un principio che fino a quel momento era appannaggio unicamente delle discipline tecniche. La novella si è realizzata mediante l'introduzione in diversi articoli del codice civile, disciplinanti l'amministrazione ed il controllo delle società azionarie (artt. 2381, commi 3 e 5, e 2403, comma 1), della << nozione di adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, di cui gli amministratori con funzioni esecutive debbano farsi carico fornendo agli altri amministratori gli elementi informativi necessari a valutarla, e su cui gli organi di controllo debbono vigilare >>[141].

Occorre una precisazione. Quanto ora si sta affermando (relativamente alla più seria valorizzazione del principio di adeguatezza ad opera del legislatore del 2003) non deve essere letto come una contraddizione rispetto a quanto detto *supra,* in riferimento ai molteplici testi normativi che per primi hanno effettuato un richiamo alla nozione di adeguatezza organizzativa. Il discrimine apparentemente sfuggente tra quei testi e il D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, riposa sul merito di quest'ultimo di aver positivizzato il principio di adeguatezza, disciplinandolo in relazione all'universalità dei profili dai quali il principio stesso è suscettibile di essere considerato.

Dunque il legislatore non si è più accontentato, come era accaduto non raramente in passato, di imporre all'impresa una data forma ovvero di

[141] RORDORF R. (2019). *Op. cit.*: 931.

prescrivere minimi di capitale sociale o, ancora, di imporre minuziose regole di tenuta delle scritture contabili. Egli è intervenuto, con quella novella, per incidere sulle concrete modalità di organizzazione interna dell'attività d'impresa, che era un campo abitualmente lasciato alla quanto più libera discrezionalità decisionale dell'imprenditore.

Prima di procedere ad analizzare come il principio di adeguatezza si adatti ai diversi "uffici" dell'impresa, è opportuno spendere qualche parola riguardo ai parametri di valutazione o, meglio, di commisurazione del principio stesso.

<< Il verbo "adeguare", in qualunque altra parola di significato equipollente lo si voglia tradurre – ad esempio "comparare", "ragguagliare" –, non è pienamente autosufficiente ed ha, perciò, bisogno di essere "rapportato" a un *quid* – categorie, grandezze, valori – che, nella specie, è appunto rappresentato dalla "natura" e dalle "dimensioni" dell'impresa >>[142].

Di "adeguatezza" o di "assetto adeguato" si può indicare di volta in volta l'oggetto, a seconda che si discorra di assetto organizzativo, amministrativo, contabile e così via, ma non si può dare una definizione in assoluto. Non esiste un assetto adeguato ideale o la cui applicazione sia universalmente valida. L'assetto adeguato, a qualunque settore faccia riferimento, è sempre il frutto di una scelta – si auspica – oculata dell'imprenditore che, nel ventaglio dei molteplici modelli organizzativi, deve scegliere quello che più è consono alle concrete dimensioni e alla natura[143] dell'attività che svolge.

[142] BUONOCORE V. (2006). *Op. cit.*: 13.

[143] L'ordinamento ha voluto sintetizzare le numerose sfaccettature in cui si sostanzia l'attività imprenditoriale in queste due macro categorie. Il primo attributo della "natura" si intende riferito in termini ampi alla tipologia di attività esercitata (sia essa finanziaria, industriale, bancaria e così via), mentre il secondo, delle "dimensioni", concerne con ogni probabilità l'importanza che riveste sul mercato l'attività economica esercitata, sia da un punto di vista numerico-quantitativo (indice di grandezza del *business*) che qualitativo (si pensi, ad esempio, al potere contrattuale dell'impresa o alla sua posizione strategica e competitiva sul mercato rilevante).

Anche se il legislatore non avesse esplicitamente relativizzato il concetto di adeguatezza agli appena citati più elementari criteri di classificazione e valutazione delle imprese (e per la cui disciplina si rimanda agli artt. 2083 c.c. quanto alle "dimensioni" e 2195 c.c. quanto alla "natura"), non sarebbe stato difficile per l'interprete approdare in via ermeneutica alla medesima soluzione. Configura un semplicissimo ragionamento logico, che non necessita di alcuno sforzo d'ordine sistematico, dedurre che giudicare l'adeguatezza organizzativa, ad esempio, di una impresa di servizi è cosa ben diversa dal fare lo stesso in relazione a un'impresa di produzione.

In conclusione, si aggiunge che il principio di adeguatezza gode non solo di relatività ma anche di dinamicità: l'imprenditore deve costantemente aggiornare il modello organizzativo prescelto alle innovazioni provenienti dal campo del diritto, della scienza e della tecnologia.

3.1. L'assetto organizzativo-amministrativo.

L'assetto organizzativo costituisce << nerbo e *corpus* dell'ente società >>[144] e non si è mai dubitato del fatto che esso costituisca la pietra angolare dell'adeguatezza strutturale dell'impresa, in quanto raccoglie e sintetizza in sé tutte le altre *species* di adeguatezza.

Più in dettaglio, va segnalato che, sulla scia di quanto già si verificava nelle legislazioni di settore, l'interazione tra i principi di organizzazione aziendale e le regole di corretta gestione societaria ha acquisito una crescente rilevanza – soprattutto ai fini della determinazione della responsabilità degli organi sociali – in tutta la legislazione d'impresa complessivamente intesa. Indi per cui risulta opportuno considerare gli assetti organizzativo e amministrativo non separatamente, bensì come se fossero un *unicum*.

[144] BUONOCORE V. (2006). *Op. cit.*: 11.

Ancora oggi il concetto di assetto organizzativo più condiviso, pur esistendo varianti che però non si discostano da esso in maniera significativa, è quello citato da Buonocore, il quale a sua volta riporta un brano, tratto da *L'organizzazione aziendale* di Daccò, che per compiutezza espositiva si riproduce interamente:

<< una determinata unità sociale può essere considerata validamente organizzata quando esiste un'autorità (criterio gerarchico) che coordina (criterio del coordinamento) le diverse attività e le diverse mansioni (criterio funzionale), svolte possibilmente in modo convenientemente specializzato (criterio della specializzazione produttiva e della dimensione dei compiti), in vista del raggiungimento di determinati obiettivi (criterio dei fini comuni oppure convergenti o, quantomeno, non incompatibili), essendo l'attività complessiva opportunamente preordinata (criterio della pianificazione e della programmazione) e disciplinata da specifiche norme (criterio delle regole di condotta) oltre che informata ai criteri della responsabilità personale, della collaborazione e dell'equità ed inoltre allorché esistono un adeguato sistema informativo come presupposto essenziale per le decisioni (criterio delle decisioni "informate"), nonché un acconcio sistema di controlli (criterio del controllo) sia formali (osservanza delle regole, validità e rispetto delle procedure, esecuzione degli ordini, adeguatezza delle tecniche e dei metodi di rilevazione dei fatti nonché puntuale riscontro di quanto rilevato), sia sostanziali (realizzazione degli obiettivi e impiego delle risorse, vale a dire efficacia ed efficienza) >>[145].

Quest'ampia definizione è la dimostrazione di quanto affermato nella premessa iniziale, ossia che la *species* dell'organizzazione comprende in sé tutti gli altri profili dell'adeguatezza. E in particolare il riferimento (sempre, si ricordi, contenuto in una descrizione che in realtà ha l'intento di definire il solo assetto organizzativo) ad << un acconcio sistema di controlli >> sia

[145] DACCÒ G. (1997). *L'organizzazione aziendale*, CEDAM, Padova, p. 71.

formali che sostanziali è testimonianza di un solido legale tra organizzazione ed amministrazione.

Ciò appare più chiaro se si considera che, oltre ai doveri di vigilanza di cui è titolare il collegio sindacale, anche l'amministrazione è un soggetto predisposto ad un lavoro di monitoraggio, così come stabilito dall'art. 2381, comma 3, c.c. che affida al consiglio di amministrazione il compito di valutare l'adeguatezza degli assetti della società, di esaminare, quando elaborati, i piani strategici, industriali e finanziari, e di valutare il generale andamento della gestione.

3.2. L'assetto contabile.

Anche l'organizzazione contabile delle imprese fu rinvigorita dall'intervento riformatore del legislatore del 2003 e vivificata dalla linfa dell' "adeguatezza". L'innovazione normativa in questo settore si presentò quanto mai radicale e determinante, considerati i (debolissimi se non inesistenti) codici organizzativi che in esso regnavano.

Ancora una volta risultano particolarmente evocative le parole di Buonocore che, non troppi anni dopo le innovazioni legislative, così commentava: << Tanto per fare un esempio, paradossale quanto si vuole ma rispondente a verità essendone io stato testimone diretto, non è neanche lontanamente immaginabile che si verifichi oggi ciò che si verificò non più di venticinque anni fa, allorché i commissari nominati per l'amministrazione straordinaria di un grande gruppo napoletano scoprirono che la contabilità di una delle imprese del gruppo era tenuta sulla parte interna (bianca) delle scatole di fiammiferi Minerva >>[146].

L'organizzazione contabile iniziò ad essere impostata secondo modalità che non soltanto la rendevano idonea a rispecchiare correttamente i fatti

[146] BUONOCORE V. (2006). *Op. cit.*: 19.

aziendali, ma permettevano anche un agevole controllo da parte dei soggetti a ciò destinati.

La maggior parte delle imprese fu tenuta ad adeguarsi ai "principi contabili internazionali" – più diffusamente conosciuti con la sigla I.A.S. (*International Accounting Standards*) – che dettano stringenti regole redazionali dei bilanci. Per altre società, quali banche, istituti finanziari, imprese di assicurazione, non tenute ad adeguarsi ai principi I.A.S., si rese necessaria la modifica di alcune norme civilistiche sui bilanci, predisposta dalla Direttiva 2003/51/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

Oggi un adeguato assetto contabile, viste le novità disciplinate dal Codice della crisi (si pensi in particolare alle procedure di allerta), deve essere ancor più improntato a criteri di completezza, attendibilità e tempestività. Ciò favorisce la corretta formazione del bilancio di esercizio, la migliore valutazione delle più opportune scelte per la gestione e salvaguardia del patrimonio aziendale, e la più proficua e celere individuazione dei sintomi della crisi, in presenza dei quali deve essere intensificato il monitoraggio contabile.

3.3. Gli assetti patrimoniale e tecnico.

Anche se la trama codicistica parla di "adeguatezza" riferendosi unicamente agli assetti organizzativo, amministrativo e contabile, è pacifico che ad essi possano aggiungersi anche quelli patrimoniale e tecnico.

In breve, l'adeguatezza dell'assetto patrimoniale (che non trova espressa menzione normativa in quanto il legislatore ha probabilmente ritenuto che essa rientri nell'adeguatezza organizzativa) costituisce un profilo che non soltanto è stato oggetto di specifica disciplina negli atti regolamentari di alcuni

tipi societari speciali[147], ma che è anche stato costantemente preso in considerazione in modo organico da dottrina e giurisprudenza.

Il problema dell' adeguatezza patrimoniale evoca l'osservanza di regole e procedure stabilite in vista di un utile impiego delle risorse e si pone sostanzialmente negli stessi termini per ogni tipo d'impresa. In particolare, con riguardo alle società di capitali e alle società cooperative esso deve fare i conti con le norme in tema di capitale, il quale deve essere costantemente adeguato al perseguimento dell'oggetto sociale e sempre monitorato nel corso dell'esercizio dell'impresa, nonché non inferiore al minimo imposto dalla legge per una valida costituzione della società.

Un profilo inizialmente meno studiato dalla stessa dottrina aziendalistica è invece l' "adeguatezza tecnica", a cui si è però fatto riferimento negli anni, non nel codice civile, ma in numerosi provvedimenti legislativi e non[148].

---

[147] Il riferimento è evidentemente alle imprese di intermediazione finanziaria e alle società di gestione del risparmio. I più risalenti atti di normazione secondaria significativi in relazione all'oggetto in discorso sono il Regolamento della Banca d'Italia emanato il 2 luglio 1991 sulla base della l. n. 1 del 1991 e il Regolamento sulla "gestione collettiva del risparmio" emanato dalla stessa Banca d'Italia il 14 aprile 2005.

[148] Si citano qui, senza presunzione di completezza, i testi più risalenti:

Un primo rimando lo si rintraccia in un testo che ha avuto scarsa portata applicativa, il d.P.R. 24 maggio 1998, n. 224, il quale recepisce una direttiva comunitaria in tema di responsabilità del produttore per prodotti difettosi. L'art. 6 del provvedimento esonerava da responsabilità il produttore per aver messo in circolazione un prodotto, rivelatosi in seguito difettoso, se lo stato delle conoscenze di cui il primo disponeva al momento della messa in circolazione del bene non permetteva di identificare il prodotto come difettoso.

Un secondo provvedimento da poter considerare è il d.P.R. 24 maggio 1988, n. 203 che, in tema di inquinamento ambientale, definisce << migliore tecnologia disponibile >> un << sistema tecnologico adeguatamente verificato e sperimentato che consente il contenimento e/o la riduzione delle emissioni a livelli accettabili >>.

Relativamente alla legge penale è da segnalare anche il D. Lgs. 19 settembre 1994, n. 626, il quale impone all'imprenditore << l'eliminazione dei rischi in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico >> ovvero la riduzione di questi rischi al minimo.

Più recente è il D. Lgs. 22 luglio 2005 che, recependo le indicazioni di ben tre direttive comunitarie, detta alcune norme al fine di agevolare la progettazione di idonee apparecchiature preordinate alla eliminazione dei rischi connessi all'uso di sostanze tossiche.

Anche il "Regolamento sulla gestione collettiva del risparmio" emanato dalla Banca d'Italia il 14 aprile 2005 fa riferimento in vari punti all'adeguatezza tecnica, in relazione ad esempio all'efficienza e alla sicurezza delle dotazioni tecnologiche (da adeguare alla varietà e alla natura dei servizi da svolgere, nonché alla dimensione e all'articolazione territoriale dell'impresa) e alla capacità professionale degli addetti ai sistemi informativi aziendali.

Quando si parla di “adeguatezza tecnica” ovvero di “assetto tecnico dell’impresa” ci si riferisce non soltanto al complesso dei luoghi in cui si svolge la produzione industriale o si somministra il servizio o si svolge l’attività commerciale, ma anche al complesso di beni, macchinari e attrezzature che vengono utilizzati per produrre i beni o somministrare il servizio, nonché al personale e agli uffici più direttamente collegati all’attività d’impresa, quali l’ufficio studi o l’ufficio ricerca che devono favorire un aggiornamento continuativo sugli *standards* minimi da rispettare per tutelare, ad esempio, la sicurezza dei consumatori.

L’adeguatezza tecnica è in stretta connessione con regole che impongono all’imprenditore il dovere di acquisire il massimo di conoscenze in ordine alle questioni scientifiche e tecniche per la protezione della salute e dell’ambiente. Da ciò deriva, a sua volta, lo stretto rapporto, da più parti messo in risalto, intercorrente fra adeguatezza tecnica e responsabilità d’impresa.

Allora i profili problematici che sorgono sono due, in quanto a quello definito di carattere “interno” – perché concernente lo stabilire fin dove si spinga il dovere dell’imprenditore di acquisire le conoscenze tecniche – se ne aggiunge un altro, di carattere “esterno”, riguardante la responsabilità verso i terzi per inadeguatezza tecnica.

Il legislatore, sia in sede internazionale che non, ha dovuto prendere atto dei rivoluzionari progressi prevenienti dal terreno scientifico e tecnologico, i quali hanno non solo determinato << profonde trasformazioni delle organizzazioni imprenditoriali complesse >>, ma hanno fatto emergere con prepotenza il problema della tutela del cittadino. È emersa la necessita di riservare << un nuovo asse di equilibrio tra l’esigenza di non deprimere la

propensione al rischio del *management*, da un lato, e la necessità di prevedere una rete efficace di controlli sul suo operato, dall'altro lato >>[149].

A tal uopo, si è giunti a codificare il "principio di precauzione" il quale, in vista di garantire il soddisfacimento delle aspettative in tema di sicurezza della salute e delle libertà fondamentali mediante l'imposizione di una diversa valutazione del rischio tecnologico, stabilisce che, quando sussistono incertezze riguardo alla esistenza dei rischi per la salute delle persone, devono essere adottate misure protettive senza prima attendere che siano dimostrate la realtà o la gravità di tali rischi.

L'attuazione di tali misure è necessaria al fine di evitare che l'impresa, in presenza di indici specifici, offra sul mercato prodotti o servizi potenzialmente pericolosi per la sua utenza.

4. Approfondimenti. L'impresa bancaria: controlli interni e adeguatezza organizzativa.

Si è già detto che il fenomeno della progressiva valorizzazione dell'aspetto organizzativo dell'impresa ha interessato inizialmente la legislazione di settore e dunque le società di diritto speciale, operanti in campi particolarmente sensibili, quali quello della tutela del risparmio[150].

Il valore di quest'ultimo è stato sempre riconosciuto e garantito costituzionalmente e ciò sicuramente concorre a spiegare la ragione per cui,

[149] Le citazioni sono tratte da MONTALENTI P. (2003). *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario.* Giurisprudenza Commerciale, fasc. 1: 423.

[150] La natura degli interessi che il diritto bancario aspira a tutelare ha ritagliato un ambito di specialità permeato da una minuziosa regolazione. Il sistema del diritto dei mercati finanziari ha acquisito sempre di più la fisionomia di un ordinamento settoriale autonomo, governato da regole privatistiche e pubblicistiche. Infatti, una prima prospettiva, che vede la banca come un'impresa e il banchiere come un imprenditore (prospettiva quindi rivolta ad imprenditori ed attività d'impresa) non può che essere dominata dalle regole del diritto privato, il quale tuttavia manifesta, allo stesso tempo, una profonda inadeguatezza laddove si guardi la seconda prospettiva che considera l'intenso rilievo pubblico dell'attività creditizia in questione. La disciplina dell'attività e dell'organizzazione dell'impresa bancaria presenta da sempre considerevoli profili pubblicistici in quanto la storia del mondo bancario è imprescindibilmente connessa all'evoluzione di quella istituzionale, politica e sociale.

proprio nel settore bancario e creditizio, si è avvertita per prima l'esigenza che le imprese fossero dotate di assetti organizzativi idonei ad assicurarne la solidità e la trasparenza operativa nei confronti dei risparmiatori.

Il mondo bancario si è sempre presentato come << una fucina di idee e di soluzioni >>[151] cui si è costantemente ispirato il diritto societario comune, in particolare quello azionario.

Non è revocabile in dubbio che la disciplina del codice civile abbia mutuato dall'ordinamento bancario la premura per l'organizzazione procedurale dell'impresa. La riforma del diritto societario del 2003, ad opera della quale il momento organizzativo guadagnò una propria specifica dignità giuridica anche nel diritto comune, << subì un profondo contagio da parte dell'elaborazione regolamentare e della successiva esperienza applicativa maturate al riguardo nel contesto dei mercati finanziari >>.

Tuttavia non è da trascurare che il processo di "interiorizzazione" che il diritto societario portò a compimento non costituì un mero recupero passivo del regime disegnato dal legislatore speciale in tema di assetti organizzativi; anzi la novella del 2003 provocò, di riflesso, una generale sistematizzazione della disciplina degli assetti << pure nel luogo disciplinare della loro genesi >>[152] e cioè nel settore dei mercati finanziari.

In particolare, alle soluzioni adottate dal diritto comune può riconoscersi una portata chiarificatrice riguardo al ruolo predominante ricoperto nel settore bancario dalle funzioni di controllo, le quali sono sempre state indagate in stretta correlazione con il principio di adeguatezza organizzativa.

---

[151] DE MARI M. (2016). *Gli assetti organizzativi societari*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, diretto da M. Irrera, Zanichelli, Bologna, p. 23.

[152] Le citazioni sono tratte da MINTO A. (2014). *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*. Giurisprudenza Commerciale, fasc. 6: 1170.

Del resto, << l'adeguatezza organizzativa […], che gli organi sociali sono tenuti a curare, valutare e verificare s'identifica, in buona sostanza, con l'adeguatezza del sistema dei controlli interni: quanto meno, si può sostenere che, nelle imprese di una certa dimensione e complessità operativa, il sistema dei controlli interni costituisce parte integrante di quell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, della cui adeguatezza il consiglio di amministrazione da un lato e il collegio sindacale dall'altro [...] sono a vario titolo responsabili >>[153].

Il tema dei controlli interni rappresenta uno dei più fecondi settori disciplinari dell'intero diritto bancario e finanziario, ed è stato oggetto di una nutrita, seppur disorganica[154], produzione normativa, che testimonia il lento maturare di una sempre più avvertita sensibilità verso gli influssi e le suggestioni provenienti dalle scienze economiche e dalle *best practices* aziendali.

Già il Titolo IV, Capo 11, Sezione II, Paragrafo 1 delle (oramai datate) "Istruzioni di vigilanza per le banche" (recate dalla Circolare n. 229 del 21 aprile 1999) forniva una prima disciplina del sistema dei controlli interni, rilevando che esso << è costituito dall'insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative che mirano ad assicurare il rispetto delle strategie aziendali e il conseguimento delle seguenti finalità: efficacia ed efficienza dei processi aziendali (amministrativi, produttivi, distributivi, ecc.); salvaguardia

[153] SCOGNAMIGLIO G. (2009). *Gli assetti organizzativi degli intermediari finanziari*, in *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MiFID: prime valutazioni e tendenze applicative*, a cura di M. De Mari, CEDAM, Padova, p. 17.

[154] Gli interventi normativi in materia erano dislocati tanto nel tempo (per il loro sovrapporsi nel corso degli anni) quanto specialmente nello spazio del complessivo ordinamento. Infatti, inizialmente, i provvedimenti sul tema erano focalizzati soltanto sul loro ben determinato ambito di applicazione, ignorando del tutto la propria appartenenza ad un processo più ampio ed universale (ossia la crescente valorizzazione del sistema dei controlli interni e dell'intero assetto organizzativo) che era destinato ad investire aree sempre più estese e trasversali dell'ordinamento dell'impresa. L'iniziale atteggiamento del legislatore si spiega probabilmente con la indiscussa complessità del tema dei controlli interni, del quale si prese coscienza in maniera lenta e progressiva, focalizzando di volta in volta l'attenzione sul singolo aspetto della materia che in quel momento assumeva priorità ed ommettendo di coordinarne la regolamentazione con il restante contesto legislativo in cui si andava ad inserire.

del valore delle attività e protezione delle perdite; affidabilità e integrità delle informazioni contabili e gestionali; conformità delle operazioni con la legge, la normativa di vigilanza nonché con le politiche, i piani, i regolamenti e le procedure interne >>.

Questa disciplina interna al settore bancario è rimasta pressoché immutata per quanto riguarda gli elementi costitutivi del sistema dei controlli interni, mentre è stata significativamente innovata rispetto alle finalità sottese al sistema stesso, oggi maggiormente volto a rivestire un ruolo centrale nell'organizzazione aziendale, a garantire un efficace presidio dei rischi aziendali, a presidiare la funzionalità dei sistemi gestionali e il rispetto degli istituti di vigilanza prudenziale[155].

Il codice civile non contiene alcuna norma dedicata appositamente al sistema dei controlli interni, riferendosi ad essi in via soltanto indiretta. Se ne trova conferma: in primo luogo, nel contesto della disciplina concernente l'amministrazione delegata, ove l'art. 2381, commi 3 e 5, stabilisce, rispettivamente, che il consiglio di amministrazione, << sulla base delle informazioni ricevute, valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile >> e che << gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa >>; in secondo luogo, nell'art. 2403 che, sotto la rubrica "Doveri del collegio sindacale", affida a tale organo il compito di vigilare << in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo,

[155] Per una più recente normazione si veda la Circolare di Banca d'Italia n. 285/2013, che esplicitamente assegna al sistema dei controlli interni un ruolo centrale nell'organizzazione aziendale, e il Regolamento congiunto in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio adottato dalla Banca d'Italia e dalla Consob (Regolamento adottato con provvedimento del 29 ottobre 2007 e successivamente sottoposto a ripetute modifiche con atti congiunti Banca d'Italia/Consob), il quale dedica un ampio spazio al sistema organizzativo, declinando l'adeguatezza dell'organizzazione con la necessità di assicurare la sana e prudente gestione, il contenimento del rischio e la stabilità patrimoniale mediante la predisposizione di un efficace ed efficiente sistema di controllo interno (sul punto si legga l'art. 5, comma 1).

amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento >>.

Ne deriva che << nella prospettiva del diritto societario comune, il sistema dei controlli non acquisisce propriamente il valore di autonomo istituto, affiorando se del caso, invece, quale incombenza sorta a seguito del giudizio valoriale di adeguatezza della struttura interna, giudizio che rientra […] nello statuto integrante il canone del buon *agere* amministrativo >>[156].

Nel diritto comune, dunque, i controlli interni non costituiscono una necessaria componente degli adeguati assetti organizzativi societari. Il codice civile li qualifica come fattispecie nella quale gli assetti si articolano, ponendosi in un rapporto di *species* a *genus.* L'istituzione dell'apparato dei controlli interni diventa obbligatoria soltanto ove ne ricorrano le circostanze, ossia quando le dimensioni e la natura dell'attività d'impresa – criteri che l'art. 2381 c.c. indica come parametri di riferimento dell'adeguatezza – lo richiedano.

Si tratta, giova ribadirlo, di un obbligo di secondo livello, la cui imperatività è destinata ad emergere soltanto in applicazione del principio complessivo di adeguatezza che, in ragione della sua relatività, è stato definito un << criterio a contenuto aperto >>[157].

Per converso, nella legislazione bancaria, il sistema di controlli interni è << avvertito non più solo come espressione di un'esigenza organizzativa, ma quale capacità giuridica e dovere permanente dell'intermediario >>[158]. La legislazione speciale, infatti, compie un passo in avanti, richiamando espressamente la fattispecie in questione e stabilendo che l'attività bancaria

[156] MINTO A. (2014). *Op. cit.*: 1172.

[157] IRRERA M. (2009). *L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003 – 2009*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Zanichelli, Bologna, p. 559.

[158] CALDERAZZI R. (2018). *La funzione di controllo nell'impresa bancaria*, G. Giappichelli, Torino, p. 7.

richiede sempre l'istituzione di un sistema dei controlli interni. Indi per cui gli amministratori cureranno e valuteranno non già, come accade nel diritto comune, la "convenienza" – o meglio l' "opportunità" – di istituite tale apparato (essendo questa scelta compiuta in via presuntiva *ex lege*), bensì la sua specifica conformazione[159].

L'ordinamento creditizio, così facendo, ha istituzionalizzato il sistema dei controlli interni, il quale, pur conservando un rapporto di parentela con la matrice d'origine degli assetti adeguati, in qualche modo se ne svincola anche, spogliandosi del carattere dell' "eventualità" e venendo a gravare *ex se* sulla sfera di responsabilità degli amministratori bancari.

È da rilevare, inoltre, che l'istituzionalizzazione dei controlli interni non è fine a se stessa ma è da leggersi in chiave di strumentalità degli stessi al corretto adempimento degli oneri obbligazionari gravanti proprio sugli amministratori bancari. Le procedure, gli uffici aziendali e i presidi di controllo interno sono, infatti, tutti strumenti prodromici all'agevolazione dei lavori delle figure gestorie e di comando, preordinate a loro volta ad assicurare costantemente il governo del rischio[160].

In un'impresa come quella bancaria, in cui la gestione del rischio costituisce una priorità, è maturata la convinzione che un adeguato sistema di controllo sia in grado di prevenire, monitorare e gestire ogni tipologia di rischio aziendale, e da tale consapevolezza discende la consolidata intenzione

[159] "Nonostante i modelli organizzativi presenti in una società bancaria siano quindi proiettati al perseguimento anche delle specifiche finalità ordinamentali ed il regolatore, per tale motivo, abbia già positivamente individuato larga parte del dovere organizzativo facente capo agli amministratori bancari, resta comunque fermo, nei margini ancora salvi, che << l'assetto adeguato è sempre frutto di una scelta d'impresa >> : ciò per dire che il legislatore speciale subentra nel giudizio di adeguatezza individuando sì le strutture minime ed essenziali in relazione all'attività bancaria, ma lasciando agli amministratori la responsabilità ultima circa la concreta fisionomia degli assetti". Così, in via esplicativa, si legge in MINTO A. (2014). *Op. cit.*: 1180.

[160] Si possono distinguere i rischi organizzativi, ossia provocati dalla inidoneità della struttura imprenditoriale ad agevolare l'esercizio dell'attività e che sono impliciti nei meccanismi interni all'azienda, dai rischi strategici, che derivano da una incoerente valutazione strategica della banca rispetto ai mercati di riferimento.

di porre la cultura del controllo in una posizione di rilievo nella scala dei valori aziendali.

Emerge allora con evidenza che l'ordinamento creditizio ha reputato essenziale dotare l'impresa bancaria di un sistema di controlli interni per fare in modo che circolino verso gli amministratori le informazioni necessarie a far sì che questi ultimi, nell'adottare le determinazioni di propria spettanza[161], siano sempre consapevoli del tipo di rischio che starebbero per assumere. << Qui, allora, l'esistenza *ope legis* del sistema dei controlli interni scaturisce dalle peculiarità di un'attività, quale quella bancaria, il cui esercizio abbisogna di strutture che aiutino coloro che conducono il *business* ad avere adeguate informazioni >>[162].

In conclusione, come è stato anticipato in apertura di questa breve digressione[163] sulla disciplina dell'adeguatezza organizzativa nell'impresa bancaria, si fa notare che l'indagine comparata tra le soluzioni adottate in materia di assetti dal legislatore di diritto comune e le scelte fatte nel medesimo ambito disciplinare dal legislatore speciale nell'ordinamento creditizio favorisce una migliore comprensione della ragione sottesa all'istituzionalizzazione imperativa dei controlli interni nelle banche e negli istituti di credito.

La *ratio* va individuata nella diversa "anima" dell'impresa bancaria, o meglio nella diversa e più delicata natura del suo oggetto sociale (tutela del credito e del risparmio) rispetto a quella caratterizzante le imprese e le società di diritto comune. Proprio in ragione della natura dell'impresa, l'ordinamento

[161] Le esigenze di controllo emergono non a valle del processo decisionale dell'impresa, ossia ad atto o fatto compiuto, ma quando il processo è ancora *in fieri*, dunque nelle more che la catena decisionale si concluda, atteso che il momento d'azione dei controlli interni, intesi come appendice degli assetti organizzativi, è precedente e strumentale a quello dell'azione d'impresa e dunque al prodursi dell'atto.

[162] MINTO A. (2014). *Op. cit.*: 1199.

[163] Digressione che sicuramente non ha presunzione né di completezza né di esaustività, avendo semplicemente perseguito lo scopo di mettere a fuoco i tratti della disciplina che sono di maggior interesse per i fini perseguiti in questa trattazione.

creditizio è intervenuto a rendere il sistema dei controlli interni la componente necessaria di un assetto reputabile adeguato a mettere la società bancaria nelle condizioni di svolgere la propria attività in ossequio ai canoni di una gestione sana e prudente.

L'imperativo categorico dei controlli interni nell'ordinamento creditizio testimonia l'esistenza di interessi pubblici che, da sempre, non hanno trovato una idonea tutela nelle regole *comuni* dettate per l'amministrazione societaria[164].

5. Segue: I programmi di valutazione del rischio aziendale nel D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175.

Una specifica attenzione agli assetti organizzativi, anche e proprio in funzione di prevenzione e contenimento degli effetti delle crisi, si era già manifestata pure nella disciplina delle società pubbliche, introdotta col D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175 con l'intento di ordinare la frammentaria e disorganica normativa esistente in materia.

Il T.U. società pubbliche, proseguendo una tradizione legislativa a cui la riforma organica del 2003 – seppur con un più limitato ambito soggettivo di

[164] Sul punto si riporta quanto nota CALDERAZZI R. (2018). *Op. cit.*: 13 (nota 43). << Già il codice di commercio del 1882 dopo aver qualificato, all'art. 3, n. 11 atto di commercio "le operazioni di banca", sicché coloro che svolgevano abitualmente tale tipo di operazione erano considerati "commercianti", all'art. 177, prevedeva che "le società che hanno per principale oggetto l'esercizio del credito devono depositare presso il tribunale di commercio, nei primi otto giorni d'ogni mese, la loro situazione riferibile al mese precedente, esposta secondo il modello stabilito con regio decreto e certificata conforme alla verità con dichiarazione sottoscritta almeno da un amministratore e da un sindaco". Tale meccanismo, ben lontano dal controllo pubblico sull'attività bancaria, rappresentava tuttavia un primo segnale della necessità di garantire, rispetto al diritto comune, un maggior grado di trasparenza. Era, inoltre, previsto un controllo pubblico su alcune attività bancarie specializzate. In ogni caso, la presenza, prima dell'unificazione in capo alla Banca d'Italia, di un numero considerevole di banche dotate del potere di emettere biglietti di banca che avevano acquisito una posizione di rilievo nell'ambito del settore creditizio e che erano sottoposte a controllo pubblico, finiva col sottrarre una parte rilevante dell'attività bancaria alla disciplina del diritto comune.

Nell'ambito del diritto comune alcune tipologie di imprese bancarie (le Casse rurali e le Banche popolari) acquisirono una tipicità organizzativa che finiva per differenziarle dalle altre imprese bancarie ma anche dai modelli organizzativi comuni. Cominciano ad essere poste le basi per la nascita di uno statuto speciale dell'impresa bancaria, evidenziandosi l'esigenza della insufficienza delle norme di diritto comune per una tutela efficace dei risparmiatori […] >>.

applicazione[165] – aveva dato origine e consistente nella predeterminazione contenutistica dei doveri comportamentali degli amministratori, ha previsto << una serie di obblighi gestori a carattere puntuale >>[166] che riducono in misura significativa la discrezionalità dell'organo amministrativo in merito alle scelte incidenti sull'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, con conseguente inapplicabilità alle stesse del principio dettato dalla *business judgement rule*[167] che postula l'insindacabilità delle scelte gestorie.

Tra i compiti affidati all'azione degli amministratori – senza alcuna discrezionalità circa la doverosità della loro attuazione – quello che maggiormente rileva per i fini argomentativi ivi perseguiti è sancito nell'art. 6, comma 2 del T.U., il quale prescrive che << le società a controllo pubblico predispongono specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale e ne informano l'assemblea nell'ambito della relazione di cui al comma 4 >>.

L'autonoma dignità assunta nel diritto societario pubblico dalla funzione di gestione del rischio aziendale si inserisce nella tendenza normativa che aveva già investito – con analoghe conseguenze regolamentari – la *governance* delle banche, delle imprese assicurative e delle società con azioni

[165] Le previsioni del D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 interessavano soltanto le organizzazioni societarie costituitesi nella forma della società per azioni, mentre le prescrizioni del T.U. società pubbliche – potendo queste ultime essere costituite in forma di società per azioni, anche consortili, ovvero in forma di società a responsabilità limitata, anche cooperative – coinvolgono un ventaglio più ampio di tipi societari.

[166] SERAFINI S. (2017). *L'adeguatezza degli assetti: i modelli organizzativi*, in AA.VV., *La governance delle società pubbliche nel D. Lgs. n. 175/2016*, a cura di G. Guizzi, Giuffrè, Milano, p. 63.

[167] Riservandoci di ritornare successivamente e in maniera più approfondita sull'argomento, ci si limita a segnalare che secondo tale regola il giudice non può sindacare *ex post* nel merito la scelta gestoria compiuta dall'amministratore, potendo egli esprimere una valutazione soltanto sul *decision making process*, ossia sulla correttezza delle modalità con cui l'organo amministrativo si è determinato ad assumere le decisioni strategiche e gestionali. Vien da sé che la limitazione della discrezionalità decisionale degli amministratori, derivante dalla procedimentalizzazione dei protocolli comportamentali, azzera le possibilità di applicazione del principio dell'insindacabilità della scelta gestoria. Ciò in quanto la verifica della condotta diligente o meno degli amministratori si ridurrà ad una valutazione in merito alla coincidenza tra il comportamento assunto e l'obbligo di volta in volta imposto – ed analiticamente prescritto – dalla legge.

quotate nei mercati regolamentari, condividendone anche la *ratio* – costituita dalla presenza di interessi pubblici – sottesa alla medesima scelta legislativa. Se infatti, come si è detto, le prescrizioni concernenti i controlli interni nelle imprese bancarie, assicurative e nelle società quotate sono dettate dall'esigenza di tutelare i valori costituzionalmente garantiti del risparmio e della stabilità dei mercati finanziari, le stesse prescrizioni inerenti alle società a controllo pubblico derivano dalla necessità di assicurare una << corretta gestione di risorse che lo Stato destina alle stesse e che provengono dalla collettività che le versa tramite l'imposizione fiscale >>[168].

È appena il caso di rilevare che la disposizione menzionata pone generalmente in capo alle società a controllo pubblico il compito di predisporre i programmi di valutazione del rischio aziendale, senza esplicitamente affidare l'espletamento di quell'incarico agli amministratori. Tuttavia non richiede uno sforzo di interpretazione sistematica particolarmente arduo approdare ad una soluzione siffatta. Questa opzione trova conforto, senza necessità di essere dimostrata *aliunde*, non solo nel fatto che la valutazione del rischio costituisce un'attività inconfutabilmente connaturata a quella gestoria, ma anche nel dato per cui di tali programmi deve essere data informazione all'assemblea nella relazione sul governo societario[169] – che, ai sensi del comma 4 dell'art. 6 del T.U., << le società controllate predispongono annualmente a chiusura dell'esercizio sociale e pubblicano contestualmente al bilancio di esercizio >> – ossia in un documento la cui paternità, proprio in virtù della dialettica che viene ad essere instaurata con l'organo assembleare, è indubbiamente dell'amministratore unico ovvero dell'organo amministrativo

[168] SERAFINI S. (2017). *Op. cit*.: 70.

[169] La legge non si diffonde sul contenuto né chiarisce le caratteristiche della << relazione sul governo societario >> mediante la quale i soci sono informati dei programmi di valutazione del rischio. È però verosimile che il legislatore abbia voluto rifarsi all'omonimo istituto previsto dall'art. 123-*bis* del TUF, ossia alla relazione sul governo societario e gli assetti proprietari: un documento che è una sezione della "Relazione sulla gestione" allegata al bilancio di esercizio delle società emittenti valori mobiliari ammessi alle negoziazioni in mercati regolamentati, e che – a norma del comma 2, lett. *b*), del medesimo articolo – reca le informazioni riguardanti << le principali caratteristiche dei sistemi di gestione dei rischi >>.

nella sua composizione collegiale, a seconda che venga o meno derogata la regola di *default* dell'amministrazione unipersonale[170].

Il rischio che deve essere valutato nei programmi predisposti dagli amministratori è quello che, ispirato al valore del *going concern* statunitense, riguarda la conservazione stessa (sul mercato) dell'impresa societaria nella sua complessità; vale a dire il rischio che coinvolge la redditività dell'investimento e le condizioni della "continuità aziendale", espressione da intendersi riferita alla capacità dell'impresa di autogenerare le risorse necessarie per il proprio sostentamento e che le permettano di collocarsi a tempo indefinito e in maniera competitiva sul mercato.

I programmi di valutazione dei rischi di crisi aziendale << presentano normalmente un'articolazione sufficientemente complessa, idonea a rilevare nel continuo sia i principali rischi cui è esposta l'impresa, sia, per ciascuno di essi, e poi, per la loro emersione combinata, non soltanto le soglie massime di rischio sostenibile – senza per questo compromettere la continuità aziendale – ma anche quelle cui l'impresa reputa ottimali, vale a dire coerenti agli sviluppi attesi secondo i propri piani strategici, e quelle di tolleranza, la cui predeterminazione è operata in modo da consentire agli amministratori di conservare ancora sufficienti "spazi di manovra" per recuperare un più solido equilibrio economico, finanziario o patrimoniale >>[171].

---

[170] << La rilevanza nelle società a controllo pubblico dell'esigenza di mitigare i rischi insiti in una conduzione imprenditoriale affidata a gestori di emanazione politica, la quale potrebbe rivelarsi poco attenta al perseguimento di obiettivi di *performance* aziendale, deve essere tenuta presente nella lettura della disposizione di cui all'art. 11, comma 2, a mente del quale l'organo amministrativo di tali società è costituito, di norma, da un amministratore unico. La previsione dell'amministrazione unipersonale quale regola generale per il governo delle società a controllo pubblico – sebbene sia stata preceduta da una serie di interventi legislativi rivolti alla riduzione della spesa pubblica – rappresenta una novità, dichiaratamente ispirata agli obiettivi di semplificazione dell'organo amministrativo e di contenimento dei costi >>. PICARDI L. (2017). *Strutture e principi di governance*, in AA.VV., *La governance delle società pubbliche nel D. Lgs. n. 175/2016*, a cura di G. Guizzi, Giuffrè, Milano, p. 30.

[171] GUIZZI G. – ROSSI M. (2017). *La crisi di società a partecipazione pubblica*, in AA.VV., *La governance delle società pubbliche nel D. Lgs. n. 175/2016*, a cura di G. Guizzi, Giuffrè, Milano, p. 299 ss.

L'articolata attività di *risk managment* in cui si concretano i programmi – e che comprende: il censimento dei rischi, la determinazione di criteri differenziati di valutazione in relazione alle molteplici aree di rischio, l'individuazione degli indicatori di allerta e la predisposizione di adeguati meccanismi di reazione – richiede che l'effettiva attuazione dell'intero processo di gestione del rischio venga attribuita all'intero apparato degli organi societari e aziendali, spettando agli amministratori la sola – ma non meno complessa – definizione delle linee di indirizzo nella gestione del rischio aziendale.

Ne deriva che l'obbligo a carattere puntuale disposto nell'art. 6, comma 2, T.U. società pubbliche – che già di per sé attiene all'adeguatezza degli assetti e alla struttura dei modelli organizzativi del tipo societario in questione – in virtù del coinvolgimento dell'intera struttura societaria ed aziendale richiesto per la sua attuazione, fa nascere ulteriori obblighi di adeguamento dell'apparato strutturale e organizzativo della società (mediante, ad esempio, la previsione di deleghe gestorie ovvero l'istituzione di un ufficio di controllo interno deputato alla verifica dei processi di valutazione del rischio).

Si ritrova, così, in questo sistema una ulteriore prova dell'affermarsi di un fenomeno che si caratterizza per il fatto che << l'organizzazione cura se stessa mediante ulteriore organizzazione […] per cui le società si stanno trasformando in apparati procedurali >>[172].

La disposizione relativa ai programmi di valutazione del rischio va letta in combinato con l'art. 14, comma 2 del T.U., il quale prescrive che se nell'ambito di quei programmi emergano << uno o più indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo adotta senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento >>.

[172] IRTI N. (2003). *Due temi di governo societario (responsabilità "amministrativa" – codici di autodisciplina)*. Giurisprudenza Commerciale, fasc. 1: 693.

La norma appariva innovatrice e rivoluzionaria già agli albori dell'emanazione del D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175, in quanto affermava a chiare lettere che gli amministratori hanno doveri di carattere previsionale volti ad evitare l'aggravamento della crisi.

Questo dovere, infatti, non era previsto espressamente nella disciplina di diritto comune delle società di capitali. Di conseguenza – posto che era ritenuto auspicabile che in qualsiasi società avente << una struttura organizzativa non elementare >>[173] gli amministratori prevedessero un sistema di rilevazione, valutazione e gestione dei rischi inerenti all'esercizio dell'impresa – esso veniva ritenuto compreso nel dovere generale dell'agire diligente posto in capo all'organo amministrativo, nonché direttamente derivante, come si è detto nel capitolo precedente[174], dal compito ad esso affidato *ex* art. 2380-*bis* di attuare l'oggetto sociale: il che implica, appunto, la necessità di << previsione e di elaborazione degli scenari in cui l'impresa si troverà ad operare nel futuro >>[175], al fine di assicurare sempre le condizioni per la salvaguardia ed efficienza dell'attività imprenditoriale (nel cui proficuo svolgimento si realizza l'attuazione dell'oggetto sociale).

Attualmente, alla portata innovatrice che il combinato disposto degli artt. 6 e 14 (limitatamente ai commi presi in esame) già possedeva rispetto al consolidato diritto comune societario, si aggiunge anche una carica prospettica delle disposizioni in questione. La relativa disciplina, infatti, << anticipa l'adozione obbligatoria di "procedure di allerta" >>[176] e di sistemi di prevenzione che per la prima volta hanno trovato ingresso nel nostro ordinamento con il D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.

[173] SERAFINI S. (2017). *Op. cit*.: 85.
[174] V. p. 32 ss.
[175] BRIZZI F. (2015). *Op. cit*.: 194.
[176] LIBERTINI M. (2016). *I principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico*, tratto da *federalismi.it*

6. L'attribuzione esclusiva delle competenze gestorie agli amministratori: perimetro dell'indagine.

È stato già ampiamente rilevato che l'art. 375 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ha introdotto, mediante l'aggiunta di un secondo comma all'art. 2086 c.c., una clausola generale di corretta gestione dell'impresa di carattere trasversale ai vari codici organizzativi dell'attività imprenditoriale. La nuova disposizione, lo si ripete ulteriormente, ha stabilito l'obbligo in capo all'imprenditore (che operi in forma societaria, quale che sia il tipo adottato, o collettiva) di istituire, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa.

Contestualmente l'art. 377 del Codice della crisi, sotto la rubrica "Assetti organizzativi societari", ha modificato gli artt. 2257, 2380-*bis* (e 2409-*novies* in caso di sistema dualistico) e 2475 c.c. (riguardanti rispettivamente la società di persone, la società per azioni e la società a responsabilità limitata), introducendo reiteratamente nel loro disposto,
<< quale prima e inderogabile declinazione – in tutti i tipi societari – dell'adeguatezza degli assetti organizzativi >>[177], che << la gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale >>.

Potrebbe ritenersi, subendo l'influenza di quanto argomentato da autorevole dottrina[178], che l'estensione del principio dell'esclusività del potere di gestione degli amministratori – già previsto per le società per azioni con sistema di amministrazione tradizionale e monistico e per le società in

[177] BENAZZO P. (2019). *Op. cit.*: 300.
[178] Sull'argomento si vedano, tra gli altri, ABRIANI N. – ROSSI A. (2019). *Op. cit.*; SPOLIDORO M.S. (2019). *Op. cit.*

accomandita per azioni – a tutti i modelli organizzativi societari risponda alla necessità di rendere più agevole l'individuazione dei soggetti, titolari di una posizione di garanzia, cui imputare l'eventuale violazione dei doveri di adeguata organizzazione, di monitoraggio e di salvataggio, imposti anche dal secondo comma dell'art. 2086 c.c.

<< Se così è, non si può far a meno di osservare che tale obiettivo è stato perseguito anche a costo di negare la realtà (per le imprese in cui i soci contano più degli amministratori), la tradizione legislativa (per le società di persone) e gli intenti proclamati dagli autori della riforma di quindici anni fa (per le società a responsabilità limitata) >>[179].

Da un lato, per la disciplina della società per azioni, l'attribuzione agli amministratori di un potere esclusivo di gestione dell'impresa non costituisce una novità. Questa regola, che non era andata esente da critiche[180], era infatti già stata coniata dalla riforma societaria del 2003 e ad essa faceva (e tuttora fa) da contraltare l'espressa previsione, contenuta nell'art. 2364 comma 1, della possibilità, per lo statuto, di prevedere, al di là degli oggetti attribuiti preventivamente dalla legge alla competenza dell'assemblea, ulteriori competenze autorizzatorie di quest'ultima, ferma restando in ogni caso la responsabilità degli amministratori.

Dall'altro, è invece << del tutto sorprendente l'estensione di questa regola alle società di persone e alla società a responsabilità limitata con

[179] SPOLIDORO M.S. (2019). *Op. cit*.: 269 – 270.

[180] La regola in questione, nell'escludere tassativamente (eccettuate le ipotesi richiamate dall'art. 2364 comma 1) qualsiasi intromissione dei soci che avrebbe potuto vincolare e condizionare la conduzione dell'impresa da parte degli amministratori, era risultata più severa e restrittiva di quella prevista nei principali ordinamenti stranieri, addirittura anche in quello tedesco, il quale, abbracciando la teoria istituzionalistica dell'interesse sociale, afferma radicalmente la prevalenze dell'interesse generale dell'impresa (di cui gli amministratori sono gli unici interpreti) su quello dei soci.

riguardo alle quali non si dubitava della possibilità per i soci di intervenire nelle decisioni relative alla gestione dell'impresa >>[181].

Nella società di persone riservare decisioni amministrative ai soci costituiva una pacifica possibilità cristallizzata nell'ultimo comma dell'art. 2257 c.c., il quale stabiliva (e, paradossalmente, tuttora stabilisce) che la maggioranza dei soci, determinata in base alla partecipazione agli utili, decide sull'opposizione di un amministratore in regime di amministrazione disgiuntiva.

Ancora, nella disciplina della società a responsabilità limitata, alla regola dell'affidamento dell'amministrazione della società << a uno o più soci nominati con decisione dei soci >> (art. 2475, comma 1, c.c.) si accompagnava (e continua, oggi ad accompagnarsi) la possibilità, espressamente prevista dall'art. 2479, comma 1, c.c., di attribuire ai soci la decisione su oggetti attinenti alla gestione della società. In secondo luogo, gli artt. 2468, comma 3 e 2476, comma 7, c.c., anche questi tuttora vigenti, prevedevano, il primo, la possibilità di riservare a singoli soci particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società e, il secondo, la responsabilità solidale dei soci con gli amministratori laddove essi (i soci) avessero intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi.

Insomma, << l'affermazione del carattere esclusivo del potere di gestione attribuito agli amministratori si inserisce come un copro estraneo nella disciplina di questi tipi sociali sollevando problemi di coerenza normativa di cui gli estensori della norma non hanno saputo cogliere le conseguenze, così come hanno completamente ignorato il dibattito, che ha preceduto e influenzato la riforma del 2003, sulla necessità di dotare la s.r.l. di

[181] CALANDRA BUONAURA V. (2020). *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*. Giurisprudenza Commerciale, fasc. 1: 6.

una disciplina e di una struttura organizzativa maggiormente incentrate sulla figura del socio che ne accentuasse l'autonomia dalla società per azioni >>[182].

A tal riguardo, lo stesso art. 3, comma 1, lettera *a)*, della Legge 3 ottobre 2001, n. 366, che delegò il Governo ad emanare il D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (il quale attuò la riforma organica del diritto delle società di capitali e cooperative), espressamente disponeva che la società a responsabilità limitata avrebbe dovuto essere retta da un << autonomo ed organico complesso di norme, anche suppletive, modellato sul principio della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci >>.

Il legislatore del 2003, dunque, perseguendo dichiaratamente l'intento di differenziare marcatamente le peculiarità strutturali della società a responsabilità limitata da quelle della società per azioni, aveva previsto discipline diverse quanto alla gestione dell'impresa. Il sistema che ne derivò presentava, in definitiva, una globale coerenza, in quanto ad un modello *board-centred*, nella s.p.a., fondato sulla totale concentrazione di ogni potere e di ogni responsabilità in capo all'organo amministrativo, si contrapponeva un modello *equityholder-centred*, nella s.r.l., caratterizzato da una condivisione di potere tra amministratori e soci e dal conseguente coinvolgimento di questi ultimi – laddove se ne presentassero le condizioni – nella sopportazione di eventuali responsabilità risarcitorie.

Tuttavia, in verità, già da qualche tempo si era registrata in giurisprudenza una timida tendenza a privilegiare una lettura sorprendentemente transtipica di molti istituti societari, favorendo così un lento riavvicinamento dei regimi disciplinari delle diverse società. Si pensi, in via esemplificativa, all'applicazione anche alle società per azioni della disciplina dettata dall'art. 2467 c.c. in materia di finanziamento dei soci di

[182] CALANDRA BUONAURA V. (2020). *Op. cit.*: 7.

società a responsabilità limitata[183]; ovvero alla ritenuta esperibilità anche nei confronti degli amministratori di società a responsabilità limitata dell'azione dei creditori sociali[184], che (dopo la riforma del 2003) risultava espressamente prevista solo nella disciplina del modello azionario.

Alle pronunce giurisprudenziali si sono accompagnate, nella medesima direzione di armonizzazione, anche le novelle legislative in tema di s.r.l. – PMI (sostanzialmente relative alla struttura finanziaria della s.r.l. – PMI), lasciando << intravedere un possibile impatto indiretto sulla struttura organizzativa del modello non azionario, con interrogativi circa la (inadeguatezza dell'architettura della s.r.l., per come codificata nel 2003, e così la) possibile estensione del regime della s.p.a., con addirittura una possibile differenziazione del regime della s.r.l. a seconda del grado di perdurante chiusura, ovvero effettiva apertura, della compagine sociale […] >>[185].

Il legislatore delegato del 2019, sulla scia di quanto già anticipato dalla giurisprudenza, ha poi espressamente reintrodotto nella disciplina della s.r.l. l'azione di responsabilità dei creditori sociali, da ultimo citata, aggiungendovi anche la denuncia di gravi irregolarità, prevista dall'art. 2409 c.c., che sempre la riforma del 2003 aveva ritenuto appannaggio esclusivo della maggiore tipologia societaria.

La previsione della spettanza esclusiva – indifferentemente in tutte le società – della gestione dell'impresa in capo ai soli amministratori si innesta, dunque, in un processo di ibridazione e detipizzazione dei tipi societari, il quale favorisce la prevalenza, sul diritto delle società, del diritto dell'impresa,

[183] Cassazione civile, sez. I, 20 giugno 2018, n. 16291.
[184] Cassazione civile, sez. I, 21 luglio 2010, n. 17121.
[185] BENAZZO P. (2019). *Op. cit.*: 300 (nota 27).

<< che sul piano della gestione e delle relative responsabilità in un certo senso supera e trascende il diritto societario >>[186].

L'estensione dell'esclusività delle competenze gestorie degli amministratori desta, però, maggiori perplessità perché, in questo caso, << non si tratta di colmare eventuali lacune della disciplina prevista per un tipo di società facendo riferimento a norme poste per altro tipo più o meno affine, o di ampliare la portata di una determinata norma quando appaia irragionevole circoscriverla unicamente ad un solo tipo di società >>[187]. L'innovativa previsione, almeno ad una prima lettura, corre il rischio di compromettere uno degli aspetti più caratterizzanti delle s.r.l. e delle società di persone, che costituiva anche l'elemento di discrime rispetto al modello della società azionaria: l'attribuzione ai soci di un ruolo primario nella gestione e nella conduzione della società.

Inoltre, il quadro si fa ancora più insidioso laddove si consideri che le altre norme di diritto societario comune (*supra* richiamate) riguardanti le società di persone e a responsabilità limitata sono rimaste immutate, ponendo così, sempre almeno come prima impressione, una problematica antinomia tra le vecchie e le nuove regole di *governance.*

I primi commentatori del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza hanno prospettato, sul punto, diverse soluzioni interpretative, tra le quali si possono distinguere, da un lato, le tesi che esaltano la portata innovativa delle nuove regole di *governance* e che si mostrano, di conseguenza, come "eversive" delle precedenti regole, e dall'altro lato, le tesi "riduzioniste", le quali, in un'ottica maggiormente conservatrice, riducono l'impatto riformatore dei nuovi precetti raccordandoli con l'assetto normativo preesistente.

[186] CALVOSA L. (2019). *Gestione dell'impresa e della società alla luce dei nuovi artt. 2086 e 2475 c.c.* Le Società, fasc. 7: 799.
[187] RORDORF R. (2019). *Op. cit.*: 936.

Di queste letture interpretative e delle eventuali critiche che ad esse sono state mosse si darà contezza nelle pagine che seguono, con un particolare riguardo alle ricadute applicative dell'esclusività gestoria degli amministratori sulla disciplina della s.r.l.; aspetto che maggiormente ha animato i dibattitti di una categoria di operatori giuridici: i notai[188].

6.1. Le interpretazioni "eversive" delle precedenti regole di governance.

Tra le letture che esaltano la portata innovativa delle nuove regole di *governance* si colloca, in primo luogo, la tesi che, inquadrando il loro ambito di applicazione nel "diritto societario della crisi"[189], ne sostiene l'applicabilità soltanto durante lo stato di crisi e di insolvenza, con conseguente sovversione, in quella fase, della tradizionale distribuzione normativa dei poteri gestori tra gli amministratori e i soci di società di persone e a responsabilità limitata.

Si ipotizza, così, che la preesistente disciplina di *governance* continui ad applicarsi regolarmente alle società di persone e a responsabilità limitata *in bonis*, mentre l'esclusiva attribuzione agli amministratori delle competenze gestorie dovrebbe acquisire vigenza, nella disciplina delle società menzionate, soltanto in prossimità dello stato di crisi e di insolvenza.

<< Così interpretate, le nuove norme svolgerebbero la funzione di avocare in capo all'organo amministrativo la gestione esclusiva della crisi d'impresa societaria, superando gli inconvenienti derivanti dall'eventuale ostruzionismo frapposto dai soci nei confronti dell'adozione e dell'attuazione

[188] Essendo essi mossi dalla preoccupazione di dover persuadere i clienti della necessità di riformulare gli statuti delle s.r.l. per renderli compatibili con la rinnovata formulazione dell'art. 2475 c.c.

[189] Come rilevato nel capitolo precedente (v. p. 27) con questa formula si intende l'insieme di disposizioni normative, sia dettate espressamente dal legislatore che ricavate in via ermeneutica da dottrina e giurisprudenza, che arrecano modifiche, deroghe e adattamenti al diritto societario comune, nel caso in cui l'impresa societaria si trovi in prossimità dello stato di crisi e di insolvenza.

delle soluzioni finalizzate al superamento della crisi e al risanamento dell'impresa >>[190].

In effetti, il progressivo avvicinarsi dello stato "patologico" dell'impresa implica il verificarsi di ciò che una parte della dottrina e della giurisprudenza statunitensi ha definito *shifting duty*: ossia, il mutamento di direzione dei doveri fiduciari degli amministratori e degli obiettivi di gestione verso la tutela prioritaria degli interessi dei creditori[191]. << Se nella fase prodromica al conclamarsi della crisi gli amministratori sono tenuti ad effettuare un prudente arbitraggio tra l'interesse dei soci e quello dei creditori, con l'aggravarsi del dissesto interviene un mutamento nella graduazione degli interessi che investe l'organo amministrativo del dovere di orientare la gestione in modo da privilegiare la tutela dei creditori >>[192].

L'attribuzione esclusiva della gestione agli amministratori, secondo la soluzione interpretativa che si sta esaminando, dovrebbe discendere direttamente dal mutamento dell'interesse prevalente (che nello stato patologico dell'impresa coincide con quello dei creditori), il cui tentativo di soddisfacimento da parte degli amministratori non può subire i condizionamenti provenienti dai soci, né essere compromesso dall'eventuale assunzione di iniziative ad alto rischio (in termini economici) che i soci, forti della limitazione di responsabilità di cui godrebbero, sarebbero tentati ad intraprendere.

[190] CILLO D. (2019). *La gestione delle società di persone e a responsabilità limitata nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*. Rivista del Notariato, fasc. 6: 1370.

[191] Dello *shifting duty* si trova apposita conferma nello stesso Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza che, all'art. 4, comma 1, lettera *c*), sancisce il dovere dell'imprenditore-debitore di gestire << l'impresa durante la procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza nell'interesse prioritario dei creditori >>. In dottrina si sostiene che, sebbene la norma si riferisca alla gestione dell'impresa unicamente nel corso delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, essa si applichi, per analogia, anche alla fase che precede l'accesso a queste procedure.

[192] CALANDRA BUONAURA V. (2020). *Op. cit.*: 10.

Militano a favore della tesi dell'applicabilità delle nuove regole di *governance* soltanto durante lo stato di crisi o di insolvenza anche due circostanze non da sottovalutare.

La prima è che uno degli obiettivi perseguiti dal legislatore delegato con il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza è quello di colmare la << lacuna atavica >>[193], lasciata dalle precedenti stagioni riformatrici della legge fallimentare, riguardo alla regolamentazione della crisi dell'impresa societaria.

La seconda, invece, è che in passato è stata avvertita da più parti l'esigenza di intervenire – adattandolo – sul diritto societario ordinario per quanto concerne la definizione dei doveri di condotta degli amministratori di società durante la fase di avvicinamento (e aggravamento) dello stato patologico dell'impresa.

Tuttavia, le criticità e gli ostacoli che questa tesi, seppur suggestiva, incontra nel diritto positivo sembrano essere insuperabili e anche più solidi degli argomenti riportati a suo sostegno.

Innanzitutto, quelle recate dagli artt. 375 e 377 del Codice della crisi sono disposizioni << che non presuppongono l'operatività della nuova disciplina della crisi d'impresa e, quindi, la loro entrata in vigore risulta anticipata rispetto a quella del complesso delle norme sulle nuove procedure concorsuali >>[194]. L'esclusività della competenza gestoria degli amministratori anche nella società di persone e a responsabilità limitata prescinde, dunque, dall'appropinquarsi o dall'emersione dello stato di crisi o di insolvenza.

[193] CILLO D. (2019). *Op. cit.*: 1371.

[194] BOGGIALI D. – RUOTOLO A. (2019). *Codice della crisi d'impresa. Gli adeguamenti alla nuova disciplina sulla nomina degli organi di controllo nelle s.r.l. e nelle cooperative e il richiamo all'art. 2409, c.c.*, tratto da *notariato.it*

Inoltre, a ben vedere, l'obbligo di predisporre adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili che possano favorire l'emersione anticipata della crisi e, di conseguenza, il più agevole superamento della stessa, grava sugli amministratori soprattutto quando la società è *in bonis*, altrimenti risulterebbe vanificata la *ratio* della disposizione. Pertanto, contrasta con la bontà di tale ragionamento, che è logico prima ancora che giuridico, la prospettiva che vorrebbe operanti le regole sui poteri di gestione degli amministratori di società di persone e di s.r.l. soltanto qualora si verificasse una situazione di rischio per la salvaguardia della continuità aziendale.

Ancora, è stato fatto notare che un legislatore << dotato di un notevole profilo tecnico >>[195], quale deve considerarsi quello che ha varato il Codice della crisi, se avesse voluto circoscrivere l'ambito di applicazione delle regole di *governance* al solo caso in cui la società versi in uno stato patologico, lo avrebbe espressamente stabilito.

La seconda tesi, che si colloca tra le interpretazioni che enfatizzano il carattere copernicano delle nuove disposizioni sulla gestione della società di persone e della s.r.l., afferma l'inopportunità, l'asistematicità, se non addirittura l'incostituzionalità delle previsioni di nuovo conio, proprio facendo leva sulle (ingiustificate) dirompenti conseguenze che esse avrebbero sui tradizionali assetti normativi dei tipi societari in questione.

In primo luogo, la dottrina che si sta considerando sottolinea le rilevanti incertezze che deriverebbero dalla nuova disciplina e in cui potrebbe incorrere l'interprete, auspicando un intervento chiarificatore da parte del legislatore.

A questo auspicio, tuttavia, potrebbe obiettarsi che il legislatore, con il decreto legge 18 aprile 2019, n. 32 (convertito in legge 14 giugno 2019, n. 55), è già intervenuto, in via correttiva, su alcune modifiche operate dal codice

[195] CILLO D. (2019). *Op. cit.*: 1372.

della crisi d'impresa e dell'insolvenza, riguardanti, in particolare, la determinazione delle soglie[196] il cui superamento impone la nomina dei sindaci o del revisore nella società a responsabilità limitata. Pertanto, se il legislatore avesse ritenuto fossero necessarie delle modifiche in merito alla "nuova" gestione delle società personali e a responsabilità limitata, avrebbe con ogni probabilità sfruttato quella occasione per intervenire anche su quel punto.

In secondo luogo, sempre la stessa dottrina invoca anche una eventuale, risolutiva pronuncia della Corte Costituzionale argomentando dal dato che, pur essendo vero che l'art. 14, lettera *b)* della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155 richiedeva al legislatore delegato di prevedere il dovere dell'imprenditore di istituire assetti organizzativi adeguati, << è altrettanto vero che né in quell'articolo né in altra parte di quella medesima legge si prescrive di introdurre nel codice civile modifiche, e per di più così rilevanti, quanto al riparto delle competenze gestorie tra amministratori e soci delle società a responsabilità limitata e delle società di persone >>[197].

Ma è proprio la difficoltà che si riscontra nell'immaginare che il nostro altamente qualificato legislatore (che, come si è ricordato, possiede notevoli competenze tecniche) abbia voluto sovvertire – in difetto di delega e in maniera così radicale – l'assetto normativo e strutturale di quelle società, a sancire definitivamente la debolezza della tesi in esame e a favorire, come si vedrà, delle letture più riduttive delle nuove norme, in un'ottica di contemperamento con la disciplina previgente.

La terza e ultima tesi (tra quelle connotate da un carattere eversivo della tradizionale disciplina) sostiene che le nuove disposizioni in materia di gestione di società personali e a responsabilità limitata, in quanto recate da un testo normativo cronologicamente successivo ed essendo incompatibili con le

[196] Soglie che il legislatore delegato, in prima battuta, aveva sensibilmente ridotto.
[197] RORDORF R. (2019). *Op. cit.*: 937.

precedenti previsioni, abbiano avuto una portata abrogatrice implicita delle norme che riconoscevano ai soci, nei due tipi societari, la possibilità di essere titolari di poteri e competenze gestorie. Ciò, di conseguenza, avrebbe comportato l'obbligo di riformulare gli statuti delle s.r.l e delle società personali per adeguarli alle nuove formulazioni del codice civile.

È appena il caso di dedicare solo un breve cenno ad alcuni rilievi che pure potrebbero essere sollevati contro questa ricostruzione e che riguardano il già menzionato *vulnus* derivante, per un verso, da un'ipotetica illegittimità costituzionale delle nuove previsioni viziate da un eccesso di delega, e per l'altro verso, dalla difficilmente condivisibile teoria che un legislatore così qualificato come il nostro abbia optato per << la tecnica ambigua dell'abrogazione tacita >>[198], al fine di incidere in maniera così radicale sulle caratteristiche tipologiche delle società in questione, consacrate da una consolidata tradizione legislativa.

Sembra, invece, più opportuno mettere in luce altre debolezze peculiari della tesi in esame e che potrebbero minarne la persuasività.

Anzitutto, l'abrogazione tacita dell'art. 2257, comma 3, << lascerebbe nel totale vuoto normativo il problema che si porrebbe – nell'ipotesi di amministrazione disgiuntiva *ex* art. 2475, comma 3, c.c. – in caso di opposizione da parte di un (socio) amministratore >>[199]. La risoluzione del conflitto, infatti, non potrebbe più essere devoluta alla maggioranza dei soci, spogliati ormai in quest'ottica di qualsiasi potere decisionale.

Inoltre, qualora alcuni soci delle società a responsabilità limitata fossero dotati di particolari diritti[200], attinenti all'amministrazione della società, che siano inconciliabili con l'esclusiva competenza gestoria degli amministratori,

[198] CILLO D. (2019). *Op. cit.*: 1374.
[199] CALVOSA L. (2019). *Op. cit.*: 801.
[200] Si pensi al diritto di decidere in ordine ad operazioni gestorie quali l'acquisto o l'alienazione di beni immobili, la concessione di ipoteche su beni immobili di proprietà della società, la cessione o l'affitto dell'azienda o di singoli rami di essa.

essi verrebbero privati dei suddetti diritti senza godere di alcun indennizzo economico. Per di più, si verificherebbe una ingiustificata disparità di trattamento con i soci i cui particolari diritti riguardassero non l'amministrazione della società bensì la distribuzione degli utili, non essendo state le relative norme coinvolte nella riforma del 2019.

Di particolare interesse è una variante della tesi in esame che, a detta dei sostenitori, consente di cogliere << la vera portata innovativa del nuovo comma 1 dell'art. 2475 >> e, di conseguenza, consente << non già di leggere il nuovo articolo alla luce della vecchia disciplina[201], bensì, al contrario, di ripensare le norme vigenti alla luce del primo >>[202].

La tesi in questione prende le mosse dalla considerazione preliminare per cui la totale coincidenza, anche lessicale, del principio stabilito per le s.r.l. dal comma 1 dell'art. 2475 c.c. con quello dettato per le s.p.a. dall'art. 2380-*bis* c.c., non può che rendere manifesto l'intento del legislatore delegato di favorire un forte avvicinamento dei modelli. Avvicinamento avallato, tra l'altro, anche dal fatto che, inserendosi le novellate disposizioni della disciplina delle società personali e a responsabilità limitata nell'ambito della crisi, o meglio della prevenzione di essa, è quanto mai opportuno che sia l'organo amministrativo, piuttosto che la disorganica compagine dei soci, a rivestire il ruolo di garante ed interlocutore unico.

Su queste premesse, questa tesi (similmente all'ultima corrente interpretativa esaminata) ipotizza sì un'abrogazione tacita delle precedenti regole di *governance*, ma specifica che si tratti di un'abrogazione soltanto parziale, sostenendo che, pur riconoscendosi l'esclusività delle funzioni gestorie degli amministratori, potrebbero comunque restare ferme le competenze legalmente previste in capo ai soci.

[201] Il riferimento è alle tesi riduzioniste e conservative che, come si vedrà appresso, determinano sull'impianto normativo della s.r.l. un impatto assai ridotto, evitando effetti implicitamente abrogativi delle norme incompatibili con le nuove disposizioni.

[202] Le citazioni sono tratte da CALVOSA L. (2019). *Op. cit*.: 800.

Se nella disciplina della s.p.a., pur essendo pacificamente riconosciuta sin dalla riforma del 2003 l'esclusività della gestione degli amministratori *ex* art. 2380-*bis*, sono previste in diverse disposizioni[203] deroghe legali di decisioni gestorie in capo ai soci, allora anche nella s.r.l., fermo restando l'esclusività gestoria degli amministratori, non dovrebbero essere riscontrate difficoltà nell'attribuire ai soci competenze legalmente previste.

Si tratta, allora, di ritenere implicitamente abrogate soltanto le competenze incompatibili con il disposto del nuovo primo comma dell'art. 2475 c.c., facendo residuare le competenze deliberative riservate ai soci dalla legge o dallo statuto in base ad una specifica legittimazione di carattere legale.

Scegliendo tra i possibili esempi[204], residuerebbe la competenza decisionale dei soci di s.r.l., nell'ipotesi di amministrazione disgiuntiva, in caso di opposizione derivante dall'esercizio del diritto di veto di un amministratore (art. 2257, comma 3, c.c.). A tal proposito non è da sottovalutare che una soluzione interpretativa siffatta consentirebbe di colmare il vuoto normativo lasciato, proprio in ordine all'ipotesi disciplinata dall'art. 2257, comma 3, c.c., dalla tesi dell'abrogazione (tacita) totale, così come è stato già rilevato *ante*.

Infine, non potendo più sussistere, nella disciplina della s.r.l., un potere decisionale generalizzato del socio sulla gestione, salvi i casi di competenze legalmente previste, le competenze di cui all'art. 2479, comma 1, c.c. assumerebbero il significato e la natura di semplici autorizzazioni, prive di

[203] Si pensi agli artt. 2361, comma 2; 2393, comma 6; 2446, comma 1; 2409, comma 4, c.c.; e, pur utilizzando la norma il termine "autorizzazione" (che va inteso nel senso di "co-decisione"), si pensi anche alla previsione dell'art. 2357 c.c.

[204] Residua la competenza dei soci << nell'ipotesi di decisioni su operazioni che comportino sostanziali modificazioni dell'oggetto sociale o rilevanti modificazioni dei diritti dei soci (art. 2479, comma 2, n. 5, c.c.). Del pari potrebbe residuare la competenza dei soci nei *casi specifici* in cui la *legge* assegni allo statuto la facoltà di attribuire ad essi le decisioni in alternativa agli amministratori (art. 2483 c.c. […]). Analogamente a quanto è disposto nella s.p.a. per i casi di competenza statuaria legittimata specificamente (e cioè relativamente a un'operazione specifica e tipizzata) dal legislatore (artt. 2410, 2447 ter, comma 2, c.c.; art. 152, comma 2, l. fall.) >>. Così nota CALVOSA L. (2019). *Op. cit.*: 802.

qualsiasi vincolatività esercitabile sulle scelte a cui viene deputato, ora anche nella s.r.l., l'organo amministrativo.

6.2. Le tesi "riduzioniste".

Le tesi "riduzioniste" sono così definite perché, attraverso un ridimensionamento teleologico dell'impatto dei nuovi precetti normativi, ne riconducono la portata entro l'alveo della legge delega, mettendo in atto un'operazione di raccordo con l'assetto normativo preesistente. Ciò non esclude tuttavia che, pur senza presentare profili eversivi della disciplina previgente, esse abbiano comunque, anche se con differenti intensità ed esiti, l'intento di << valorizzare la capacità innovativa delle nuove disposizioni, calibrandone la portata nel senso dell'arricchimento, e poi del perfezionamento, del materiale normativo >>[205].

Una prima tesi è quella della responsabilità diffusa per la gestione degli assetti societari. Essa auspica di sanare le apparenti antinomie, create dalle nuove regole di *governance*, facendo leva sull'idea che il legislatore delegato, attraverso le disposizioni coniate, abbia voluto statuire che tutti i soggetti chiamati ad assumere decisioni gestorie nella s.r.l. e nelle società personali – siano essi titolari di poteri attribuiti dalla legge (gli amministratori) ovvero riconosciuti in via convenzionale (i soci) – hanno il dovere di concorrere con il loro operato all'adempimento dei doveri stabiliti dall'art. 2086, comma 2, c.c.

Dunque, i sostenitori dell'interpretazione in parola ritengono, non senza generare sconcerto negli studiosi, che la nuova formulazione del primo comma degli artt. 2257 e 2475 c.c. persegua l'effetto di stabilire che l'imprenditore su cui gravano gli obblighi stabiliti dal secondo comma dell'art. 2086 c.c. sia rappresentato non soltanto dall'organo amministrativo, ma anche dai soci che concorrono alla gestione della società.

[205] BENAZZO P. (2019). *Op. cit.*: 305.

Lo sconcerto cui si è accennato deriva indubbiamente dall'idea per cui, seguendo questa ricostruzione, il legislatore avrebbe esplicitamente attribuito esclusivamente agli amministratori la gestione della società con l'intento, però, di ottenere l'effetto antitetico di coinvolgere il maggior numero di soci nella eventuale responsabilità per *mala gestio*.

Non è necessario spendere ulteriori parole per far risaltare la fragile debolezza delle argomentazioni su cui si fonda questa prima tesi. Si aggiunge soltanto che l'ottavo comma dell'art. 2476 c.c., secondo cui sono solidalmente responsabili con gli amministratori i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi, già permette di ottenere il medesimo risultato cui aspira, faticosamente, la tesi della responsabilità diffusa.

Proseguendo nell'analisi delle tesi riduzioniste, la seconda è quella della necessaria intestazione formale della funzione amministrativa in capo agli amministratori.

Essa sostiene che, con le modifiche al codice civile che qui interessano, il legislatore delegato abbia voluto rendere indispensabile, anche nel modello della s.r.l., una organizzazione corporativa, seppur attenuata[206], e quindi necessaria la nomina formale di un organo amministrativo. Ciò anche nell'ipotesi in cui l'atto costitutivo disponga l'amministrazione in capo a tutti i soci, essendo le qualifiche di amministratore e di socio distinte, anche se rivestite dagli stessi soggetti.

[206] L'organizzazione corporativa nella s.r.l. si presenta semplificata rispetto al modello azionario, sotto diversi profili, tra cui quello della ripartizione delle competenze tra gli organi, ove l'autonomia privata può marcatamente intervenire, portando ad una forte despecializzazione delle competenze gestorie attraverso la loro attribuzione ai soci. Più tecnicamente osserva SPADA P. (2003). *Classe e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla "nuova" società a responsabilità limitata).* Rivista di diritto civile, fasc. 5: 489, che lo statuto legale della s.r.l. propone un'organizzazione corporativa attenuata poiché si ipotizza in essa << una distribuzione dei compiti decisionali e dichiarativi tra uffici specializzati ai quali viene ciclicamente preposto personale nominato dalla compagine sociale nella composizione soggettiva che la stessa presenta al momento del reclutamento ciclico >. Distribuzione che può anche lasciare il passo al totale coinvolgimento dei soci nella gestione, così come prevede l'art. 2479 c.c.

Anche stavolta risulta agevole obiettare alla ricostruzione proposta.

In primis, già dall'art. 2475-*bis* e dal quinto comma dell'art. 2475, i quali stabiliscono, l'uno, che la rappresentanza della società spetta agli amministratori, l'altro, che ad essi è attribuita la funzione di redigere i progetti di bilancio, di fusione o di scissione nonché di decidere l'aumento delegato del capitale sociale, si sarebbe potuta ricavare l'inammissibilità di una s.r.l. priva di organo amministrativo, ossia di struttura corporativa.

In secundis, la questione era stata già affrontata nell'ambito degli orientamenti notarili e successivamente chiarita con la massima I.C.3 del Comitato Triveneto dei Notai del settembre 2004, "Configurabilità necessaria di un organo amministrativo", secondo cui, << stante la natura di società di capitali della s.r.l., deve ritenersi indispensabile la presenza formale di un organo amministrativo, anche nel caso che lo statuto preveda che l'amministrazione spetti necessariamente a tutti i soci. In quanto le qualifiche di amministratore e di socio sono distinte, anche se rivestite dagli stessi soggetti >>.

In tertiis, se le modifiche al codice civile operate dal legislatore delegato in materia di s.r.l. fossero state dettate dalla necessità di statuire l'indispensabilità di una struttura corporativa anche in questo tipo societario, non si spiegherebbe il motivo per cui il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza abbia riformulato anche le norme concernenti l'amministrazione di tutte le società lucrative e cooperative. Per queste ultime, infatti, è sempre stata pacifica la necessità dell'esistenza dell'organo amministrativo.

L'ultima (sicuramente non in ordine di importanza) tesi riduzionista, che il Consiglio Nazionale del Notariato nello studio approvato nel 2019

definisce la più << plausibile e calibrata >>[207], sia tra le stesse tesi conservatrici che tra le interpretazioni "eversive", sostiene che il principio di esclusività della gestione degli amministratori sarebbe limitato al profilo organizzativo, mentre il piano dell'operatività potrebbe vedere il coinvolgimento dei soci.

Se la tesi della abrogazione implicita parziale auspicava di ripensare le norme vigenti alla luce del nuovo articolo 2475 c.c., al contrario, l'interpretazione che ora si esamina tenta di leggere il nuovo articolo alla luce della vecchia disciplina, in un'ottica maggiormente orientata alle conseguenze e tesa a determinare un impatto assai ridotto sugli assetti normativi della s.r.l.

È stato allora sostenuto che le novellate disposizioni nella disciplina delle società a responsabilità limitata (e delle società personali) siano destinate a spiegare i loro effetti esclusivamente sul piano organizzativo senza comportare alcun effetto implicitamente abrogativo dell'impianto preesistente, introducendo, al contempo, una inedita distinzione tra la "gestione organizzativa" della società, scolpita nel secondo comma dell'art. 2086 c.c. e affidata in via esclusiva agli amministratori, e la "gestione operativa", tuttora individuata dalle pregresse disposizioni e appartenente alla competenza degli amministratori e/o dei soci a seconda del modello in concreto adottato.

È vero che le singole norme del codice civile coinvolte nelle modifiche operate dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza parlano generalmente di "gestione dell'impresa", ma aggiungendo che tale gestione << si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086, secondo comma >>, fanno indubbiamente riferimento al concetto di gestione dell'impresa contemplato in quel secondo comma, il quale ne individua il contenuto nel dovere di istituire idonei assetti organizzativi.

[207] ATLANTE N. – MALTONI M. – RUOTOLO A. (2019). *Il nuovo articolo 2475 c.c. Prima lettura*, Studio del Consiglio del Notariato n. 58 – 2019/I, tratto da *notariato.it*

Del resto, la stessa rubrica dell'art. 377 del Codice della crisi, "Assetti organizzativi societari", (articolo che, si ricorda, dispone le modifiche alle norme del codice civile che qui interessano) induce l'interprete a sostenere che si tratta di regole che impongono doveri e definiscono responsabilità di natura organizzativa; queste ultime si collocherebbero su un piano distinto rispetto a quello delle regole attinenti alla competenza in materia di atti propriamente gestori o di operazioni di "amministrazione" tradizionalmente intesa. In altri termini, << la predisposizione degli assetti organizzativi costituirebbe un *a priori* rispetto alla gestione (in senso proprio) >>[208].

La tesi sembra trovare conferma anche nella struttura del primo comma degli artt. 2257 e 2475 c.c.: la prima parte è dedicata alla gestione dell'impresa, da intendersi pacificamente come "gestione organizzativa", la seconda parte è invece dedicata all'amministrazione della società, la quale si indentifica nella più complessa "gestione operativa". Quest'ultima
<< individua il compimento delle operazioni e degli atti negoziali necessari per l'attuazione dell'oggetto sociale, che ancora oggi può essere diversamente modulato in via pattizia, secondo le peculiarità salienti di ciascun tipo societario, attraverso un *climax* via via discendente nelle società di persone, nelle società a responsabilità limitata e nelle società azionarie >>[209].

La portata non onnicomprensiva della nozione di "gestione dell'impresa" introdotta nelle nuove formulazioni codicistiche consente anche di comprendere, con maggiore condivisione, la scelta del legislatore di sancirne la regola della attribuzione esclusiva agli amministratori, indifferentemente, in tutti i tipi societari: restano, infatti, inalterate le

[208] CALVOSA L. (2019). *Op. cit.*: 800.
[209] CILLO D. (2019). *Op. cit.*: 1382.

peculiarità strutturali di ciascun modello organizzativo per ciò che va oltre quanto contemplato da quella limitata accezione di gestione[210].

In verità, da più parti della dottrina non sono mancate opinioni orientate ad affermare interpretazioni ulteriormente correttive del dettato legislativo e ancora più restrittive della tesi in esame.

Per cominciare, non traendo piena soddisfazione dalla asserzione per cui l'organizzazione della gestione dell'impresa << non può che far riferimento, alla luce del principio generale sancito dal secondo comma dell'art. 2086 c.c., alla creazione, all'aggiornamento ed alla applicazione degli assetti adeguati >>[211], qualcuno ha ritenuto che, per scongiurare ogni ambiguità, << meglio sarebbe stato scrivere, testualmente, che la predisposizione di assetti organizzativi adeguati spetta esclusivamente agli amministratori >>[212].

Questa dottrina, in sintesi, teme che il concetto di "organizzazione della gestione dell'impresa" possa essere ingannevolmente inteso come riferentesi alla pluralità di atti teleologicamente funzionalizzati all'esercizio dell'attività

---

[210] L'opzione ermeneutica che intende la "gestione dell'impresa" riferita unicamente all'aspetto organizzativo sembra essere praticabile, oltre che nella s.r.l., anche negli altri codici organizzativi e ciò adduce ulteriore sostegno alla tesi in esame.

Nell'ambito della s.p.a., infatti, pur perimetrando la gestione dell'impresa in quegli stretti confini, non si riscontra la lacuna di una norma che attribuisca all'organo amministrativo una generale competenza in ordine alle decisioni imprenditoriali diverse da quelle attinenti ai profili organizzativi. Una simile lacuna avrebbe potuto minare la solidità della ricostruzione proposta, ma questo pericolo è scongiurato sia dall'art. 2380-*bis* c.c., secondo cui << gli amministratori compiono gli atti necessari per il perseguimento dell'oggetto sociale >>, che dall'art. 2364, comma 1, n. 5, c.c., in virtù del quale l'assemblea ordinaria dei soci ha la sola competenza a deliberare << sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori >>. Dal combinato disposto ne deriva che gli amministratori di s.p.a. hanno una potestà di ampio respiro anche per tutto ciò che concerne la direzione dell'impresa e l'esercizio dell'attività economica complessivamente intesa.

L'opzione interpretativa si incastra bene anche nella disciplina delle società personali per la distinzione, che questa disciplina prevede, tra gestione dell'impresa e amministrazione. Ai sensi dell'art. 2257, comma 1, c.c., anche se la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, << l'amministrazione della società spetta a ciascuno dei soci disgiuntamente dagli altri >>.

[211] CAGNASSO O. (2018). *Diritto societario e mercati finanziari*. Il Nuovo Diritto delle Società, fasc. 5: 849 ss.

[212] MONTALENTI P. (2019). *Op. cit.*: 11.

di impresa. In altri termini, esso potrebbe finire per coincidere pericolosamente con quello di "amministrazione".

Altri[213], invece, aderendo fedelmente al principio di prevenzione della crisi d'impresa e dell'insolvenza, ossia ad uno dei più rilevanti principi informatori dell'ultima stagione riformatrice, affermano che la "gestione organizzativa" affidata esclusivamente alla competenza degli amministratori non riguarda l'organizzazione complessiva dell'impresa, bensì soltanto le misure di carattere organizzativo che sono funzionali ad una tempestiva ed anticipata rilevazione dello stato di crisi.

È appena il caso di rilevare che quest'ultima posizione dottrinaria, seppur apprezzabile per nobiltà d'intenti, sembra essere caratterizzata da uno sguardo piuttosto miope, tanto da non vedere che lo stesso comma 2 dell'art. 2086 c.c., nel cui contenuto è pacifico che si sostanzi la "gestione organizzativa", espressamente prevede che gli assetti adeguati devono essere istituiti << anche >> in funzione della rilevazione precoce dello stato patologico dell'impresa; dunque non soltanto, come viene ipotizzato, in funzione esclusiva di essa.

Ma ciò non toglie, comunque, che la *ratio legis* sottesa all'estensione anche alle società personali e a responsabilità limitata dell'esclusiva competenza degli amministratori in materia di gestione degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, vada rintracciata correttamente anche nella maggiore capacità di quest'organo di percepire in anticipo, rispetto all'assemblea, le prime *sonnette d'alarme* di una crisi imminente e della perdita della continuità aziendale.

Laddove invece si attribuissero gli obblighi, da un lato, di valutazione continuativa e globale dell'adeguatezza degli assetti e, dall'altro, di costante verifica dell'organizzazione dell'impresa a chiunque compia scelte gestorie

[213] Tra questi, CALANDRA BUONAURA V. (2020). *Op. cit.*

all'interno della società, << si rischierebbe di compromettere il raggiungimento della finalità perseguita dal legislatore. I singoli assuntori e attuatori delle decisioni gestorie, infatti, nel momento in cui sono chiamati a valutare la specifica scelta gestionale adottata, potrebbero (in quanto non amministratori e, come tali, tendenzialmente ignari del generale andamento delle imprese societarie) non essere in grado di poter verificare la compatibilità di esse con il generale assetto organizzativo dell'impresa societaria, né di valutarla in funzione della rilevazione tempestiva della crisi >>[214].

In conclusione, l'opzione interpretativa che opera una distinzione concettuale tra gli atti di gestione, i quali nelle nuove regole di *governance* sarebbero riservati esclusivamente agli amministratori, e gli atti di amministrazione, tuttora demandabili convenzionalmente ai soci, pur non andando esente da critiche[215] – che, tuttavia, non appaiono dirimenti – risulta

[214] RICCARDELLI N. (2019). *Il sistema di amministrazione nelle s.r.l. dopo il codice della crisi e dell'insolvenza*. Il Nuovo Diritto delle Società, fasc. 7: 1006 - 1007.

[215] Autorevole dottrina, prendendo le distanze dalla tecnica di inventare contrapposizioni astratte (come, nel caso in esame, la distinzione tra organizzazione e operatività) ai fini della risoluzione di un problema concreto, ha sostenuto che si sarebbe potuto conseguire il risultato indicato come il migliore dai notai percorrendo una strada più semplice. Infatti se l'estensione alle s.r.l. e alle società personali del regime di competenza gestoria esclusiva degli amministratori risponde all'esigenza di permettere una più agevole identificazione di soggetti – titolari di una posizione di garanzia – che siano responsabili necessari dei doveri di organizzazione e monitoraggio, << allora la conciliazione delle norme apparentemente in contrasto non richiede affatto di distinguere organizzazione e operatività dell'impresa. Basta invece dire che l'organo amministrativo, in quanto responsabile necessario dell'organizzazione e titolare di una posizione di garanzia, non può scusarsi delle manchevolezze dell'organizzazione accampando una eventuale corresponsabilità di terzi e in particolare dei soci >>. SPOLIDORO M.S. (2019). *Op. cit*.: 272.

Altri, ancora, non persuasi dalla ipotetica distinzione concettuale tra atti di gestione e atti di amministrazione in senso stretto, hanno sollevato non pochi rilievi che sono stati considerati – e agevolmente confutati – da CILLO D. in *Op. cit*. (p. 1385), di cui per esigenze di completezza e sistematicità si riporta quanto segue: << si è rilevato, da parte di alcuni, che: non sempre nella prassi è agevole distinguere le questioni organizzative da quelle gestionali; l'art. 2475 è tuttora rubricato "amministrazione della società", per cui non sembra che il legislatore abbia inteso concepire la gestione dell'impresa societaria come qualcosa di diverso rispetto all'amministrazione della società; le riserve di competenza degli amministratori devono essere espressamente previste dalla legge, essendo tassative e tipiche, giacché derogatorie della facoltà generale di ripartizione delle competenze tra gli amministratori e i soci, non essendo possibile ricavare una regola formale di riserva di competenza in capo agli amministratori argomentando in modo deduttivo dall'uso dell'avverbio "esclusivamente"; questa interpretazione finirebbe per generale un problema di coordinamento della norma con le disposizioni del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, sulle società a partecipazione pubblica e sui meccanismi di controllo analogo, rispetto ai quali i soci pubblici pretendono l'inserimento negli statuti di precise clausole statuarie di rimessione dei poteri organizzativi e di controllo ai medesimi

non solo la più convincente ma anche la più idonea ad alleviare i timori e le perplessità sorti nella categoria notarile.

Infatti, secondo la tesi che è stata accolta, la novella legislativa non comporta in capo ad amministratori e soci di s.r.l. e di società di persone alcun obbligo di adeguamento immediato né dei patti sociali, né delle norme di funzionamento né di quelle clausole – tuttora legittime – che stabiliscono una ripartizione della "gestione operativa" della società difforme rispetto al modello legale.

Gli stessi statuti delle società personali e a responsabilità limitata, che siano state costituite dopo l'entrata in vigore della nuova formulazione delle norme del codice civile che interessano quei tipi societari, hanno potuto prevedere legittimamente clausole derogatorie della disciplina legale – così come riformata – in materia di gestione operativa.

I notai, inoltre, auspicano e non escludono che la prassi statuaria possa elaborare << ulteriori clausole idonee a svolgere un ruolo ordinante della complessa materia ed a disciplinare più accuratamente gli assetti organizzativi dell'impresa >>[216].

---

soci pubblici; tale interpretazione verrebbe a depotenziare notevolmente la previsione di cui all'art. 2409-*terdecies*, comma 1, lett. *f-bis* sui poteri del consiglio di sorveglianza in merito alle deliberazioni sulle operazioni strategiche e sui piani industriali e finanziari predisposti dal consiglio di gestione, ferma in ogni caso la responsabilità di quest'ultimo per gli atti compiuti.

Tuttavia, tali obiezioni non sembrano dirimenti, potendosi ribattere che: gli artt. 2257 e 2475 si occupano anche dell'amministrazione della società, per cui la rubrica indica una parte per il tutto; la riserva di competenza viene espressa mediante l'utilizzo dell'avverbio "esclusivamente"; il d.lgs. n. 175/2016 e l'art. 2409-*terdecies*, comma 1, lett. *f-bis* sono norme derogatorie >>.

[216] ATLANTE N. – MALTONI M. – RUOTOLO A. (2019). *Op. cit.*

7. Il problema dell'applicabilità della *business judgment rule* alle scelte in materia di assetti[217].

È noto che il nuovo secondo comma dell'art. 2086 c.c. ha il pregio di aver espressamente affermato il carattere "transtipico" di un dovere – quello di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa – che la riforma delle società di capitali aveva inizialmente circoscritto, almeno a livello normativo[218], alle sole società azionarie.

Fino all'ultima novella legislativa, la creazione di assetti adeguati era considerata contenuto implicito del generico dovere di diligenza, << cioè riguardava sicuramente un giudizio nel contesto sul modo in cui l'amministratore deve adempiere al suo dovere di amministrare >>[219]. Oggi le modifiche apportate al codice civile sembrano conferire autonoma dignità a questo dovere "organizzativo" che assurge ad oggetto di una prestazione da adempiere *ex se*, la cui inottemperanza diventa sanzionabile e fonte di

[217] L'ambito soggettivo dell'indagine che qui si svolge è circoscritto agli assetti organizzativi delle imprese di diritto comune, volutamente tralasciando i medesimi aspetti relativi alla disciplina delle imprese di diritto "singolare", come le banche. Pur non essendo mancate opinioni dirette ad affermare che la Banca d'Italia non ha imposto un unico modello di controllo interno da adottarsi nelle banche – lasciando così una non trascurabile discrezionalità all'organo amministrativo nel predisporre un assetto di controllo adeguato ed efficiente – è preferibile abbracciare la posizione di chi ritiene che la società bancaria goda di una piuttosto "compressa" capacità di autodeterminare la propria organizzazione. Infatti, come si legge nella circolare 285 del 17 dicembre 2013, gli assetti organizzativi interni delle banche << sono puntualmente regolati, mediante una disciplina che varia di intensità a seconda delle dimensioni della banca >> dalle Disposizioni di Vigilanza di Banca d'Italia. Questa teoria è suffragata anche dalla dottrina statunitense che ritiene di dover approdare a conclusioni differenziate quanto all'incisività del sindacato giudiziario sulle scelte dei *directors* delle banche rispetto alla tendenza affermatasi sul medesimo punto per le imprese di diritto comune.

[218] Nel rinviare al contenuto della nota 130 per maggiori specificazioni, ci si limita ivi a ricordare che il dovere degli amministratori *ex* art. 2381, comma 5, c.c., di << curare >> l'adeguatezza della struttura organizzativa della società – confinato dalla riforma del 2003 nella disciplina della s.p.a. – già allora tendeva in realtà a trovare applicazione in qualunque tipo societario, in quanto gli assetti organizzativi costituiscono il cuore strutturale dell'impresa stessa.

[219] SPOLIDORO M.S. (2019). *Op. cit.*: 265 ss.

responsabilità degli amministratori[220] anche quando non è connessa al verificarsi di altri e diversi inadempimenti.

Per di più, << il richiamo del principio di adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili contenuto nell'art. 2381 (e 2086) c.c. appare potenzialmente capace di legittimare un controllo sulla ragionevolezza della struttura organizzativa concretamente adottata dalla società, così ponendo le premesse di una significativa compressione del canone che vuole insindacabile in sede giudiziale il contenuto delle scelte compiute dagli amministratori. Il quadro normativo vigente pone, pertanto, la questione della riconducibilità dell'eventuale violazione del dovere di curare l'adeguatezza degli assetti entro il *safe harbor* della *business judgment rule* >>[221].

Questa regola, di origine statunitense[222], afferma il principio dell'insindacabilità del merito delle scelte di gestione, coerentemente, da un lato, all'attribuzione agli amministratori – sia pure nel rispetto dei limiti della ragionevolezza – di un considerevole margine di discrezionalità imprenditoriale, e dall'altro lato, all'assunto per cui sarebbe contraddittorio quel sistema che, dopo aver conferito agli amministratori un potere discrezionale nelle scelte d'impresa, le sottoponga ad un controllo di merito[223].

La *business judgment rule* viene ad essere letta come una sorta di immunità (*safe harbor*) offerta agli amministratori nell'adempimento della loro funzione di gestione della società. Essa circoscrive significativamente il

[220] Sia nei confronti della società, sia nei confronti dei creditori sociali quando ciò abbia compromesso l'integrità del patrimonio dell'ente che ha funzione di garanzia generica per detti creditori.

[221] BENDETTI L. (2019). *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*. Rivista delle Società, fasc. 2: 420 ss.

[222] Oggi costituisce *ius receptum* nei più progrediti paesi del mondo ed è stata definita come una delle dottrine fondamentali in materia di *corporate governance*. La *BJR* è stata recepita successivamente in *UK* (dove conserva natura giurisprudenziale, come in Italia), in Australia (*Section* 180, *Corporation Law*, come novellato nel 2001), in Germania (§ 93, *Abs*, 1, *AktG*), in Spagna (art. 226 *L.S.C.*), in Portogallo (art. 72.2 *Cód. das sociedades comerciais*), in Grecia (art. 22.a l. 2190/1920).

[223] Così osserva C. ANGELICI. (2006). *Diligentia quam in suis* e *business judgment rule*. Rivista del diritto commerciale, fasc. 1: 688 ss.

rischio per costoro di essere giudicati responsabili per il danno derivante dall'assunzione di scelte imprenditoriali che si rivelino errate, concedendo in tal modo agli amministratori un vero e proprio *droit à l'erreur*[224].

Le esigenze che riesce a soddisfare una regola siffatta sono varie e tutte ragionevolmente apprezzabili: *i*) far sì che del rischio di insuccesso connesso alla incertezza e alla complessità della funzione amministrativa se ne facciano carico non i gestori bensì i soci; *ii*) evitare una eccessiva responsabilizzazione degli amministratori che possa indurli ad una gestione eccessivamente cauta e prudente; circoscrivere il sindacato giudiziale sulle decisioni gestorie, allo scopo sia di non disincentivare l'assunzione di rischi necessari ad amministrare un patrimonio con finalità produttive (eludendo, così, ingenti danni per l'economia e il mercato in generale), sia di non pregiudicare la certezza del diritto mediante un giudizio di responsabilità estremamente opinabile (perché essenzialmente fondato su una valutazione – riguardo all'opportunità e alla convenienza delle decisioni gestorie – da parte dell'autorità giudiziaria, che si sovrappone a quella fatta precedentemente dagli amministratori); *iii*) ovviare alla inidoneità strutturale del giudice a valutare nel merito le scelte imprenditoriali (inidoneità, peraltro, dimostrata dal frequente ricorso dell'autorità giudiziaria all'ausilio dei consulenti tecnici per colmare lacune laddove sono richieste competenze *ad hoc*); *iiii*) infine, scongiurare il rischio dell'*hindsight bias*, vale a dire il << fenomeno psicologico per il quale si tende a ritenere che un evento, una volta realizzatosi, fosse facilmente prevedibile *a priori* >>[225].

[224] La teoria in esame si adatta anche al caso in cui l'insuccesso economico della gestione dell'attività di impresa non derivi da << sfortuna o da oggettive situazioni di mercato, ma da erronee scelte compiute dagli amministratori >>. BONELLI F. (1992). *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, p. 63.

Anche la giurisprudenza ha accolto favorevolmente questi orientamenti, ritenendo che l'errore di gestione non è suscettibile di una valutazione *ex post* da parte del giudice, perché quest'ultima implicherebbe – a sua volta – considerazioni di convenienza ed opportunità, al cui compimento è legittimato in via esclusiva l'organo amministrativo.

[225] BENEDETTI L. (2019). *Op. cit.*: 416 (nota 6).

I benefici che il sistema sociale trae da questa impostazione sono tangibili: << la libertà di scelta e la discrezionalità riconosciute al gestore della società si rendono particolarmente funzionali alla liberazione delle energie imprenditoriali, altrimenti inibite, a tutto vantaggio dell'intera collettività. Quanto esposto sembrerebbe valere ancora di più in contesti di crisi, ove risulta necessario attirare le migliori professionalità dai più svariati settori, in modo da favorire l'elaborazione delle strategie finalizzate al risanamento e/o alla riorganizzazione dell'attività >>[226].

La protezione offerta dalla *business judgment rule* viene, tuttavia, meno in seguito all'accertamento della violazione del dovere di assumere le informazioni necessarie ai fini dell'adozione della decisione[227]. Infatti, se al giudice è precluso il sindacato sulla valutazione sostanziale del merito della decisione, è invece diffusamente ammesso un giudizio sull'osservanza dell'obbligo di diligenza – generalmente imposto agli amministratori – durante il *decision making process*, vale a dire la fase prodromica delle scelte imprenditoriali. Allora non saranno la scelta in sé o il relativo livello di rischio l'oggetto della valutazione, bensì l'*iter* procedimentale attraverso il quale questa viene preparata, decisa e attuata. Si tratterà di verificare l'adozione, da parte degli organi gestori, di tutte le informazioni materiali ragionevolmente disponibili e di quelle cautele, verifiche e dati preventivi che sono normalmente richiesti, in relazione alle diverse determinazioni, dalla diligenza professionale[228].

La sussistenza di questo fenomeno in relazione alle scelte organizzative è stata ripetutamente evidenziata dalla dottrina straniera. D'altronde, il rischio che esso si verifichi è più che probabile se una decisione abbia per oggetto uno sviluppo futuro e imprevedibile, così come accade per quelle relative agli assetti.

[226] BRIZZI F. (2015). *Op. cit.*: 363.

[227] Nel nostro ordinamento la problematica si rende ancora più interessante in virtù del carattere professionale della diligenza richiesta *ex* art. 2392, comma 1, c.c. agli amministratori, e in considerazione dell'espressa previsione dell'obbligo di agire in modo informato, sancito dall'art. 2381, comma 6, c.c., quale corollario del buon *agere* dell'organo amministrativo.

[228] Per quanto concerne lo specifico tema del dovere informativo, esso è stato affrontato – sul piano interno – per la prima volta in una nota sentenza della Corte di Cassazione (Cass., 28 aprile 1997, n. 3652), in cui è stato affermato il dovere degli amministratori di assumere tutte le

La responsabilità degli amministratori per le decisioni rivelatesi *ex post* pregiudizievoli è, in tal modo, *sic et simpliciter* esclusa laddove esse siano state assunte da amministratori in buona fede ed estranei ad un conflitto di interessi, con l'impiego della dovuta diligenza nel reperire – e correttamente utilizzare – le informazioni necessarie in vista dell'operazione[229].

Fatta questa necessaria digressione sulla disciplina e le ricadute applicative della *business judgment rule*, occorre ora affrontare il controverso problema dell'applicabilità o meno del precetto in esame all'osservanza, da parte degli amministratori, del canone dell'adeguatezza degli assetti. Argomento che, da un lato, ha vivacemente animato tutta la dottrina e, dall'altro, ha preoccupato parte della stessa, in considerazione del fatto che un'eventuale sottrazione del dovere in oggetto al *safe harbor* della *business judgment rule* implicherebbe l'attribuzione al giudice di << un potere

---

informazioni necessarie ad esprimere una decisione ponderata. Più dettagliatamente, nella pronuncia della giurisprudenza di legittimità è specificato che presupposto dell'applicabilità della *business judgment rule* è considerata una scelta imprenditoriale *a*) assunta all'esito di un processo decisionale che non implichi alcun interesse diretto o indiretto degli amministratori; *b*) compiuta nella consapevolezza: *i*) di tutte le informazioni disponibili, e *ii*) a seguito di una prudente considerazione delle alternative; *c*) conforme alla buona fede; *d*) espressione dell'attuazione razionale dello scopo sociale.

Sul piano esterno, invece, il *leading case* del tema è identificato in una decisione dei giudici del *Delaware*, avente ad oggetto un giudizio di responsabilità gestoria per i danni prodotti da un'operazione di fusione. In tale giudizio si accertò che il bagaglio informativo degli amministratori era carente ai fini di una valutazione corretta e consapevole circa l'opportunità economica della proposta, così che fu possibile addebitare all'amministratore la violazione del *duty of care* – pur permanendo, comunque, il divieto per l'autorità giudiziaria di sindacare la convenienza economica dell'operazione ovvero il merito della scelta.

[229] << Se tali condizioni sussistono, si applicherà la *business judgment rule*, in base alla quale è sufficiente che la decisione appaia meramente razionale al fine di rendere immune l'amministratore dalla relativa responsabilità, anche se, *ex post*, il giudice ritenga che la decisione sia stata, invece, irragionevole.

L'accento viene, dunque, posto sulla distinzione tra lo *standard of conduct*, costituito dal *duty of care*, proprio dei *directors*, e lo *standard of review* che i giudici sono tenuti a seguire: dunque la regola della *business judgment rule* impone a costoro, al ricorrere delle condizioni prima individuate, di limitare il proprio criterio di valutazione al controllo della mera razionalità, piuttosto che della ragionevolezza, della decisione.

È noto, al riguardo, che la distinzione tra una decisione irrazionale ed una irragionevole viene individuata dalla dottrina e giurisprudenza statunitense nel fatto che la prima è quella che non trova alcuna spiegazione o fondamento, risultando come tale totalmente incomprensibile, almeno per assenza di qualunque *rational business purpose*, laddove la seconda è quella meramente non rispondente agli usuali modelli e criteri di comportamento accettati dalla collettività o da determinate categorie professionali, in violazione, dunque, della *honest-error-of-judgment rule* >>. BRIZZI F. (2015). *Op. cit.*: 369 ss.

caratterizzato per l'ampio spettro di situazioni e per una discrezionalità singolarmente ampia >>. Ciò in quanto valutare l'adeguatezza significa << esercitare un potere che comporta un'ampia discrezionalità >>[230].

Parte della dottrina, al fine di circoscrivere l'ambito di operatività della *business judgment rule*, ha posto l'accento sulla distinzione tra la violazione di obblighi a contenuto specifico e quella di doveri a contenuto generico: la regola si applicherebbe solo a comportamenti e scelte che non sono autoritativamente imposti da norme recanti un precetto determinato[231]. Ne deriva che, poiché la predisposizione di assetti adeguati ormai integra un obbligo specifico – contemplato da un'apposita disposizione e non più ricavato in via interpretativa dal generico dovere di amministrazione diligente della società – le scelte in materia di assetti sfuggono all'applicabilità della *business judgment rule*, mancando la possibilità di una scelta discrezionale, quindi imprenditoriale, degli amministratori.

Tuttavia, a parte il fatto che l'inapplicabilità della *business judgment rule* alle condotte prescritte con carattere puntuale dalla legge sembra in giurisprudenza meno certa di come è affermata in dottrina[232], << resta, poi,

---

[230] Le citazioni sono tratte da BUONOCORE V. (2006). *Op. cit.*: 34 e 38.

[231] È chiaro che la questione dell'applicabilità della *business judgment rule* non si pone, in linea di principio, all'inosservanza di doveri per i quali non sussiste alcuna alternativa alla norma di condotta predeterminata dal legislatore, il quale ha escluso *ab origine* qualsiasi spazio valutativo. In tal caso, stante la mancanza di un potere discrezionale, l'addebito di responsabilità conseguirà al solo fatto di aver l'amministratore seguito un comportamento difforme dal protocollo comportamentale imposto dalla legge, salvo la prova – identificata con l'impiego della diligenza media che poteva essere pretesa in quel caso concreto – della mancanza di colpa nell'ipotesi prevista all'art. 1218 c.c.

Il problema, invece, si presenta rispetto alla violazione di doveri ricostruibili in base a clausole generali e per i quali risulta coessenziale uno spazio valutativo: il relativo inadempimento viene così a coincidere con la mancata osservanza non di una *rule*, bensì di uno *standard* (quale è quello della diligenza nella gestione dell'impresa societaria genericamente intesa).

[232] In giurisprudenza, infatti, è stata richiamata tale regola anche in relazione a obblighi certamente specifici e determinati, come quello di redazione del bilancio o di convocazione dell'assemblea *ex* art. 2447 c.c. La Corte di Cassazione, in una pronuncia del 23 giugno 2009, n. 17033, in tema di responsabilità degli amministratori per perdite conseguenti allo scioglimento della società *ex* art. 2447 c.c., si è richiamata – per giudicare le appostazioni di bilancio compiute dagli amministratori (rilevanti ai fini della scelta se convocare o meno l'assemblea) – alla discrezionalità degli amministratori da sindacare secondo principi di ragionevolezza (propri, appunto, della valutazione del giudizio imprenditoriale).

anche da comprendere sino a che punto l'obbligo di predisporre e valutare gli assetti sia veramente da intendersi come "specifico e dettagliato" >>[233].

Non sembra, infatti, corretto qualificare l'art. 2381, comma 5, c.c. (e l'art. 2086, comma 2, c.c. che riprende quasi letteralmente il precetto del primo) come recante una prescrizione già determinata specificamente dalla legge. Al contrario, << la previsione dell'adeguatezza degli assetti consente di annoverare l'obbligo di predisporli fra quelli definiti attraverso il ricorso a clausole generali, ossia a renderlo – sebbene oggetto di una previsione *ad hoc* – più simile a uno *standard* che a una *rule* >>[234].

Più convincente sembra invece un'altra tesi, la quale – premettendo che << ritenere che tutte le decisioni organizzative, in quanto doverosamente soggette al canone dell'adeguatezza, siano sottratte alla discrezionalità amministrativa significa negare l'autonomia decisionale degli amministratori ed aprire pericolosamente la strada ad una valutazione giudiziale di merito su gran parte delle scelte gestionali che l'organo amministrativo si trova ad assumere >>[235] – privilegia la distinzione tra assetti organizzativi funzionali all'adempimento di un dovere specifico imposto dalla legge e misure organizzative per le quali non esiste un analogo vincolo di risultato.

In relazione alle prime[236], la discrezionalità gestoria si assottiglia a fronte della << necessità di conseguire un risultato economico conforme a quanto previsto dalla legge >>[237] e l'adeguatezza può misurarsi – sempre

---

[233] VICARI A. (2013). *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa.* Giurisprudenza Commerciale, fasc. 1:140.

[234] BENEDETTI L. (2019). *Op. cit.*: 425.

Tramite le *rules* è possibile determinare *ex ante* il comportamento richiesto, mentre attraverso gli *standards* resta aperta la scelta in merito al comportamento da tenere, rimettendosi pertanto a una valutazione *ex post* il giudizio sulla sua conformità o meno.

[235] CALANDRA BUONAURA V. (2020). *Op. cit.*: 12.

[236] Tra le quali rientrano le misure organizzative richieste per la rilevazione tempestiva dello stato di crisi; quelle necessarie al fine di garantire la tutela della salute e dell'incolumità dei lavoratori o per fornire una rappresentazione veritiera e corretta della situazione patrimoniale e finanziaria e del risultato economico dell'impresa.

[237] CALANDRA BUONAURA V. (2019). *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da R. Costi, Giappichelli, Torino, p. 302.

considerando la natura e le dimensioni dell'impresa – sull'idoneità all'adempimento del dovere cui sono funzionali. Quanto alle seconde, invece, la scelta organizzativa potrà essere sottoposta a sindacato giudiziale con il rispetto dei medesimi limiti con cui si valuta il dovere di corretta amministrazione, vale a dire verificando se la determinazione gestoria sia stata preceduta da un *decision making process* diligente e razionale, senza possibilità – oltre che di sostituirsi agli amministratori nell'individuazione del modello organizzativo più idoneo – di desumere l'inadeguatezza dalla mera constatazione dell'inidoneità ad impedire un evento dannoso.

La tesi in esame risulta particolarmente interessante rispetto al nuovo comma 2 dell'art. 2086 c.c., il quale introduce come elemento di novità la connotazione funzionale degli assetti, da predisporre << anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale >>. Ciò potrebbe – secondo l'interpretazione che si sta considerando – ampliare il controllo del giudice su tali scelte, per quanto attiene la capacità *rectius* idoneità degli assetti al conseguimento del risultato richiesto dalla legge. Ma giova ricordare (e in questo risiede la particolare apprezzabilità di questa tesi) che gli assetti non hanno solo la funzione di individuare precocemente la crisi (come è facilmente desumibile dalla congiunzione << anche >>) ma una pluralità di altre funzioni non predeterminate dalla legge, rispetto alle quali resta esperibile il più ristretto sindacato giudiziale ammesso per le misure organizzative non vincolate ad uno specifico risultato.

Altra dottrina perviene – al pari di quella che si è esaminata all'inizio – alla indiscriminata limitazione, in materia di assetti, della portata applicativa della *business judgment rule*, ma lo fa valorizzando la diversità ontologica fra gli atti di gestione (che riguardano tutta l'attività inerente all'esercizio dell'impresa sociale), considerati insindacabili, e gli atti organizzativi (che attengono a tutti quei profili strutturali che non possono essere fatti rientrare

nell'ambito della gestione dell'impresa perché, pur avendo riflessi su di essa, interessano la sfera societaria come tale), suscettibili di un più incisivo vaglio giudiziale.

Si è detto, così, che << il problema circa l'applicazione della *business judgment rule* in ordine all'osservanza dell'obbligo di predisporre gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili neppure si pone […] non si tratta di scelte imprenditoriali che presuppongono l'assunzione di un rischio, ciò che giustifica l'insindacabilità nel merito […], ma, invece, di attività in senso lato organizzative […]. Non di discrezionalità imprenditoriale […] si tratta, sibbene di discrezionalità tecnica e, dunque, sindacabile […] >>[238].

In verità, la distinzione tra atti gestori e atti organizzativi – pur essendo un "luogo classico" della dottrina commercialistica italiana – non riveste un

[238] BRIZZI F. (2015). *Op. cit.*: 380 ss.

Di << discrezionalità tecnica >> parla anche MONTALENTI P. (2019). *Op. cit.*: 18 ss., il quale – ritenendo che le decisioni sugli assetti non rientrino nell'ambito di applicazione della *business judgment rule* – osserva che la scelta relativa agli assetti non è << una scelta "pura" di mercato ascritta all'area dell'imponderabile rischio di impresa >>, aggiungendo che << il margine di discrezionalità tecnica è ampio […] e che la giurisprudenza non dovrà valutare l'adeguatezza degli assetti in base a schemi o modelli rigidi, non coerenti con la "variabilità modale" dell'impresa, in termini di dimensioni, di tipologia di mercato, di strutture operative e così via >>. L'Autore sottolinea, inoltre, che relegare gli assetti organizzativi nel *safe harbor* della *business judgment rule* << significherebbe, sostanzialmente, vanificare uno degli obiettivi centrali della riforma >>, stante la fisiologica resistenza a riconoscere l'emersione della crisi tanto nei sintomi quanto nello stato di conclamata irreversibilità patologica.

Sempre MONTALENTI P. (2018). *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti.* Giurisprudenza Commerciale, fasc. 1: 62 ss., afferma che << le scelte di merito, salvo il caso della manifesta irrazionalità, sono insindacabili in applicazione della *business judgment rule*, mentre, diversamente, […] le scelte organizzative – fermo restando che la responsabilità è pur sempre per colpa, non oggettiva – in materia di controlli e di assetti organizzativi sono scrutinabili alla luce di parametri di correttezza, sicuramente di complessa individuazione, da ricercarsi sulla base di valutazioni tecniche e di *best practice* condivise, ma non assimilabili al giudizio sulle decisioni di merito >>. La singolarità della riflessione dell'Autore risiede nel fatto che, pur escludendo l'operatività della *business judgment rule* in materia di scelte organizzative, sostiene che gli assetti << costituiscono un apparato tecnico che non può essere coartato in schemi precostituiti aprioristicamente definibili come adeguati >>. Ciò in quanto l'adeguatezza deve essere valutata << in relazione a parametri tecnici che sono fortemente variabili in relazione alla tipologia, alle dimensioni, alle caratteristiche dell'impresa e, soprattutto, suscettibili di margini ampi di discrezionalità >>. Infine, Montalenti ammonisce che << la valutazione di adeguatezza, se effettuata *ex post* in termini di responsabilità degli organi, deve essere effettuata con la ragionevolezza del giudizio *ex ante*, tenuto conto dei margini di imprevedibilità dei fenomeni economico-finanziari >>. Bisogna evitare che << lo spettro della responsabilità oggettiva >> riprenda ad aggirarsi, evitando cioè di dedurre dal verificarsi del danno o, nel caso di crisi, dall'insuccesso della procedura recuperatoria l'inadeguatezza degli assetti organizzativi, e di imputare *sic et simpliciter* agli amministratori il pregiudizio arrecato.

ruolo determinante per escludere l'applicazione della *business judgment rule* alle decisioni pertinenti all'articolazione organizzativa della società. Più dettagliatamente, la tesi in esame presuppone (erroneamente) una eccessiva semplificazione del sistema delle competenze sociali, trascurando che i due livelli dell'impresa e della società (cui attengono, rispettivamente, la gestione e l'organizzazione) sono sì distinti, ma reciprocamente permeabili.

Anzi, da più parti è stato invece sostenuto – anche se relativamente ai modelli organizzativi *ex* D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, spesso accostati agli assetti organizzativi previsti dall'art. 2381 c.c. – che le scelte organizzative presentano caratteri non distinti da quelli appartenenti a qualsiasi scelta gestoria: entrambe sono guidate da un attento confronto tra costi e benefici[239], sicché anche le decisioni sugli assetti – al pari di quelle *stricto sensu* gestorie – sono condizionate da valutazioni di opportunità e convenienza economica e da vincoli di natura economico-finanziaria.

Andando oltre le prospettive descritte e indagando la questione in un contesto più ampio, risulta più pragmatico verificare – posto che l'ambito di applicazione della *business judgment rule* comprende esclusivamente le c.d. scelte imprenditoriali – se le decisioni degli amministratori volte ad attuare il dovere di dotare la società di assetti organizzativi adeguati possano essere annoverate tra quelle imprenditoriali.

È sicuramente di aiuto per sciogliere il nostro dubbio il diritto comparato, il quale funge da << strumento per l'interpretazione e la ricostruzione del diritto interno, specialmente in relazione agli istituti trapiantati da altri sistemi >>[240].

[239] Confronto che, calato nella disciplina del D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, si configura tra costi delle misure indirizzate alla prevenzione dell'illecito e benefici in termini di minimizzazione del pericolo di consumazione del reato.

[240] PORTALE G.B. (2015). *Il diritto societario tra diritto comparato e diritto straniero*, in AA.VV., *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, a cura di V. Di Cataldo – V. Meli – R. Pennisi, Giuffrè, Milano, p. 546.

Nella letteratura tedesca, oltre ad altre ricostruzioni (dei caratteri distintivi delle scelte imprenditoriali) ritenute non unanimemente soddisfacenti[241], riscuote invece un generale consenso << la connotazione in negativo della nozione di scelta imprenditoriale: essa non può sussistere quando gli amministratori debbano adottare una decisione giuridicamente imposta (*rechtlich gebundene Entscheidung*), puntualmente determinata, ossia quando si prospetta un'unica possibile scelta legittima; al contrario, essa è configurabile solo se agli amministratori sia riconosciuta la facoltà di scegliere discrezionalmente due opzioni di fatto possibili e non illecite >>[242].

Questa prospettiva risulta congeniale al fine di ricondurre alle scelte c.d. imprenditoriali anche le decisioni attuative dei doveri (*ex*. art. 2086, comma 2, c.c., ed *ex* art. 2381, commi 3 e 5, c.c.) di predisporre assetti organizzativi, amministrativi e contabili e di valutarne e curarne l'adeguatezza. Da un lato, infatti, l'enunciazione in delle norme *ad hoc* non fa venir meno il carattere generico – e non specifico – dei doveri, né sopprime quel margine di discrezionalità (di chi adotta la decisione) necessario e sufficiente a configurare una scelta imprenditoriale; dall'altro lato, il legislatore ha individuato come criterio di condotta – a cui gli amministratori devono attenersi nella configurazione e verifica degli assetti societari – la clausola generale dell'adeguatezza, cosicché << il come in concreto strutturare gli assetti […] al fine di soddisfare il criterio di adeguatezza […] rimane una scelta afferente, in ultima istanza, al merito gestorio >>[243]. Scelta che è, in quanto tale, insindacabile nei limiti in cui essa sia stata effettuata

[241] Alcuni autori hanno ritenuto di individuare i connotati peculiari delle scelte imprenditoriali *a*) nel contenere valutazioni prognostiche su sviluppi futuri e incerti; *b*) nell'incertezza, ossia nell'impossibilità di prevedere con sufficiente probabilità i risultati delle decisioni assunte; *c*) nel rischio, derivante, appunto, dalla poca attendibilità delle previsioni.

Una simile ricostruzione non è stata accolta favorevolmente da altra parte della dottrina tedesca che ha mosso le relative critiche dalla constatazione che il carattere prognostico e l'incertezza delle decisioni non sono elementi suscettibili di costituire il discrimine tra le scelte imprenditoriali e quelle che tali non sono: ciò in quanto ogni determinazione degli amministratori sarebbe caratterizzata inevitabilmente da entrambi.

[242] BENEDETTI L. (2019). *Op. cit.*: 431.

[243] MERUZZI G. (2016). *L'adeguatezza degli assetti*, in AA.VV., *Gli assetti e i modelli organizzativi delle società di capitali*, diretto da M. Irrera, Zanichelli, Bologna, p. 41 ss.

razionalmente, non sia *ab origine* connotata da imprudenza e sia stata accompagnata dalle verifiche imposte dalla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico.

Qualsiasi "clausola generale" necessita – in virtù della sua naturale indeterminatezza – di un'attribuzione di significato che impone il ricorso a parametri esterni alla norma stessa e a giudizi di valore. Per quanto la clausola generale di << adeguatezza >> possa suggerire un rinvio ai principi di *best practice* elaborati dalle scienze aziendalistiche, a quelli elaborati dalle associazioni di categoria[244] ovvero incorporati in codici di autodisciplina, questi rilevano comunque in un ambito connotato dalla discrezionalità imprenditoriale e valgono non già a imporre paradigmi assoluti o scelte necessitate, ma solo come indicazioni di massima e parametri di riferimento per valutare la diligenza di scelte che rimangono discrezionali.

In ultima analisi, l'assoggettamento delle decisioni organizzative degli amministratori al *safe harbor* della *business judgment rule* trova ulteriore sostegno se si indaga il sistema delle competenze dell'organo assembleare e di quello gestorio nelle società azionarie.

---

[244] La dimostrazione che i principi di categoria non siano idonei ad elidere il margine di indeterminatezza delle scelte organizzative si ricava dal formulazione del principio 3.4. delle *Norme di comportamento del collegio sindacale elaborate dal CNDCEC* (2012), tratto da *commercialisti.it*, relativa all'adeguatezza degli assetti, che così dispone : << Un assetto organizzativo è adeguato se presenta una struttura compatibile alle dimensioni della società, nonché alla natura e alle modalità di perseguimento dell'oggetto sociale >>. La formulazione, per la sua genericità, lascia un ampio spazio all'autonomia decisionale di chi è tenuto a predisporre gli assetti.

A proposito delle norme riguardanti il collegio sindacale, in dottrina è stato affermato che la vigilanza sull'adeguatezza, da parte dei sindaci, esprime la volontà del legislatore di sottrarre al libero arbitrio dell'imprenditore le tecniche organizzative dell'attività, cosicché la cura e la valutazione degli assetti non possano considerarsi decisioni di impresa con conseguente esclusione dell'applicabilità della *business judgment rule*. << Tuttavia, il fatto che l'art. 2403, comma 1, c.c.. assegni al collegio sindacale la vigilanza sull'adeguatezza degli assetti non pare sufficiente a contraddire la tesi qui sostenuta. Intanto, perché ampia parte della dottrina sostiene che ai sindaci non spetti un controllo sul merito delle decisioni gestorie, bensì un controllo circoscritto alla correttezza del relativo procedimento decisionale […]. Ma allora siffatto controllo risulta pienamente conforme all'applicazione della *business judgment rule*. Comunque, anche volendo opinare che ai sindaci spetti un controllo più ampio, esteso al merito delle scelte degli amministratori […], si deve rilevare che questa conclusione viene desunta dal fatto che il controllo esercitato dai primi è funzionale alla eventuale revoca degli amministratori e, più in generale, alle misure reattive interne alle società contro la *mala gesti*o di questi ultimi e alla natura preventiva che sempre più diffusamente si riconosce alla funzione di vigilanza del collegio sindacale […] >>. BENEDETTI L. (2019). *Op. cit.*: 440 (nota 75).

Pur avendo la riforma societaria del 2003 – limitatamente alle s.p.a. – positivizzato nell'art. 2380-*bis*, comma 1, c.c. la regola dell'attribuzione esclusiva delle competenze gestorie agli amministratori, contestualmente arginando sensibilmente (mediante modifiche al testo dell'art. 2364 c.c.) la possibilità per i soci di autorizzare il compimento di atti degli amministratori, << la legge >>, così come il singolo statuto societario, << continua comunque a prevedere prerogative assembleari suscettibili di incidere sulla gestione dell'impresa sociale >>[245].

È chiaro che la previsione di un intervento deliberativo assembleare circoscrive – seppure con diversificate intensità – la discrezionalità degli amministratori, presupposto necessario e sufficiente per l'applicabilità della *business judgment rule* alle loro decisioni. Tale discrezionalità, a fronte di delibere assembleari in materia gestoria aventi una portata precettiva, può esplicarsi soltanto nella fase dell'esecuzione[246], mentre – in caso di una delibera gestoria che neghi l'autorizzazione (legale o statutaria) – risulta (la discrezionalità) sostanzialmente annullata. Essa invece è libera di esplicarsi pienamente nell'ipotesi in cui l'assemblea abbia rilasciato l'autorizzazione[247].

L'organo amministrativo ha, inoltre, discrezionalità piena, oltre che nell'ultimo caso appena menzionato, naturalmente anche quando deve assumere decisioni in materie nelle quali non è prevista la possibilità di un'ingerenza assembleare in qualsiasi forma essa possa manifestarsi.

---

[245] BENEDETTI L. (2019). *Op. cit.*: 443.

L'Autore adduce a dimostrazione di questa "tendenza" le competenze (legali) di cui agli artt. 2343-*bis*, 2357, 2359-*bis*, 2361, 2390, 2446, 2433, 2441 e 2445 c.c

La prova, invece, della possibilità, anche per lo statuto, di restaurare il concorso degli azionisti nel processo deliberativo di scelte aventi rilevanza gestoria si rinviene nell'art. 2364, comma 1, n. 5, c.c., ai sensi del quale lo statuto può subordinare a un'autorizzazione assembleare il compimento di atti degli amministratori.

[246] Di fronte ad una deliberazione assembleare dal contenuto precettivo, infatti, l'organo amministrativo può sottrarsi al compimento dell'operazione soltanto in presenza di un comprovato pericolo di danno per la società e i creditori sociali o di sopravvenute ragioni di opportunità.

[247] Ciò in quanto nel caso in cui la deliberazione assembleare assuma la forma dell'autorizzazione l'organo gestorio gode di una piena discrezionalità in ordine al se, al quando e al come dell'operazione.

E tra tali materie sono da annoverare sicuramente << quelle inerenti agli assetti, ritenute espressione di un momento indefettibile e qualificante dell'azione amministrativa e, quindi, non suscettibili di essere assoggettate, neanche statutariamente al potere autorizzatorio assembleare >>[248].

Del resto – considerato che il dovere di curare l'adeguatezza degli assetti presuppone un monitoraggio continuo e un interessamento costante – se si ammettesse un coinvolgimento dei soci nelle decisioni volte ad un corretto adempimento di quel dovere, l'intervento degli azionisti perderebbe il carattere dell'occasionalità per configurarsi come un concorso costante nell'esercizio della funzione gestoria, andando così contro il dettato normativo dell'art. 2364, comma 1, n. 5., c.c. che intende limitare il potere autorizzativo dei soci ad << atti >> (dunque singoli) << degli amministratori >>.

Convengono con siffatta ricostruzione le novità introdotte dal Codice della crisi relativamente all'estensione anche alle società personali e a responsabilità limitata dell'attribuzione esclusiva della "gestione" (preferibilmente da intendersi riferita, come si è detto, alla dimensione organizzativa e non operativa) agli amministratori. La predisposizione degli assetti e la cura della loro adeguatezza rientrano nella funzione organizzativa che pertiene alla gestione (organizzativa), nel cui ambito gli amministratori godono di ampia discrezionalità.

E se, ancora una volta, la discrezionalità è presupposto per l'applicabilità della *business judgment rule*, nessun dubbio residua riguardo all'assorbimento delle scelte in materia di assetti da parte del *safe harbor* del precetto in questione.

[248] BENEDETTI L. (2019). *Op. cit.*: 446.

CAPITOLO III

IL RUOLO DELL'OCRI NEL PROCEDIMENTO DI COMPOSIZIONE ASSISTITA DELLA CRISI.

SOMMARIO: 1. L'OCRI: natura e competenza territoriale. – *1.1. Il referente e il suo ufficio.* – *1.2. Il collegio degli esperti.* – 2. Il procedimento di composizione assistita della crisi. Natura e funzioni dell'istanza del debitore. – *2.1. Esito concorsuale volontario o chiusura con un accordo.* – *2.2. Conclusione negativa del procedimento: esito concorsuale non volontario o segnalazione al Pubblico Ministero.* – 3. Le misure protettive nella composizione assistita della crisi: istanza, funzioni e contenuto. – *3.1. Segue: profili procedurali.* – 4. Rilievi finali. Misure premiali.

1. L'OCRI: natura e competenza territoriale.

Il nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza demanda – secondo la definizione di cui all'art. 2, comma 1, lett. *u*) – all'Organismo di Composizione della Crisi d'Impresa (OCRI) i poteri di gestione della fase dell'allerta e, per le imprese diverse dalle imprese minori, la cura della fase di composizione assistita della crisi[249].

Gli OCRI, costituiti presso ciascuna camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, rivestono un ruolo primario nell'ambito delle procedure di allerta e composizione assistita delle crisi. Il successo stesso della riforma – di cui gran parte occupa il sistema dell'allerta – dipende, oltre che naturalmente da una faticosa ma imprescindibile affermazione di una *rescue culture* dell'impresa in crisi, o meglio – ancora più a monte – di una cultura di prevenzione dell'emersione della stessa, dall'efficace funzionamento degli OCRI.

Purtroppo l'istituto desta, attualmente, tra gli imprenditori una "preoccupante" diffidenza che è generata da letture superficiali e, di conseguenza, fuorvianti del testo del Codice, le quali potrebbero causare seri rischi di insuccesso dell'Organismo.

---

[249] I compiti dell'OCRI sono delineati in termini generali, oltre che dal menzionato art. 2, anche dall'art. 16 del CCII, il cui comma 1 attribuisce al costituendo organismo l'onere di << gestire il procedimento di allerta e assistere l'imprenditore, su sua istanza, nel procedimento di composizione assistita di cui al capo III >>. È appena il caso di rilevare che l'art. 2 *supra* richiamato parla di << gestione della fase di allerta >> e di << fase della composizione assistita >>, mentre l'art. 16 utilizza una diversa nomenclatura parlando – rispettivamente – di << procedimento di allerta >> e di << procedimento di composizione assistita della crisi >>, specificando che quest'ultimo è ancorato ad una preventiva istanza del debitore.

Appare evidente che tali difformità lessicali costituiscono niente più che << marginali differenziazioni formali >> cui non va attribuito eccessivo significato sul piano applicativo, rappresentando semplicemente << il portato di una non puntuale opera di rifinitura complessiva del testo finale del codice, rimanendo prive di rilievo concreto >>. Di ciò si trova conferma non solo nell'impossibilità di cogliere << una reale differenza ermeneutica >> tra la locuzione "fase" o "procedimento", ma anche nel dato per cui una più meticolosa identificazione degli specifici compiti dell'OCRI e delle attività a cui è chiamato per adempiere i suddetti compiti è contenuta nelle norme di dettaglio degli artt. 18 e 19 del CCII, dedicati alle fasi (o procedimenti) di allerta e composizione assistita. (Le citazioni sono tratte da D'ATTORE G. (2019). *Op. cit*.: 1430)

In altri termini, << il timore delle segnalazioni all'OCRI ne sta facendo travisare il ruolo […]. Dalla segnalazione deriva, infatti, l'erronea convinzione che l'OCRI sia una minaccia per l'impresa e non permette di percepire che, invece, è innanzitutto un'opportunità da cogliere. La minaccia è ben altra, ovverosia il rilevante s*tock* di scaduti di pagamento di fornitori, erario e dipendenti: una minaccia che l'OCRI ben potrà, nei casi in cui sia concretamente praticabile, disinnescare >>[250].

Sul versante opposto, gli incentivi quali le misure premiali assicurate agli imprenditori che spontaneamente si rivolgono agli OCRI potrebbero drammaticamente condurre all'emersione di scenari di crisi inesistenti, basati su indici rivelatori di profili di mero rischio di discontinuità e non anche di uno stato di pericolo effettivo. Di fronte a tali "falsi positivi" occorrerà che l'OCRI proceda con l'archiviazione del caso, evitando così che << lo strumento dell'allerta […] diventi un mezzo per la creazione del dissesto aziendale, facendo perdere credibilità all'istituto già nelle prime fasi di applicazione >>[251].

Il rischio in tal caso è non soltanto che l'allerta manchi l'ambizioso obiettivo attribuitole, ma anche che – mediante una temibile eterogenesi dei fini nell'attività degli OCRI – costituisca un fattore di generazione della crisi, spingendo impetuosamente le imprese verso una altrimenti evitabile insolvenza.

La centralità e la delicatezza del ruolo degli OCRI esigono un approfondimento dello studio delle regole di struttura e funzionamento, al fine di individuare – mediante una non fallace interpretazione delle nuove norme di diritto positivo – le linee guida di un *modus operandi* che possa dirsi virtuoso. Le previsioni normative su nomina, composizione e articolazione interna degli

[250] RANALLI R. (2020). *L'OCRI: un'opportunità e non una minaccia*, tratto da *ilsocietario.it*

[251] CESARE F. (2019). *I rischi di eterogenesi dei fini nell'attività degli OCRI*, tratto da *ilfallimentarista.it*

OCRI sono sostanzialmente identiche sia per i procedimenti di allerta – che sono già stati oggetto di interesse in apertura di questo scritto – sia per quelli di composizione assistita della crisi, di cui più avanti si dirà, così che le osservazioni che seguiranno varranno per ambedue[252].

Il legislatore delegato ha scelto di concentrare gli OCRI all'interno del sistema camerale, prescrivendone la costituzione presso ciascuna camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura (CCIAA). Si tratta di una inversione di tendenza rispetto al precedente in tema di crisi di impresa, rappresentato dagli organismi di composizione delle crisi da sovraindebitamento (OCC)[253], per i quali è appunto ammessa l'iscrizione nel relativo registro anche degli organismi costituiti presso enti differenti dalle camere di commercio.

La *ratio* dell'opzione favorita nel Codice è verosimilmente da ricercare nella diffusa concezione delle camere di commercio quali enti rappresentativi di una comunità differenziata costituita dalle imprese operanti sul territorio, vale a dire enti con funzione esponenziale degli interessi delle imprese, ai quali è anche attribuito – in via sussidiaria – il compito di erogare servizi a tutela della collettività generalmente intesa.

Siffatta configurazione delle camere di commercio, << poste sul crinale tra privato e pubblico, tra servizi nell'interesse della collettività delle imprese e compiti nell'interesse della collettività generale, le rende sede naturale e privilegiata per lo svolgimento del procedimento di allerta e di composizione

[252] Diversamente, per quanto riguarda le regole di funzionamento, l'esame sarà limitato, ivi, al solo procedimento di composizione assistita della crisi, nel cui ambito i compiti e i doveri dell'OCRI si declinano in modo differente rispetto al procedimento di allerta, per l'approfondimento del quale si rinvia al capitolo iniziale.

[253] Ai sensi dell'art. 12, comma 7, CCII, gli OCC risultano ancora competenti – limitatamente alle imprese agricole e alle imprese minori – per la gestione della fase successiva alla segnalazione dei soggetti di cui agli art. 14 e 15 ovvero alla istanza del debitore di composizione assistita della crisi. Con riferimento al suddetto (limitato) ambito soggettivo di applicazione, gli OCRI – organismi fissi ed unici – vengono dunque sostituiti dagli OCC che, differentemente dai primi, sono plurimi e anche verosimilmente assenti in un dato territorio.

assistita, nel quale convivono gli interessi del debitore in crisi, della platea dei creditori e del sistema economico in senso ampio >>[254].

Il secondo comma dell'art. 16 del Codice, nel disporre che le segnalazioni dei soggetti qualificati e l'istanza del debitore di avvio del procedimento di composizione assistita della crisi vanno presentate all'OCRI costituito presso la camera di commercio nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa, radica la competenza territoriale del costituendo organismo di composizione secondo siffatto criterio.

Il legislatore delegato, dunque, ha preferito optare per l'individuazione dell'OCRI competente in base alla sede legale dell'impresa piuttosto che al centro principale degli interessi del debitore (COMI) – come avviene per i procedimenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza (art. 27 CCII) – nonostante che la legge delega, fra i principi generali di cui all'art. 2, imponesse di << recepire, ai fini della disciplina della competenza territoriale, la nozione di "centro degli interessi principali del debitore" definita dall'ordinamento dell'Unione Europea >>.

La giustificazione di questa precisa scelta legislativa viene indicata dalla Relazione illustrativa di accompagnamento nella volontà di << escludere, in una fase in cui deve essere perseguita la tempestività dell'intervento, ogni dilazione dovuta all'eventuale incertezza sulla competenza >>, così da rendere << più agevole per l'imprenditore >> l'accesso a questa fase, pur nella consapevolezza della distonia della << eventuale diversa localizzazione del centro principale degli interessi del debitore >>, potendo infatti mancare qualsivoglia collegamento tra quest'ultimo e la sede legale dell'impresa.

[254] D'ATTORE G. (2019). *Op. cit.*: 1430.

La disciplina della competenza territoriale degli OCRI è suscettibile di essere investita da alcuni profili problematici, che meritano di essere più da vicino osservati e, auspicabilmente, laddove possibile, risolti.

In primis, considerato che l'art. 28 CCII detta, per i procedimenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza, la regola della irrilevanza, ai fini della competenza, del trasferimento del centro degli interessi principali intervenuto nell'anno antecedente al deposito della domanda, ci si è chiesti se questa previsione risulti applicabile anche per gli OCRI. Il dubbio che si è posto é, in realtà, di agevole scioglimento se si considera che la non applicabilità della regola in questione ai fini della competenza territoriale dell'OCRI è suggerita sia dall'assenza di un espresso richiamo, sia dall'atteggiamento del legislatore che – nel privilegiare la sede legale a discapito di quella effettiva – non mostra particolare sensibilità per l'esigenza di scongiurare eventuali fenomeni di *forum shopping* in tali procedimenti.

In secundis, l'incardinamento dell'allerta presso l'OCRI insediato nella CCIAA nel cui ambito territoriale è la sede legale dell'impresa pone sia, in via preliminare, la questione dell'ammissibilità o meno dell'accesso alle misure di allerta e di composizione assistita per le persone fisiche, persone giuridiche o enti esercenti attività d'impresa che non siano iscritti nel registro delle imprese (es: società irregolari), sia, in secondaria analisi – nel caso in cui si propendesse per l'ammissibilità – l'esigenza di determinare un criterio di individuazione dell'OCRI competente per tali soggetti[255], nell'impossibilità di applicare il criterio della sede legale, che evidentemente manca in ragione della mancata iscrizione nel registro delle imprese.

Autorevole dottrina, favorevole ad una soluzione restrittiva in ordine al problema della praticabilità del procedimento davanti all'OCRI per le

[255] Stesse questioni si pongono per il caso di società con sede legale all'estero, ma con centro degli interessi principali in Italia, che vogliano ricorrere alle procedure di allerta o composizione assistita in Italia.

"imprese irregolari", afferma che il criterio della sede legale << pone un'esigenza preventiva di regolarizzazione per le imprese ivi non registrate: nell'ipotesi di istanza del debitore se ne potrebbe scorgere, in difetto, un requisito di irricevibilità >>[256]. Questa tesi prende le mosse dall'applicazione analogica della norma dell'art. 33, comma 4, CCII, che nega l'accesso al concordato preventivo ed agli accordi di ristrutturazione dei debiti per l'imprenditore cancellato dal registro delle imprese e che sarebbe espressione di un principio di << trasparenza titolata >> anche nella fruizione del servizio di allerta o composizione assistita. << Apparirebbe contraddittorio >>, infatti, << accettare l'innesco dell'attività dell'OCRI chiusa allo sbocco concorsual-giudiziale >>[257].

Obiettano alla soluzione esposta, seppur corredata da una convincente motivazione, altri commentatori che individuano la debolezza di quella tesi nell'accostamento di situazioni non omogenee (imprenditore mai iscritto e imprenditore cancellato dal registro delle imprese) e nello svilimento del valore delle misure di allerta, derivante da una non adeguata consapevolezza di esse << quale strumento a beneficio non solo del debitore, ma anche dei creditori e dei terzi coinvolti nella crisi d'impresa >>[258]. Nell'intento di ricercare, poi, un criterio di individuazione dell'OCRI competente per i debitori non iscritti, la dottrina in esame – propensa chiaramente ad una soluzione inclusiva – applica analogicamente le regole dettate dall'art. 27 CCII per i procedimenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza[259].

In tertiis, è appena il caso di rilevare che il D. Lgs. 25 novembre 2016, n. 19, ha riordinato le circoscrizioni territoriali delle Camere di Commercio

[256] FERRO M. (2019). *Allerta e composizione assistita della crisi nel D. Lgs n. 14/2019: le istituzioni della concorsualità preventiva.* Il Fallimento, fasc. 4: 426.

[257] Le citazioni sono tratte da FERRO M. (2019). *Op. cit*.: 426.

[258] D'ATTORE G. (2019). *Op. cit.*: 1431.

[259] Si dovrà, allora, fare riferimento al centro degli interessi principali, che, in mancanza di sede legale risultante dal registro delle imprese, si considera coincidente con la sede effettiva dell'attività abituale o, se sconosciuta, con l'ultima dimora nota o, in mancanza, con il luogo di nascita del legale rappresentante.

rideterminandole nel limite massimo di sessanta, ossia in un numero inferiore rispetto a quello dei tribunali competenti alla gestione dei procedimenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza, che sono attualmente centoquaranta.

Ciò significa che << la procedura più confidenziale e riservata >> – vale a dire, chiaramente, quella instauratasi presso l'OCRI – << andrebbe a svolgersi presso autorità amministrative di minore prossimità rispetto a quelle giurisdizionali, in numero inferiore rispetto ai tribunali e per di più con accesso secondo un criterio (la sede legale) differente da quello giudiziario (il COMI) >>[260]. Proprio la non coincidenza dei criteri di competenza, peraltro, apre la strada alla sfavorevole possibilità che la procedura di regolazione della crisi – anche eventualmente susseguitasi alla procedura di allerta o di composizione assistita – debba svolgersi presso un tribunale territorialmente molto lontano rispetto all'OCRI che era stato competente in quel determinato procedimento.

In ultima analisi, il disallineamento fra camere di commercio e circondari di tribunali potrebbe determinare segnalazioni rivolte a OCRI incompetenti. In tal caso, parte della letteratura[261] prospetta quale soluzione più ragionevole quella di consentire una trasmigrazione officiosa della segnalazione – senza possibilità di impugnazioni – tramite il referente[262], che insieme all'ufficio del referente e al collegio degli esperti costituiscono l'articolazione interna dell'OCRI.

[260] FERRO M. (2019). *Op. cit.*: 421.

[261] Sul punto, SANZO S. – BURRONI D. (2019). *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Zanichelli, Bologna, p. 58 ss.

[262] Diversa dottrina, invece, asserisce che (anche) nel caso in cui il referente accerti l'incompetenza territoriale dell'OCRI deve essere adottato il provvedimento di rigetto o archiviazione o non luogo a provvedere. Ciò in quanto, in mancanza di un'espressa previsione, non sembra residuare alcuno spazio per un provvedimento di trasmissione della segnalazione ovvero dell'istanza all'OCRI territorialmente competente, come previsto nelle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza (art. 29 CCII).

1.1. Il referente e il suo ufficio.

L'OCRI opera attraverso il referente che è l'organo propulsivo della procedura di allerta e composizione assistita e che svolge funzione di vigilanza sul suo *iter,* dotandosi – nello svolgimento di tale attività – di un "ufficio del referente" messo a disposizione dell'OCRI dalla Camera di Commercio.

Fermo restando che il referente si situa ed è incardinato presso ogni singola CCIAA, l'ufficio del referente – ai sensi dell'art. 16, comma 3, CCII – può essere consorziato con quello di altri organismi o, in altri termini, essere costituito in forma associata da parte di diverse camere di commercio. Questa opzione, laddove venisse preferita, sarà il risultato di un apposita convenzione tra le diverse camere, evidentemente nel presupposto che qualcuna non sia in grado di operare in modo autonomo e, contestualmente, nell'ottica di una significativa riduzione dei costi. Il consorzio fra organismi, conformemente ai compiti assegnati dal Codice ad ogni singolo ufficio del referente, può occuparsi solo della gestione organizzativa e dell'unitario coordinamento tra le varie attività amministrative e di supporto.

L'ufficio del referente, infatti, costituisce l'organo di ausilio che ha il compito di curare le attività esecutive e materiali nell'ambito delle procedure instaurate dinanzi all'OCRI, espletando le attività istruttorie e materiali connaturate ad esse. Più in dettaglio, << dovrà provvedere ad effettuare, mediante posta elettronica certificata (art. 16, comma 5, CCII), tutte le comunicazioni cui sono tenuti il referente o il collegio degli esperti ed alla materiale acquisizione dal registro delle imprese, dall'anagrafe tributaria e dalle altre banche dati di tutti i dati e le informazioni cui il referente o il collegio degli esperti facciano richiesta. Rientrerà tra i compiti dell'ufficio del referente anche l'organizzazione degli incontri e delle riunioni eventualmente necessarie nello svolgimento dei procedimenti >>[263].

[263] D'ATTORE G. (2019). *Op. cit.*: 1434.

Il referente è una persona fisica, individuato nel segretario generale della camera di commercio o in suo delegato, il quale – anche se la legge tace sul punto – è pacifico che vada individuato esclusivamente tra i dipendenti delle camere di commercio (dunque, non necessariamente di quella territorialmente competente) o delle aziende speciali ovvero unioni regionali delle stesse. Ciò in ragione del fatto che il referente, diversamente dai membri del collegio degli esperti, è visto come interno al sistema camerale.

Al di là dei compiti non espressamente previsti dal Codice al cui adempimento il referente dovrà ugualmente provvedere, in quanto strumentali all'assolvimento delle funzioni affidategli nonché impliciti nella struttura e nel meccanismo dell'OCRI, si rintraccia una prima chiara indicazione contenutistica del ruolo del referente nell'art. 16, comma 4, il quale dispone che << il referente assicura la tempestività del procedimento, vigilando sul rispetto dei termini da parte di tutti i soggetti coinvolti >>.

Non altrettanto esplicitati sono, però, i poteri che potrebbe esercitare il referente per salvaguardare il rispetto dell'obiettivo di celerità imposto dal Codice e per correggere – sanzionandoli – eventuali comportamenti del collegio degli esperti che non siano particolarmente virtuosi sul fronte della tempestività.

La migliore dottrina si è allora chiesta se, di fronte alla mancata osservanza delle tempistiche ritenute idonee, il referente sia autorizzato a provvedere autonomamente alla sostituzione di uno o più componenti del collegio che siano rimasti inerti o, quantomeno, possa chiedere ai soggetti che li abbiano nominati di procedere anche alla loro sostituzione.

Il quesito è rimasto insoluto perché, da una parte, argomentando dal dato che il Codice già conosce ipotesi in cui il referente provvede autonomamente alla sostituzione di un componente, viene sostenuta l'indiscutibile riconoscibilità dei suddetti poteri in capo ad esso, facendo

contestualmente leva sul loro carattere strumentale alla garanzia di tempestività; dall'altra parte, l'attribuzione dei medesimi poteri viene esclusa da chi sottolinea – in primo luogo – che le ipotesi di cui prima riguardano fattispecie tipiche inerenti unicamente alla corretta formazione dell'organo (non anche agli eventuali inadempimenti o ritardi degli esperti), e – in secondo luogo – che se legislatore delegato avesse voluto estendere il potere di sostituzione del referente anche a quella particolare casistica, lo avrebbe espressamente previsto[264].

Un ruolo cruciale è svolto dal referente nello svolgimento del delicato compito di effettuare le valutazioni preliminari sui presupposti e le condizioni del procedimento di allerta e di composizione assistita.

Anzitutto, il referente – nel verificare la sussistenza del presupposto soggettivo per l'accesso alla procedura di allerta o composizione assistita della crisi innanzi all'OCRI – deve valutare se la segnalazione riguardi un'impresa per la quale l'allerta sia applicabile, vale a dire un'impresa che non rientri nel catalogo di cui all'art. 12, commi 4 e 5, CCII, << perché in questa ipotesi la segnalazione va archiviata, non apparendo compatibile con le regole il fatto che il referente possa direttamente investire il pubblico ministero ai sensi dell'art. 22, posto che in tale disposizione si stabilisce che la segnalazione al pubblico ministero presupponga l'inerzia dell'impresa >>[265].

Parimenti, il referente, ove accerti che la segnalazione dei soggetti qualificati o l'istanza del debitore riguardi un'impresa appartenente al palinsesto delle imprese agricole o delle imprese che – secondo i requisiti indicati dall'art. 2, comma 1, lett. *d*) – vengono definite "minori", convoca

[264] Nonostante i non sopiti dibattiti sull'argomento, sembra un ragionamento difficilmente controvertibile quello per cui << se […] la tempestività deve essere effettivamente assicurata e garantita da parte del referente, non può questo dovere assolversi compiutamente senza il contestuale riconoscimento al referente del potere di provvedere alla sostituzione dell'esperto o degli esperti inadempienti, con nomina del sostituto o dei sostituti >>. Così D'ATTORE G. (2019). *Op. cit*.: 1432.

[265] FABIANI F. (2019). *Op. cit.*, tratto da *ilcaso.it*

direttamente il debitore avanti al competente OCC[266] che, ai sensi dell'art. 12, comma 7, << dovrebbe essere competente non solo ai fini della composizione assistita della crisi, ma anche a svolgere altresì preventivamente le procedure di *alerting* demandate all'OCRI >>[267].

Questo accertamento, compiuto *inaudita altera parte* sulla base dei dati del registro delle imprese o della documentazione allegata alla segnalazione o istanza, richiede da parte del referente una verifica dei tratti sostanziali di impresa minore e potrebbe essere oggetto di contestazione da parte del debitore o dei soggetti qualificati autori della segnalazione, i quali potrebbero ritenere – in dissenso dal referente – che il debitore non sia titolare di un'impresa minore ovvero, al contrario, che la procedura trattenuta presso l'OCRI sia, in realtà, di competenza dell'OCC.

Ci si può chiedere se al referente sia riconosciuto anche il potere di compiere una delibazione sulla sussistenza del presupposto oggettivo, ossia sullo stato di crisi. Da un lato può osservarsi che se la valutazione preliminare sull'esistenza del presupposto (stavolta) soggettivo è finalizzata ad evitare una inutile costituzione del collegio degli esperti, con gli ingenti costi ad essa conseguenti (laddove si manifesta già *prima facie* l'improseguibilità del procedimento per assenza del presupposto), allora, negli stessi termini, << non avrebbe senso procedere alla nomina del collegio degli esperti, che adotterebbe il provvedimento di archiviazione in mancanza dello stato di crisi (art. 18, comma 3, CCII), quando l'assenza della crisi può già essere rilevata dal referente >>[268]. Dall'altro lato, è stato osservato che l'indagine sullo stato

[266] L'OCC competente per territorio viene indicato dallo stesso debitore o, se manca, è individuato sulla base di un criterio di rotazione, ai fini dell'eventuale avvio del procedimento di composizione assistita della crisi. In realtà, nonostante la lettera della legge disponga che è lo stesso referente a convocare direttamente il debitore dinanzi all'OCC, è probabilmente da ritenersi che il referente assegni al debitore un termine per rivolgersi all'OCC, trasmettendo gli atti e avvisando quest'organo, che poi procederà ad organizzare l'effettiva audizione.

[267] BONFANTE G. (2019). *Le misure di allerta.* Giurisprudenza Italiana, fasc.8/9: 1973.

[268] D'ATTORE G. (2019). *Op. cit.*: 1433.

di crisi << attiene al merito della gestione del procedimento >>[269] ed è stata legislativamente riservata al collegio degli esperti, esulando quindi dalle attribuzioni che vengono riconosciute al referente.

In ogni caso, l'attività del referente è adombrata in *itinere* dal dubbio della "giustiziabilità" o meno delle scelte di smistamento o rifiuto affidate a siffatta istituzione amministrativa.

Essendo il procedimento di allerta e composizione assistita situato fuori dal perimetro giurisdizionale, le decisioni del referente non sono suscettibili di sottoposizione al sindacato giudiziale né possono essere soggette ad un controllo interno alla camera di commercio stessa. Tuttavia, poiché lo statuto delle commercio le qualifica come enti di diritto pubblico, ne deriva che le deliberazioni del referente possono essere impugnate davanti al tribunale amministrativo regionale competente al fine di ottenere la rimozione del provvedimento stesso.

In ultima analisi, oltre all'eseguimento di compiti dal carattere maggiormente esecutivo[270], il referente, una volta compiuta con esito positivo la verifica della competenza territoriale dell'OCRI, della sussistenza del presupposto soggettivo di attivazione della procedura nonché della legittimazione del soggetto istante o segnalante[271], procede << senza

---

[269] FABIANI F. (2019). *Op. cit.*, tratto da *ilcaso.it*

[270] In particolare, il referente dovrà curare: *a*) l'inserimento del nominativo del debitore nell'elenco nazionale dei soggetti sottoposti alle misure di allerta di cui all'art. 15, comma 6, CCII, curandone il costante aggiornamento; *b*) la trasmissione dei dati per l'osservatorio permanente sull'efficienza delle misure di allerta e delle procedure di composizione assistita della crisi (art. 353 CCII).

[271] Premesso che, in caso di amministratore unico, la presentazione dell'istanza di composizione assistita della crisi *ex* art. 19 CCII rientri nelle prerogative dello stesso, ci si è chiesti in dottrina se – in caso di consiglio di amministrazione – la medesima istanza possa essere presentata all'OCRI solo dal consiglio di amministrazione e su delega del consiglio, o possa essere esercitato anche dagli amministratori delegati eventualmente disattendendo una deliberazione del consiglio. << La legge non dice affatto che la scelta di rivolgersi all'organismo di composizione sia di competenza del *plenum* del consiglio di amministrazione. Essa fa intendere piuttosto che chiedere l'intervento di tale organismo sia un atto di gestione che il consiglio può delegare. Le deleghe gestionali possono essere conferite di volta in volta oppure far parte delle competenze proprie degli amministratori delegati, secondo le disposizioni dello statuto o secondo il loro atto di nomina >>. Ai fini dell'efficacia esterna dell'istanza è sufficiente che essa provenga da chi è titolare della

indugio >> – ai sensi dell'art. 17, comma 1, CCII – << a dare comunicazione della segnalazione stessa agli organi di controllo della società[272], se esistenti, e alla nomina di un collegio di tre esperti >>. Per tutelare il diritto di difesa delle parti interessate, analogo onere di comunicazione incombe, in ogni caso, sul referente in tutte le ipotesi in cui egli ritenga che non si debba dar luogo alla costituzione del collegio per mancanza dei presupposti di legge.

1.2. Il collegio degli esperti.

L'OCRI è un organo complesso perché accanto al ruolo istituzionale del referente si colloca il collegio degli esperti, che opera sotto la vigilanza del primo ed è composto da tre componenti, i quali – sulla base di designazioni provenienti dai soggetti a ciò espressamente legittimati dal legislatore –

---

rappresentanza dell'ente e sia, quindi, investito del potere di spendere il nome sociale. << Se il consiglio resta inerte […] pare inevitabile ammettere che l'istanza all'organismo di composizione della crisi istituito presso la Camera di commercio debba essere presentata di propria iniziativa almeno […] da chi sia investito del corrispondente potere e della rappresentanza sociale >>. Nelle società di capitali, che rappresentano il tipo societario più diffuso, il potere di rappresentanza degli amministratori è generale e l'eventuale inefficacia o nullità di un atto compiuto *ultra vires* può essere dichiarata solo provando che essi abbiano agito intenzionalmente a danno della società: ipotesi che esula dal caso in esame di presentazione di istanza all'OCRI. Maggiori problemi si pongono << quando il consiglio voti contro la presentazione dell'istanza, perché la maggioranza […] preferisce un'alternativa che uno o più degli amministratori delegati ritengono invece inadeguata. In questo caso, l'organismo di composizione assistita della crisi potrebbe rigettare l'istanza *in limine* perché gli amministratori delegati o investiti della rappresentanza sociale non sarebbero legittimati a presentarla? Sembra assurdo sostenerlo: come abbiamo ricordato, la rappresentanza degli amministratori è generale e per l'organismo di composizione basta che essa sia presentata a nome della società da chi può spendere tale nome >>. Del resto, risulterebbe distonico sostenere che gli amministratori delegati non possono fare quello a cui sarebbero legittimati anche i componenti degli organi di controllo, il revisore, la società di revisione nonché i creditori pubblici qualificati. Né è possibile condividere l'obiezione di quanti ritengono che gli amministratori delegati, nel caso di specie, abusino di un loro potere qualora presentino l'istanza. << Per abusare di un potere occorre usarlo al di fuori della sua funzione (abuso funzionale), oppure creare artificiosamente le condizioni del suo esercizio (abuso fraudolento), oppure esercitarlo senza trarne alcun vantaggio (abuso emulativo) o, infine, esercitarlo con un danno sproporzionato per la controparte (abuso antisolidale) >>. Nel caso in questione, invece, non sussiste abuso funzionale perché gli amministratori presentano un'istanza che verrebbe ugualmente presentata da altri organi, laddove essi restassero inerti; la richiesta di intervento dell'organismo potrà dirsi fraudolenta solo in casi eccezionali da provare – di volta in volta – in concreto senza alcuna presunzione; non può parlarsi di abuso emulativo perché la presentazione dell'istanza ha effetti premiali per chi la avanza; l'intervento di un organismo autorevolmente costituito con le dovute garanzie quale è l'OCRI esclude a priori qualsiasi rischio di abuso antisolidale. (Le citazioni sono tratte da SPOLIDORO M.S. (2018). *Op. cit*.: 177-178.)

[272] L'adempimento della comunicazione << appare una mera conferma dell'ingresso del debitore nella fase matura del procedimento, almeno nel caso in cui la segnalazione, ai sensi dell'art. 14, comma 2, provenga dagli stessi controllori […]. Maggiore utilità ricorre quando l'allerta sia nata da un creditore qualificato *ex* art. 15 ovvero il debitore, *omisso medio*, chieda la composizione assistita >>. Così osserva FERRO M. (2019). *Op. cit*.: 426.

vengono successivamente nominati dal referente[273] tra i soggetti iscritti nell'Albo Nazionale di cui all'art. 356 CCII[274].

Un componente del collegio è designato dal presidente (o da un suo delegato) della sezione specializzata in materia di impresa del tribunale territorialmente competente, avuto riguardo al luogo ove si trova la sede dell'impresa.

Come si evince dalla relazione ministeriale, l'attribuzione della designazione di un esperto al magistrato presidente della sezione imprese è << una scelta che […] intende sottolineare che non si tratta di un'apertura anticipata di una procedura concorsuale >>[275].

Non molto chiaro è il richiamo al criterio della "sede dell'impresa" ai fini dell'individuazione del tribunale territorialmente competente. Da un lato, potrebbe intendersi quella locuzione quale "sede legale dell'impresa",

---

[273] Dubbi sull'opportunità di designare necessariamente tre professionisti anche per crisi di imprese piccole o medie sono stati espressi da JORIO A. (2019). *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*. Il diritto fallimentare e delle società commerciali, fasc. 2: 301.

L'Autore osserva che << più efficace sarebbe stato l'individuare nel presidente del tribunale o direttamente nel presidente della sezione fallimentare, ove esistente, l'autorità alla quale rivolgersi per la nomina di *un* professionista esperto […], il quale, verificatane la fattibilità, coadiuvasse il debitore nella rapida predisposizione di un accordo con il ceto creditorio, lasciando che il debitore continuasse ad essere assistito anche dal proprio professionista di fiducia. […] Con il che sarebbe stata evitata la complessa procedura di costruzione e di attività della terna >>.

[274] Si tratta dell' "Albo dei soggetti incaricati dall'autorità giudiziaria delle funzioni di gestione e di controllo nelle procedure di cui al codice della crisi e dell'insolvenza".

Va rilevato che i membri del collegio degli esperti sono scelti sulla base di differenti presupposti nel regime transitorio e in quello definitivo. << Infatti, l'art. 17 del Codice prevede che il referente nomini gli esperti scegliendoli tra quelli iscritti all'Albo di cui all'art. 356, ma fintanto che esso non diverrà definitivo, l'art. 352 stabilisce che gli esperti nominati dalla Camera di Commercio e dal Tribunale devono essere scelti tra i dottori commercialisti e gli esperti contabili, dall'albo degli avvocati e devono aver svolto incarichi di Commissario giudiziale, attestatore o devono aver assistito imprese in crisi in almeno tre concordati preventivi ammessi o tre accordi di ristrutturazione dei debiti omologati. Ma con l'entrata in funzione dell'Albo nazionale, spariranno i professionisti che hanno assistito l'impresa in crisi nei concordati o negli accordi di ristrutturazione. Il cambio di sensibilità nell'individuazione delle professionalità richieste tra il regime transitorio e quello definitivo appare pericoloso. Mentre l'art. 352 CCII focalizza il profilo del professionista nell'alveo della ristrutturazione (commissari, attestatori, avvocati) l'albo di cui all'art. 356 CCII privilegia i curatori che, al contrario dei primi, sono caratterizzati per attitudini spiccatamente versate in un contesto liquidatorio e non inteso alla conservazione della continuità >>. CESARE F. (2019). *Op. cit.*, tratto da *ilfallimentarista.it*

[275] RANALLI R. (2018). *Il successo della riforma dipende dall'Ocri: un accorato suggerimento al legislatore*, tratto da *ilcaso.it*

conformemente a quanto previsto dall'art. 16, comma 2, CCII per l'individuazione dell'OCRI territorialmente competente; dall'altro, potrebbe ritenersi che essa faccia riferimento al "centro principale degli interessi del debitore" (COMI), in sintonia con la previsione dell'art. 27 CCII relativamente al criterio della competenza territoriale del tribunale nei procedimenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza.

La prima alternativa sembra, però, essere quella preferibile perché, ancorando la competenza ad un dato formale ed oggettivo quale la sede legale risultante dal registro delle imprese, permette di << evitare che il referente debba formulare la richiesta di designazione ad un magistrato non immediatamente individuabile >>[276], coerentemente alla volontà legislativa di velocizzare i tempi di apertura del procedimento di allerta.

Un secondo componente del collegio è designato dal presidente della camera di commercio presso cui opera l'OCRI, o da un suo delegato, che non può, naturalmente, essere lo stesso referente. Quest'ultimo è, però, chiamato ad esprimere la designazione del terzo esperto, scegliendolo – sentito il debitore – tra gli appartenenti all'associazione rappresentativa del settore di riferimento del debitore, tra quelli iscritti nell'elenco trasmesso annualmente all'OCRI dalle associazioni imprenditoriali di categoria.

Il legislatore delegato ha qui dimostrato di cogliere il suggerimento di consentire la partecipazione del debitore alla designazione di un componente. Il confronto con il debitore – oltre a fornire al referente una maggiore consapevolezza della specificità dell'impresa ai fini della designazione – potrebbe anche essere risolutivo nelle ipotesi in cui non sia agevole individuare il settore di riferimento dell'impresa debitrice e, quindi, la relativa associazione rappresentativa. Per di più, << come si dà atto nella relazione ministeriale, la previsione secondo la quale deve essere sentito anche il

[276] FABIANI M. (2019). *Op. cit.*, tratto da *ilcaso.it*

debitore è diretta a fare in modo che l'organismo operi, e sia anche percepito dal debitore, come un ente "amico", che ha il compito di assisterlo e agevolarlo nella gestione della situazione di crisi >>[277].

L'esperto nominato dagli elenchi delle associazioni di categoria, in virtù delle caratteristiche di cui dispone[278] e che lo avvicinano ad un << arbitro di parte >>, è visto da diversi commentatori come un << presidio >> di cui sarà utile giovarsi per evitare che i << falsi positivi accedano ad un istituto di regolazione di una crisi inesistente >>. L'esperto, infatti, essendo connotato da una professionalità meno determinata e, pertanto, più adattabile al caso concreto e maggiormente vicina all'imprenditore in crisi, potrebbe << più facilmente sostenere le ragioni di parte e contrastare le spinte più intransigenti degli altri due componenti del collegio >>[279], assumendosi una responsabilità – nell'archiviare ingiustificate segnalazioni che potrebbero paradossalmente generare esse stesse una crisi piuttosto che porvi rimedio – che, di norma, chi è nominato dal tribunale farà più fatica ad assumersi per il timore di essere smentito nel futuro.

L'art. 17, comma 2, CCII prevede che tutte e tre le designazioni debbano essere effettuate in ossequio ai criteri di trasparenza e rotazione, tenendo conto in ogni caso della specificità dell'incarico. Si osserva però che i criteri menzionati, pur ricorrendo reiteratamente in numerose diposizioni del Codice, non godono di una adeguata specificazione e la loro violazione non sembra, peraltro, poter determinare vizi del procedimento di nomina o conseguenze caducatorie della nomina stessa.

---

[277] RANALLI R. (2018). *Il successo (cit.)*, tratto da *il caso.it*

[278] Più in dettaglio, l'esperto in questione: *a*) è scelto solo dopo aver sentito il debitore, che in qualche modo potrà indirizzarne la nomina; *b*) è inamovibile (in caso non siano concretamente rappresentate nel collegio le professionalità contabili, aziendalistiche e legali, potrà essere sostituito unicamente il componente designato dal presidente della camera di commercio); *c*) nel regime transitorio di cui all'art. 352 CCII, può essere scelto anche se non ha assunto incarichi dal tribunale o non ha assistito con successo imprese in crisi in concordati ammessi o accordi di ristrutturazione.

[279] Le citazioni sono tratte da CESARE F. (2019). *Op. cit.*, tratto da *ilfallimentarista.it*

Accanto a rotazione e trasparenza degli incarichi, il CCII ha fatto della riservatezza e della confidenzialità cardini anche del procedimento di designazione, oltre che – in generale – dell'allerta stessa. Infatti, le richieste di designazione inviate dal referente non conterranno alcun dato idoneo a identificare il debitore: presidente del tribunale delle imprese e presidente della camera di commercio non dovranno sapere altro che settore economico in cui agisce il debitore e dimensioni dell'impresa (desunte dal numero degli addetti e dall'ammontare annuo dei ricavi reperiti dal registro delle imprese). Dei tre soggetti titolati a designare gli esperti, l'unico che conosce il nome dell'impresa è il referente, al quale è inoltre affidato un preciso potere-dovere, vale a dire di curare che nel collegio siano presenti distinte e complementari professionalità in grado di garantire un elevato livello di competenze gestionali, contabili e legali. Tant'è che quando il referente riscontra la mancanza di uno dei profili necessari tra i membri designati, provvede con atto motivato alla nomina di un esperto che ne sia munito, in sostituzione del componente designato dal presidente della camera di commercio.

La speditezza del procedimento di nomina è resa evidente dai tempi estremamente ristretti che lo scandiscono: il referente deve richiedere senza indugio ai soggetti indicati dal legislatore di effettuare le designazioni, le quali devono pervenire all'OCRI entro tre giorni lavorativi dalla ricezione della suddetta richiesta. Il mancato rispetto del termine determina l'insorgere in capo al referente del dovere di procedere, in via sostitutiva, alla designazione e successiva nomina del componente[280].

[280] In dottrina ci si è chiesti << quale designazione prevalga nel caso in cui la designazione da parte del presidente del tribunale o del presidente della camera di commercio, benché tardiva, pervenga all'OCRI prima che il referente abbia provveduto alla designazione sostitutiva. Se si ritiene che il vano decorso dei tre giorni lavorativi comporti la decadenza del potere di designazione, è evidente che la designazione tardiva sarà inefficace. Se, invece, si ritiene, come appare preferibile, che il decorso dei tre giorni lavorativi non determini la decadenza, la designazione tardiva impedisce al referente di procedere alla sua designazione sostitutiva, non potendo quest'ultimo sostituirsi ad una designazione comunque intervenuta. Laddove, tuttavia, sia già intervenuta la designazione sostitutiva da parte del referente, la successiva designazione tardiva sarà a sua volta inefficace >>. D'ATTORE G. (2019). *Op. cit.*: 1435.

Ancora più ristretto è il termine entro il quale i professionisti nominati debbano rendere all'OCRI, a pena di decadenza, l'attestazione della propria indipendenza e, anche se la lettera della legge non lo prevede espressamente, accettare l'incarico. Il termine in questione è, infatti, fissato nel giorno successivo alla nomina: ma è da ritenersi che, << malgrado l'infelice formulazione della norma, il *dies a quo* non va certo considerato quello della nomina, bensì quello in cui il professionista abbia ricevuto la comunicazione della propria nomina >>[281].

In caso di rinuncia all'incarico o di decadenza per non aver trasmesso l'attestazione di indipendenza nel rispetto del termine acceleratorio di un giorno, il referente sarà chiamato anche stavolta a provvedere alla sostituzione dell'esperto[282]. È da rilevare, però, che la verifica della sussistenza o meno delle condizioni di indipendenza[283] è spesso il risultato di una valutazione piuttosto discrezionale e non fornisce una oggettiva sicurezza in ordine alla correttezza delle determinazioni in materia di decadenza.

Si pensi, ad esempio, al tema ampiamente dibattuto del rilievo o meno di rapporti di collaborazione (anche di tipo societario) intercorsi tra gli esperti designati ovvero nominati e altri professionisti che abbiano svolto attività di lavoro subordinato o autonomo con il debitore. Di fronte ad una valutazione del referente che – nel caso di specie – abbia acclarato la mancanza di indipendenza con conseguente decadenza dall'incarico, l'esperto (o, eventualmente il debitore stesso) potrebbe contestare il provvedimento in

[281] D'ATTORE G. (2019). *Op. cit.*: 1435.

[282] È chiaro che – nella fattispecie in esame – l'esplicito riferimento alla decadenza esclude aprioristicamente qualunque possibilità di un'efficace dichiarazione di indipendenza tardiva, che – se pervenuta – risulterà in ogni caso irrilevante.

[283] I requisiti di indipendenza del professionista sono previsti dall'art. 2, comma 1, lett. *o*), ad eccezione dell'iscrizione nel registro dei revisori legali. Il professionista potrà, allora, attestare la propria indipendenza nel caso in cui – congiuntamente – sia: *a*) in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 c.c.; *b*) non legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale. I professionisti nominati ed i soggetti con i quali essi sono eventualmente uniti in associazione professionale non devono aver presentato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa.

questione e impugnarlo innanzi all'autorità giudiziaria, in modo da ottenerne la rimozione, e per l'effetto la reintegrazione dell'esperto decaduto nell'incarico, o anche solo il risarcimento del danno. Infine, analogamente, il provvedimento potrà essere impugnato con lo speculare intento di ottenere l'accertamento giudiziario della decadenza dell'esperto privo del requisito di indipendenza.

2. Il procedimento di composizione assistita della crisi. Natura e funzioni dell'istanza del debitore.

Probabilmente, anche solo la procedura di allerta in senso stretto, cui è già stata dedicata attenzione, << avrebbe potuto bastare >>[284] ad appagare le sollecitazioni normative – pure e soprattutto di stampo sovranazionale[285] – tese ad instaurare un sistema di allerta efficace, unitamente alla predisposizione di un valido supporto in termini di consulenza alle imprese che non ne dispongano già.

Tuttavia, la recente riforma ha voluto spingersi oltre, coniando una figura giuridica inedita che per la prima volta entra nell'orizzonte del nostro ordinamento, ponendosi quale istituto più problematico della materia in esame: vale a dire il procedimento di composizione assistita della crisi – disciplinato dall'art. 19 CCII – il quale, << a differenza della procedura di

[284] PERRINO M. (2019). *Op. cit.*: 653 ss.

[285] *Ad abundantiam*, con il rischio di ripeterci, si ricorda che già nelle indicazioni dell'*Uncitral* e della Banca Mondiale era emersa la convinzione che, affrontando tempestivamente la crisi dell'impresa, ci siano maggiori possibilità di intervento al fine di assicurare la continuità aziendale e di evitare, in questo modo, la dispersione dei beni dell'impresa, che sarebbe l'inevitabile esito dell'eventuale adozione di procedure di natura liquidatoria. Medesimo fondamento logico è alla base dell' << allerta precoce >> di cui parla anche la Direttiva UE 2019/1023 (riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, che modifica la Direttiva UE 2017/1132 sulla ristrutturazione e sull'insolvenza), il cui *considerando* 22 recita: << quanto prima un debitore è in grado di individuare le proprie difficoltà finanziarie e prendere le misure opportune, tanto maggiore è la probabilità che eviti un'insolvenza imminente o, nel caso di un'impresa la cui sostenibilità è definitivamente compromessa, tanto più ordinato ed efficace sarà il processo di liquidazione >>. La stessa Direttiva, nell'art. 3, par. 1, impone agli Stati membri di provvedere << affinché i debitori abbiano accesso a uno o più strumenti di allerta precoce chiari e trasparenti in grado di individuare situazioni che potrebbero comportare la probabilità di insolvenza e di segnalare al debitore la necessità di agire senza indugio >>. Precedentemente, nella medesima direzione, si era posta anche la Raccomandazione 2014/135/UE.

allerta, ma in qualche modo in continuità con questa, mira ad ottenere una soluzione concordata e stragiudiziale della crisi, in accordo con i creditori e favorita dall'intervento dell'organismo di composizione della crisi (OCRI) >>[286].

A onor del vero, l'art. 19 non offre una preliminare definizione di "composizione assistita della crisi" e anche lo stesso art. 2, che pure illustra con ruolo chiarificatore il significato di molti altri istituti presenti nel Codice, non si sottrae alla medesima mancanza. Sul punto, un risolutivo contributo esegetico ci perviene, invece, dalla Relazione illustrativa del Codice, in cui si legge che, mentre la procedura di allerta << è finalizzata a far emergere tempestivamente la crisi dell'impresa, ricercando, con l'ausilio degli organi di controllo o dello stesso OCRI e senza coinvolgere i creditori, una soluzione alla crisi principalmente mediante l'adozione di misure riorganizzative dell'attività imprenditoriale, diversa è la prospettiva dell'istituto della composizione assistita della crisi, al cui interno, nel presupposto che sia imprescindibile la ristrutturazione del debito, la soluzione viene ricercata mediante una trattativa con i creditori, favorita dall'intervento dell'OCRI che si pone come una sorta di mediatore attivo fra le parti >>.

Dal testo della Relazione si evince, anzitutto, con chiarezza che "composizione" sta per "accordo", mentre la locuzione "assistita" – lungi dal caricarsi di qualsiasi connotazione imperativa – significa semplicemente "facilitata", non certo "imposta". L'OCRI svolge, infatti, la funzione propria di un mediatore, presentandosi né come giudice né come giudicante: esso si adopera al fine di facilitare l'accordo[287], conformandosi alla << aspirazione mediatorio-assistenziale >> propria della composizione assistita, ma senza mai

[286] CARRATTA A. (2020). *La composizione assistita della crisi e le misure di protezione "anticipate" nel codice della crisi e dell'insolvenza*. Il diritto fallimentare e delle società commerciali, fasc. 2: 268.

[287] Posto che la funzione di favorire – facilitandoli – gli accordi è connaturata a tutte le figure di mediazione, deve intendersi, tuttavia, che la Relazione faccia riferimento alla mediazione civile e commerciale, non a quella penale o familiare, che pure sono state introdotte nel nostro ordinamento in tempi più risalenti rispetto alla prima.

< supplire all'inerzia del debitore >>, che deve essere << di per sé autonomo e proattivo >>[288].

Infatti, al solo debitore spetta la legittimazione ad attivare la procedura di composizione assistita e soltanto il debitore ha il potere e la facoltà di avviare le trattative con i creditori davanti all'OCRI; decisione che egli deve prendere in autonomia e nella quale non possono interferire né i creditori – i quali potranno solo partecipare alle trattative, una volta avviate – né le autorità giudiziarie (giudice e pubblico ministero) che, essendo la composizione assistita destinata a svolgersi in un terreno distante dalla giurisdizione, rimangono figure estranee *tout court* al procedimento.

In termini generali, il comma 2 dell'art 12 CCII prevede che il debitore possa << all'esito dell'allerta o anche prima della sua attivazione >> accedere alla composizione assistita della crisi, << che si svolge in modo riservato e confidenziale dinanzi all'OCRI >>. A ben vedere – pur essendo imprescindibile che la negoziazione sia connotata dal massimo riserbo, in quanto il manifestarsi delle difficoltà del debitore potrebbe generare il rischio di un *rush to the exit* dei creditori, vale a dire il fenomeno per cui i prestatori sarebbero indotti ad avviare immediatamente azioni esecutive per recuperare i crediti divenuti esigibili – << la confidenzialità della procedura non può essere pienamente salvaguardata nella fase di composizione >>[289]. La stessa nozione di "trattative", con tutti o parte dei creditori, implica necessariamente che riservatezza e confidenzialità (caratteri che l'art. 4, comma 1 della legge delega attribuisce in maniera indifferenziata sia all'allerta che alla composizione assistita) possano – nel procedimento in questione – attenuarsi

[288] Le citazioni sono tratte da NISIVOCCIA N. (2020). *La composizione assistita della crisi*, tratto da *ilfallimentarista.it*

[289] BANCA D'ITALIA. (2018). *Osservazioni alla Commissione Giustizia del Senato, Schema di decreto legislativo recante Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155,* tratto da *bancaditalia.it*

in fatto, considerato che il coinvolgimento informativo di soggetti terzi è presupposto necessario del raggiungimento di una soluzione negoziata[290].

È chiaro che non necessariamente il procedimento di composizione assistita sia il naturale epilogo della procedura di allerta, ben potendo – invece – prevenirla o prescindere del tutto da essa. Anzi, è dato ipotizzare che il debitore si attivi, presentando l'istanza all'OCRI, proprio per evitare che lo facciano i soggetti cui sono riservati gli strumenti di allerta.

Lo stesso comma 1 dell'art. 19 dispone che la procedura di composizione assistita viene avviata << su istanza del debitore, formulata *anche*[291] all'esito dell'audizione di cui all'art. 18 >>, vale a dire all'esito della sua audizione nell'ambito della procedura di allerta[292].

Ma cosa potrebbe spingere l'imprenditore a rivolgersi spontaneamente all'OCRI? Oltre ai costi più contenuti, alla riservatezza e alla natura stragiudiziale dello strumento, nonché all'affidabilità (garantita dall'indipendenza dei suoi membri) delle valutazioni svolte dall'Organismo, il motivo principale è che l'OCRI potrà disporre di una varietà di strumenti nei confronti dei diversi *stakeholders* coinvolti quali fornitori, banche, clienti e dipendenti. Ad essi, in relazione alla categoria di appartenenza, potrà essere formulato un ventaglio di proposte per superare la crisi, attingendo da << una sorta di "cassetta degli attrezzi" […] ai quali da solo l'imprenditore non riuscirebbe ad accedere, anche se assistito dai propri consulenti di parte >>[293].

---

[290] Nella Relazione Illustrativa, all'art. 20 si legge: << Mentre è possibile pretendere che la procedura di allerta si svolga in via riservata e confidenziale, essendo in essa coinvolti tendenzialmente solo il debitore, gli organi societari, i professionisti, gli uffici pubblici e l'OCRI, tale riservatezza non può essere del tutto mantenuta nel procedimento di composizione assistita della crisi, nella quale vengono necessariamente coinvolti, almeno in parte, i creditori >>.

[291] Corsivo nostro.

[292] Considerato che l'istanza del debitore di avvio della composizione assistita va rivolta al Collegio di esperti dell'OCRI, è dato rilevare che laddove lo stesso avvio si inserisca nella procedura di allerta, il Collegio è stato già costituito a seguito delle segnalazioni dei soggetti legittimati all'allerta (ai sensi degli art. 14 e 15 CCII). Il Collegio dovrà invece essere costituito *ab origine* laddove l'avvio avvenga in maniera autonoma.

[293] RANALLI R. (2020). *Op. cit*., tratto da *ilsocietario.it*

Si tratta di risorse che – tendenzialmente – potrebbero essere fruibili solo facendo ricorso ai concordati preventivi o agli accordi di ristrutturazione dei debiti, vale a dire a strumenti di composizione della crisi più invasivi che necessitano del coinvolgimento del tribunale.

"Come" va formulata l'istanza da parte del debitore l'art. 19 non lo specifica, << ma a ben vedere ce lo dice proprio non dicendolo. […] Il fatto che la norma ci parli genericamente di "istanza", insieme al fatto che il procedimento non coinvolge l'autorità giurisdizionale, ci induce, o forse ce lo impone addirittura, a pensare che questa istanza possa essere formulata in qualunque modo, in qualunque forma. Cioè al di fuori di forme prescritte. Il che significa che rispetto a questo genere di istanze non saranno mai neppure immaginabili questioni di ammissibilità o inammissibilità, perché questioni di inammissibilità possono avere una loro ragion d'essere solo su un piano processuale, formalizzato, mentre qui giochiamo su un piano diverso, appunto deformalizzato. L'istanza, di per sé, sarà dunque sempre ammissibile dal punto di vista formale >>[294].

In linea di massima, non esistono termini entro i quali l'istanza ai sensi dell'art. 19 va presentata. Tuttavia, come si vedrà, il Codice prevede dei termini che, decorsi inutilmente senza che il debitore si sia attivato nel rivolgersi all'OCRI, precludono l'applicazione delle misure premiali, fatte derivare – ai sensi dell'art. 24 – dal tempestivo accesso alle procedure sia di allerta che di composizione assistita[295].

L'Autore specifica che tra gli "attrezzi" rientrano << alcuni vantaggi propri solo delle procedure maggiori, quali ad esempio il differimento dell'adozione dei provvedimenti in caso di perdita del capitale sociale che, attraverso una attenta negoziazione con adeguati stralci da parte dei creditori, potrebbero addirittura essere evitati proprio grazie alla mediazione dell'OCRI. Altri dipendono direttamente dalla presenza dell'OCRI: ci si riferisce alle interlocuzioni con i clienti per ottenere la conversione di forniture in conto lavoro o un'accelerazione dei tempi di pagamento, o alle interlocuzioni con i fornitori per riattivare il ciclo passivo o con le parti sociali per attestare i presupposti necessari per la prosecuzione dell'attività >>.

[294] NISIVOCCIA N. (2020). *Op. cit.*, tratto da *ilfallimentarista.it*

[295] In particolare, nell'ambito di quest'ultima, le misure premiali potranno trovare applicazione solo laddove l'istanza di cui all'art. 19 sia stata presentata entro tre mesi dal momento in

Ma cosa dovrà chiedere il debitore nella sua istanza?

Bisogna partire dal dato per cui la composizione assistita – differentemente dall'allerta che è una procedura funzionale al superamento della crisi mediante misure di semplice riorganizzazione interna, che non richiedono in quanto tali il consenso dei creditori – è una procedura che presuppone la necessità di misure che trascendano l'area della pura organizzazione interna, vale a dire, allora, misure di ristrutturazione del debito che esigono una riduzione o dilazione dei crediti, ottenibili – stavolta sì – esclusivamente grazie al consenso dei creditori o di una parte di essi, quali banche e fornitori strategici.

Ne deriva, quindi, che il debitore nell'istanza di composizione assistita, per far sì che essa assolva alla natura e alla funzione che le sono proprie – << dovrà dare atto della crisi e delle ragioni che ne impongono ma al tempo stesso ne consentono il superamento attraverso un accordo di ristrutturazione; dovrà illustrare, quantomeno per sommi capi, il contenuto del possibile accordo >>[296].

Per la durata della fase antecedente alla composizione assistita la legge non fissa un termine, affidando al collegio l'adozione delle decisioni in ordine all'opportunità di ampliarla o meno, con il solo limite della costante applicabilità in concreto delle misure individuate. Invece, dal momento della presentazione dell'istanza di composizione assistita la legge dispone che il Collegio può fissare << un termine non superiore a tre mesi, prorogabile fino ad un massimo di ulteriori tre mesi solo in caso di positivi riscontri delle trattative, per la ricerca di una soluzione concordata della crisi dell'impresa, incaricando il relatore di seguire le trattative >>. (art. 19, comma 1, CCII).

---

cui si manifesti l'esistenza di debiti retributivi o verso fornitori oltre un certo ammontare o risultino superati – nell'ultimo bilancio – gli indici qualificati come "indicatori della crisi" dall'art. 13.

[296] NISIVOCCIA N. (2020). *Op. cit*., tratto da *ilfallimentarista.it*

Il primo atto del procedimento da parte dell'OCRI è proprio la nomina da parte del collegio di un relatore al proprio interno, incaricato di seguire le trattative. Un ruolo che carica di significato l'espressione << mediatore attivo >> che si legge nella Relazione illustrativa e che aveva diffuso una tendenziale perplessità nella dottrina, che – ragionevolmente – si è chiesta come potrebbe mai essere immaginato un mediatore passivo. Ma è sempre la Relazione che riesce a sciogliere i dubbi da essa stessa sollevati, precisando successivamente che il relatore – nel seguire le trattative – potrà anche farsi << parte attiva, se ciò sia utile per favorire l'accordo, con l'autorevolezza che gli deriva dal ruolo >>.

A tal proposito, potrebbe essere lecito domandarsi se il ruolo del relatore possa essere accostato a quello del commissario giudiziale nel concordato preventivo. In altri termini, non sarebbe infondato chiedersi se, come il commissario nel concordato è autorizzato a convocare i creditori nell'adunanza ai fini del voto, il relatore – pur senza assumere la veste di pubblico ufficiale che la legge attribuisce al primo – possa vantare la medesima facoltà nella composizione assistita e contattare, così, i creditori al fine di ottenere un accordo sull'esposizione debitoria dell'imprenditore.

D'altronde il silenzio della legge, insieme all'assenza di formalizzazione dell'istanza e del procedimento che da essa origina, inducono a dare dignità alla possibilità che sia il relatore a contattare i creditori, allo scopo di stipulare un accordo sulla ristrutturazione del debito. Ciò in quanto la norma focalizza la sua attenzione sul risultato ambito (appunto, una soluzione concordata con i creditori), per raggiungere il quale sembra poter essere giustificato e ritenuto valido qualsiasi mezzo. A ciò si aggiunge che il relatore dispone di tutte le informazioni utili e necessarie al fine di fornire ai creditori – dopo aver preso, se del caso, autonomamente contatti con loro – chiarimenti sull'accordo, perché l'art. 19, comma 2, afferma che, nel più breve tempo possibile, il collegio provvede ad acquisire dal debitore una relazione

aggiornata sulla situazione economica e finanziaria dell'impresa ed un elenco dei creditori e dei titolari di diritti reali e personali, con l'indicazione dell'ammontare dei crediti e delle eventuali cause di prelazione[297].

Si osserva, però, che probabilmente un debitore titolare di un'impresa meno strutturata non sia in grado di produrre la documentazione richiesta in tempi contingentati (<< nel più breve tempo possibile >>). L'art. 19, comma 2, prevede, allora, che il Collegio, in seguito ad una precisa richiesta del debitore in tal senso, possa predisporre esso stesso la relazione << mediante suddivisione dei compiti tra i suoi componenti sulla base delle diverse competenze e professionalità >>.

Autorevole dottrina afferma, sull'argomento, che una interpretazione troppo rigida che impedisca al collegio di disattendere la relazione ricevuta o formarne una propria anche senza istanza del debitore – in spregio di quanto si legge nella norma, che richiede una espressa richiesta, appunto, del debitore – << sarebbe lettura ostativa al principio di collaborazione dell'art. 4 >>[298] (e qui si ricava un ulteriore argomento a sostegno della "mediazione attiva" del relatore, *rectius* del collegio, di cui sopra).

Altri, ancora, pur non trascurando che, per il debitore, affidare al collegio la predisposizione della relazione in questione presenti l'indiscusso vantaggio che essa – laddove dovesse successivamente essere utilizzata per l'accesso ad una procedura concorsuale – goda di una maggiore credibilità da

[297] L'opportunità di siffatta previsione deriva dal circostanza che << per affrontare la composizione della crisi, il *set* informativo acquisito nella fase dell'audizione sarà probabilmente insufficiente. Mentre per l'individuazione delle misure ci si potrebbe limitare alla conoscenza di massima dell'indebitamento e dei flussi che possono essere posti al servizio dello stesso, nella trattativa con i creditori occorrerà dare evidenza della loro puntuale misurazione con una scansione temporale che solo un piano economico-finanziario è in grado di rendere. È inoltre estremamente opportuno che venga svolta una misurazione del rischio inerente, quale normalmente emerge ad esito delle analisi di sensitività all'esposizione dei rischi di natura endogena ed esogena. Sarebbe altresì opportuno che venisse declinato il processo di gestione del rischio. Esso, anche sulla scorta di quanto previsto dalla riforma in ordine al contenuto dei piani, si traduce nelle modalità di monitoraggio dell'esecuzione del piano, nella valutazione degli scostamenti e nella individuazione di misure correttive atte a mitigare i rischi nel momento in cui dovessero concretizzarsi >>. RANALLI R. (2018). *Il successo (cit.)*, tratto da *ilcaso.it*

[298] FERRO M. (2019). *Op. cit.*: 428.

parte degli organi della procedura stessa (in quanto redatta dai professionisti membri del collegio ossia da soggetti non scelti dal debitore) – ritengono << preferibile che il debitore non si avvalga di tale facoltà e, per quanto possibile, ricorra ai propri professionisti "storici", che hanno una conoscenza della realtà aziendale più approfondita, tenuto altresì conto che una separazione tra chi redige la documentazione e chi la valuta costituisce un indubbio valore che si traduce in una più elevata probabilità di successo dell'operazione >>[299].

Prima di passare allo studio degli esiti del procedimento di composizione assistita, sembra opportuno dedicare una breve riflessione al tema della ragionevolezza o meno della prospettiva, adottata dal legislatore delegato, di riservare la procedura di composizione assistita esclusivamente alle situazioni di "crisi", da intendersi secondo la definizione fornita dall'art. 2 del Codice[300], e di escluderne l'applicabilità nelle situazioni in cui l'insolvenza si sia già – sebbene non con forte intensità – manifestata.

Questa interpretazione restrittiva – è stato commentato – rischia di alimentare << un serio pericolo di non funzionamento >> destinato a gravare << sulla parte più innovativa della riforma e sulla diffusione di un istituto, la composizione assistita, che invece meriterebbe […] la migliore fortuna >>[301].

Anzitutto, la prospettiva adottata dal legislatore, che sembra sancire una netta e definita scissione tra la soluzione stragiudiziale della crisi – percorribile esclusivamente nel caso in cui il debitore sia soltanto prospetticamente insolvente, ma possa ancora far fronte regolarmente alle obbligazioni correnti – e le soluzioni giudiziali – suscettibili di applicazione solo in situazioni di conclamata insolvenza – segnerebbe una piuttosto

[299] RANALLI R. (2018). *Il successo (cit.)*, tratto da *ilcaso.it*

[300] "Stato di difficoltà economico-finanziario che renda probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate".

[301] Le citazioni sono tratte da JORIO A. (2019). *Op. cit*.: 292.

paradossale inversione di tendenza rispetto agli orientamenti susseguitesi alla riforma del 2005 che, avendo ricondotto la nozione di insolvenza nell'ambito del concetto economico di crisi, aveva consentito l'accesso alle composizioni concordate "anche" (e, quindi, non solo) in presenza di una crisi non ancora confluita in insolvenza.

Lo steccato giuridico che, invece, il Codice attualmente innalza per separare il concetto di crisi da quello di insolvenza, indicando solo la prima come unico presupposto oggettivo della composizione assistita, potrebbe essere controproducente all'utilizzo del procedimento in questione, nonché presentare profili di contraddittorietà. Sinteticamente: *a*) la categoria più ampia di soggetti che sono ritenuti, prevedibilmente, futuri fruitori della composizione assistita è quella delle medie e piccole imprese, la cui *governance* è tendenzialmente caratterizzata dall'immedesimazione dei soggetti detentori del capitale di comando con quelli preposti alla gestione. Ciò sicuramente non agevola un confronto dialettico tra proprietà e amministrazione, con la conseguenza che difficilmente quelle imprese ammeteranno di essere in stato di crisi, neppure di fronte a segnali di *warning* lanciati dai professionisti che abitualmente le assistono, e prenderanno coscienza della necessità di ricorrere alla procedura di composizione della crisi soltanto una volta che si siano manifestati i sintomi dell'insolvenza[302], vale a dire quando la soluzione concordata non sarà più esperibile; *b*) analogamente, tra i soggetti cui la riforma affida potere di iniziativa nella direzione dell'allerta e della composizione assistita, i sindaci – in virtù dello stretto legame con la proprietà che li ha nominati e che è fisiologicamente restia ad assumere iniziative per il superamento della crisi che non si sia ancora tradotta in insolvenza – difficilmente denunceranno eventuali "criticità" all'OCRI, se

[302] Un argomento a sostegno di siffatta teoria deriva dal dato per cui, ad oggi, sono sostanzialmente inesistenti i casi nei quali un'impresa in crisi ma non ancora tecnicamente insolvente abbia fatto ricorso al concordato. Né, da più parti, si ritiene che la ritrosia degli imprenditori possa essere efficacemente superata grazie all'assenza del giudice nell'Organismo deputato a gestire il procedimento di composizione assistita.

non quando esse si accompagnino a diffusi inadempimenti che rendano evidente una già attuale insolvenza[303]; *c*) gli indici sintomatici della crisi fissati dal Codice e consistenti in reiterati ritardi nei versamenti per importi ritenuti rilevanti appaiono già di per sé indici di insolvenza: le imprese che effettuano simili ritardi potrebbero essere – in realtà – già insolventi.

Allora, le considerazioni svolte sembrerebbero spingere per l'adozione di un diverso criterio di distinzione tra i concetti di crisi e di insolvenza, sulla scorta delle suggestioni offerte dalle regole comunitarie. Queste ultime, anch'esse fortemente orientate verso l'obiettivo sintetizzabile nella formula "*to avoid insolvency*", tendono a distinguere – da un lato – le imprese non più meritevoli di restare sul mercato (perché senza possibilità di sopravvivenza) e destinate, dunque, ad una rapida liquidazione, e – dall'altro lato – le imprese che possono, o meglio devono, essere salvate (perché hanno possibilità di sopravvivenza) e che sono meritevoli di essere soccorse con tutti gli strumenti diretti a favorire gli accordi con i creditori. Tuttavia, è il caso di rilevare che alla base di questa distinzione non vi è la presenza o l'assenza di una situazione di insolvenza, bensì soltanto la circostanza che la crisi sia gestibile con interventi giudiziali articolati e complessi ovvero con più semplici interventi stragiudiziali. Del resto, << anche un'impresa insolvente, se alleggerita da buona parte dei debiti mediante un accordo con il ceto creditorio, può avere opportunità di sopravvivenza >>. Le criticità generate dalla artificiosa distinzione tra crisi e insolvenza adottata dal Codice farebbero probabilmente pensare che << la soluzione stragiudiziale dovrebbe prescindere dalla gravità della crisi, purché essa sia presumibilmente risolubile nel ristretto ambito temporale indicato dal Codice >>[304]. Ciò non impedirebbe, comunque,

[303] La proposta, ventilata in seno alla commissione Rordorf, di introdurre la nomina di un sindaco da parte di un'istituzione terza, riesumando l'ormai risalente proposta della commissione De Gregorio, ha incontrato l'opposizione decisa degli esponenti della Confindustria ed è stata purtroppo abbandonata.

[304] Le citazioni sono tratte da JORIO A. (2019). *Op. cit.*: 293 ss.

L'esortazione a non limitare la composizione stragiudiziale alle sole situazioni di crisi che non siano ancor tradotte in insolvenza si colloca su un fronte speculare a quello sul quale si pongono

di conservare la previsione delle misure premiali *ex* art. 25 CCII nel solo caso di iniziativa tempestiva in presenza di situazioni di crisi non tradottesi ancora in insolvenza.

2.1. Esito concorsuale volontario o chiusura con un accordo.

L'accesso, o quantomeno la domanda di accesso, a una procedura concorsuale costituisce uno dei possibili esiti della composizione assistita. Qualora, infatti, il debitore non voglia o non abbia successo nel concludere un accordo stragiudiziale con i creditori, avrà la possibilità – riconosciutagli dall'art. 19, comma 3, CCII – di << presentare domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti o di apertura del concordato preventivo >>.

Come si legge nella Relazione illustrativa, la ragione dell'acquisizione della documentazione di cui al secondo comma dell'art. 19 (vale a dire la relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, nonché l'elenco dei creditori e dei titolari di diritti reali o personali, con indicazione dei rispettivi crediti e delle eventuali cause di prelazione) si spiega, oltre che con << l'opportunità di disporre di tutti gli elementi conoscitivi utili a valutare la situazione dell'impresa e ad individuare il possibile oggetto delle trattative >>, anche con il fine di << precostituire la documentazione necessaria per l'accesso ad una procedura concorsuale, così realizzandosi evidenti economie di tempi e costi procedurali >>. Ed è sulla scorta di tali finalità che il comma 3 dell'art. 19 consente al collegio, su richiesta del debitore, di attestare la veridicità dei dati aziendali[305], agevolando

---

le osservazioni di RANALLI R. (2018). *Il successo (cit.)*, ove viene manifestato il timore che l'OCRI venga addirittura sommerso da migliaia di richieste di intervento, alla quale sia difficile, soprattutto nella fase di avvio, far fronte in termini adeguati. Viene così suggerito che la composizione stragiudiziale escluda, in un primo periodo di applicazione delle nuove norme, le imprese di minori dimensioni.

[305] Il falso nell'attestazione è sanzionato penalmente. << L'art. 345 punisce il componente dell'organismo di composizione della crisi che renda dichiarazioni false sui dati aziendali del debitore che intenda presentare domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti o di apertura del concordato preventivo stabilendo che "il componente dell'organismo di composizione della crisi

di fatto << la documentazione utile alla migrazione successiva in una possibile procedura concorsuale giudiziale >>[306].

A buona parte della letteratura è apparso << curioso >> che il Codice abbia previsto che l'attestazione da parte del collegio fosse limitata alla sola veridicità dei dati, senza estendersi ad altri giudizi pur richiesti, quali quello della fattibilità, della funzionalità al miglior soddisfacimento dei creditori ovvero ai giudizi propri degli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa di cui all'art. 61. Tuttavia, a ben vedere, << la limitazione dell'attestazione è coerente con il fatto che il piano delle procedure in questione potrebbe essere redatto con l'assistenza del collegio e potrebbe, in ogni caso, essere il frutto delle misure concordate con il creditore. Basterebbero, infatti, queste situazioni a pregiudicare l'indipendenza intellettuale del collegio occorrente per un effettivo vaglio critico >>[307].

Diversamente, nell'epilogo ottimale, la crisi è composta con un accordo: se, all'esito delle trattative, il debitore raggiunge un accordo con i creditori circa la composizione della crisi in atto, tale accordo – stando a quanto prevede l'art. 19, comma 4, CCII – dovrà essere formalizzato per iscritto e depositato presso l'OCRI. La sua efficacia non si estende ai creditori che non vi abbiano partecipato (<< a soggetti diversi da coloro che lo hanno sottoscritto >>), ai quali non è neanche ostensibile (vale a dire, non può essere mostrato), salvo che il debitore – con il consenso dei creditori interessati[308] – preferisca richiederne l'iscrizione nel registro delle imprese.

---

di impresa che nell'attestazione di cui all'art. 19, comma 3, espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti in ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti ad esso allegati, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro". La norma prevede altresì un incremento della spesa se il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri, oppure cagiona un danno per i creditori >>. SANCETTA G. – BARATTA A.I. – SICURO L. (2019). *Gli strumenti di allerta e le funzioni dell'organismo di composizione della crisi*, tratto da *ilsocietario.it*

[306] FERRO M. (2019). *Op. cit.*: 428.

[307] RANALLI R. (2018). *Il successo (cit.)*, tratto da *ilcaso.it*

[308] A prescindere che siano parti o meno dell'atto; questa lettura è suggerita dal dato per cui la formula << coloro che lo hanno sottoscritto >> non è più ripetuta a proposito dell'iscrizione, per cui

La riservatezza rispetto ai soggetti diversi dai sottoscrittori evidenzia come la conclusione dell'accordo possa aver luogo senza dover previamente informare tutti i creditori risultanti dall'elenco – di cui al comma 3 dell'art. 19 – acquisito o predisposto dal collegio, e senza dover necessariamente assicurare agli stessi la possibilità di parteciparvi. Ciò << sembra denotare un apparentamento della figura di accordo in esame con il piano attestato di risanamento, di cui all'art. 67, comma 3, lett. *d*), l. fall. […], nella […] ricordata variante (peraltro diffusa) bi- o plurilaterale, concordata cioè con uno o più creditori più significativi >>[309].

Ma, in realtà, è lo stesso Codice nel comma 4 dell'art. 19 a precisare che l'accordo in questione produce gli stessi effetti degli atti esecutivi del piano attestato di risanamento; dal che deriva l'esenzione – in caso di successiva liquidazione giudiziale – dall'azione revocatoria di atti, pagamenti e garanzie concesse su beni del debitore posti in essere in esecuzione del piano stesso[310]. Il testo della disposizione in esame non rende ben chiaro se tale portata esiga l'iscrizione dell'accordo nel registro delle imprese. Ancora una volta, riesce a sopire i dibattiti interpretativi la Relazione illustrativa, nella quale l'iscrizione nel registro delle imprese – che rende l'accordo conoscibile a tutti – viene espressamente qualificata come facoltativa. Per di più, una soluzione che induce a negare ogni doverosità dell'iscrizione dell'accordo di cui all'art.19 è dettata anche dalla circostanza che l'art. 56 (disciplinante il piano di risanamento) non subordina affatto l'effetto dell'irrevocabilità all'iscrizione del piano, che resta puramente facoltativa.

L'accordo raggiunto all'esito di una procedura di composizione assistita è, sì, un contratto speciale – perché gli atti che vi danno esecuzione non

---

tra i << creditori interessati >> sarebbero da annoverare anche soggetti non aderenti ma non contrari all'accordo.

[309] PERRINO M. (2019). *Op. cit.*: 653 ss.

[310] Gli effetti del piano di risanamento sono previsti dagli articoli 56 e 166 del Codice. Peraltro, si tratta degli effetti che già oggi derivano dai piani di risanamento disciplinati dall'art. 67 della legge fallimentare.

saranno revocabili – ma resta comunque un contratto privato sottoscritto davanti a un soggetto terzo, che è l'OCRI. In quanto tale non può produrre quegli effetti esdebitatori che sono esclusivo appannaggio di procedure di natura pubblicistica, quali il fallimento o il concordato.

In ogni caso, << la composizione assistita, rispetto ad un piano attestato di risanamento, presenta più di un vantaggio per il debitore >>[311]. Pur essendo previsto un costo dell'OCRI, il procedimento favorisce un minor costo degli *advisors*, esclude il costo dell'attestazione[312] ed offre la possibilità di ottenere le misure protettive di cui all'art. 20 CCII. Infine, la presenza dell'OCRI e la predeterminazione della durata del processo dovrebbero garantire una maggiore speditezza delle trattative con i creditori.

2.2. Conclusione negativa del procedimento: esito concorsuale non volontario o segnalazione al Pubblico Ministero.

Di una conclusione diversa dall'accordo si occupa l'art. 21 CCII il quale, considerato che alla scadenza del termine (tre mesi dall'istanza, prorogabili fino ad altri tre mesi) l'OCRI non può più proseguire la composizione assistita per evidente limite normativo, dispone che il collegio – in caso di mancato raggiungimento di un accordo – deve: *a*) in primo luogo, invitare il debitore a presentare entro 30 giorni domanda di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza di cui all'art. 37 CCII

[311] RANALLI R. (2018). *Il successo (cit.)*, tratto da *ilcaso.it*

[312] Il piano attestato di risanamento, infatti, è sorretto da una attestazione di veridicità dei dati aziendali e di fattibilità del piano medesimo da parte di un professionista indipendente. Invece, l'accordo raggiunto all'esito della procedura di composizione assistita non è munito di analoga attestazione. Ciò ha indotto taluno a sostenere << una qual certa evanescenza del carattere "assistito" della procedura di composizione attuata mediante l'accordo in esame […], nella misura in cui tale assistenza da parte dell'organismo si riduce al "seguire le trattative" ed all'acquisizione o anche predisposizione di dati sulla situazione dell'impresa e sulla composizione del suo monte debitorio; differendo solo in ciò l' "assistenza" qui fornita dall'organismo, rispetto a quella dallo stesso prestata nella già vista (mera) "procedura di allerta", allorché il collegio rileva la sussistenza degli indizi della crisi, "individua insieme al debitore le possibili misure idonee a porvi rimedio" e monitora che nel termine assegnatogli il debitore proceda alla assunzione ed attuazione delle relative iniziative: una differenza obiettivamente esigua, onde giustificare il parlare ora di un distinto ed ulteriore "procedimento di composizione assistita", in cui trascorra la procedura di allerta in senso stretto >>. PERRINO M. (2019). *Op. cit*.: 653 ss.

(liquidazione giudiziale, concordato preventivo, accordo di ristrutturazione[313]), utilizzando la documentazione e l'attestazione di veridicità dei dati aziendali prodotta dallo stesso Collegio; *b*) in secondo luogo, dare comunicazione della conclusione negativa del procedimento ai soggetti di cui agli articoli 14 e 15 che non vi abbiano partecipato, vale a dire a quei soggetti che sarebbero stati legittimati ad avviare una procedura di allerta (organi di controllo societari e creditori pubblici qualificati)[314] e che vengono adesso reintegrati nella medesima legittimazione in caso di inattività del debitore.

Ma a ben vedere, affinché il collegio sia tenuto a formulare l'invito e ad inviare la comunicazione non è sufficiente il *no deal*, ossia la mancata conclusione di un accordo – anche parziale – con i creditori, nella quale è comunemente tipizzato l'insuccesso della procedura di composizione assistita. L'insuccesso in questione << non si gioca solo qui, non si misura solo su questo, sul cosiddetto *no deal*, sulla mancata conclusione di un accordo […] attraverso l'esecuzione del quale il debitore possa aspirare al superamento della crisi. Occorre anche che una situazione di crisi permanga, perché potrebbe anche darsi che, al di là di un accordo, la crisi sia nel frattempo ugualmente venuta meno >>[315].

A tal proposito, considerato che gli eventi che l'art. 13 denomina indicatori di crisi costituiscono indici meramente indizianti dello stato di crisi (privi di presunzione assoluta), sembra opportuno che il riscontro sulla permanenza o meno dello stato di crisi vada eseguito dal collegio assumendo

[313] L'accordo di ristrutturazione è stato fatto rientrare a pieno titolo nell'ambito delle procedure in questione da un recente orientamento della Cassazione (Cass. Civile, sez. I, 18 gennaio 2018, n. 1182).

[314] La finalità della segnalazione è quella di portare a conoscenza dei destinatari l'insussistenza di ostacoli alla segnalazione stessa, ove dovuta, oppure a consentire loro di attivarsi in modo tempestivo per chiedere l'apertura della liquidazione giudiziale. Ne potrebbe così seguire la piena ripresa della responsabilità segnalatoria o delle iniziative a propria tutela, una volta manifestata a quei soggetti l'esito infausto del procedimento.

[315] NISIVOCCIA N. (2020). *Op. cit*., tratto da *ilfallimentarista.it*

In realtà altri Autori (tra cui FERRO M. (2019). *Op. cit*.) ritengono che, in riferimento alla notizia da dare ai controllori interni e ai creditori qualificati, rilevi il fatto in sé del mancato accordo, senza che – a differenza del prologo concorsual-giudiziale – sia decisivo anche una verifica sulla permanenza della situazione di crisi, ultronea rispetto allo scopo della norma.

come parametro la nozione di "crisi" di cui all'art. 2, comma 1, lett. *a*), cioe "lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore"; << rispetto a cui per le imprese l'insostenibilità nel semestre degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa generati e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi (aggiungendosi alla incapacità dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate) è dettata come forma di "manifestazione", così assumendo la nozione, al pari della storica insolvenza, una portata prettamente fenomenologica >>[316].

Una volta conclusasi negativamente la procedura, a salvaguardia della riservatezza e della confidenzialità delle trattative intercorse con i creditori, tutti gli atti relativi alla procedura di composizione assistita così come tutti i documenti acquisiti o prodotti nel corso del suo svolgimento potranno essere utilizzati – ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 21 – solamente nell'ambito di una liquidazione giudiziale o di un procedimento penale.

Aderendo all'invito del collegio, il debitore può incaricare i membri del collegio stesso di assisterlo nella presentazione della domanda di accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Ma, giunti a tal punto, il procedimento di composizione assistita è da ritenersi chiaramente concluso. Ciò implica che la predetta "assistenza" richiesta dal debitore debba configurarsi non tanto come una prosecuzione del ruolo di consulenza dell'organismo, bensì come oggetto di un regolare incarico professionale autonomo, che il debitore potrebbe eventualmente conferire anche ad altri professionisti, ma preferisce – allo scopo – i componenti del collegio, in ragione dei vantaggi in termini di tempi e costi derivanti dalla circostanza che

[316] FERRO M. (2019). *Op. cit.*: 429.

L'Autore aggiunge – sul punto – che << l'indagine del collegio metterà in luce le condotte inerti o inadeguate, rispetto agli impegni scaduti e a venire, connotative del rapporto esterno del debitore piuttosto che mere proiezioni contabili ricavate, almeno principalmente, dall'analisi dei fattori di remunerativitá del capitale. Crisi ed insolvenza, in ciò, sono ragionevolmente abbinabili per la loro apprezzabilità sintomatica, potendosi conferire rilievo a regolarità della dissoluzione dei fattori produttivi, ritardi nei pagamenti e insufficienza dei ricavi rispetto agli oneri finanziari, secondo uno dei principali indici dell'art. 13, comma 1 >>.

quei soggetti sono già coscienti dei dettagli della crisi dell'impresa in questione ed in possesso della documentazione già acquisita durante l'esperimento del tentativo di composizione assistita.

L'esito della procedura di composizione assistita ha una rilevanza anche ai fini delle determinazione del *quantum* da compensare all'OCRI. Ai sensi dell'art. 23, tale compenso, se non pattuito con il debitore, verrà liquidato dal Presidente (o da un suo delegato) della sezione specializzata per l'impresa territorialmente competente per l'adozione delle misure protettive, applicando i criteri indicati dall'art. 351 e tenendo conto, separatamente, dell'attività svolta per l'audizione del debitore e per l'eventuale procedura di composizione assistita della crisi, nonché dell'impegno in concreto richiesto e degli esiti del procedimento. Tali compensi, peraltro, saranno prededucibili in caso di successiva apertura della liquidazione giudiziale, secondo quel che prevede l'art. 6, comma 1, lett. *a*), e ribadisce il comma 3 dello stesso art. 6.

La conclusione negativa della composizione assistita può anche essere oggetto di segnalazione al Pubblico Ministero da parte dello stesso Collegio degli esperti. A chiarirlo è il disposto dell'art. 22, comma 1, CCII, ai sensi del quale, ove all'esito infausto delle trattative il debitore non acceda nel termine assegnatogli ad una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, e il Collegio – preso atto di siffatto comportamento omissivo – dovesse ritenere che gli elementi acquisiti evidenzino la sussistenza di uno stato di insolvenza, lo segnala con relazione motivata al referente dell'OCRI che ne dà poi notizia al P.M.[317] competente ai sensi dell'art. 27 CCII e cioè presso l'ufficio giudiziario nel cui circondario si trova il COMI.

[317] Come è stato addietro rilevato (v. Cap. 1, par. 2.3.), << alla medesima segnalazione portano anche altri comportamenti tenuti dal debitore nel corso della procedura di allerta. Ed infatti, il 1° comma dell'art. 22 richiama anche – sempre ai fini della segnalazione al P.M. – l'ipotesi in cui, avviata la procedura di allerta, il debitore non si presenti per l'audizione davanti al Collegio degli esperti di cui all'art. 18 o, dopo l'audizione, non depositi l'istanza per la composizione assistita della crisi di cui all'art. 19, 1° comma, senza che il Collegio abbia disposto l'archiviazione delle segnalazioni di allerta, ai sensi del 3° comma dell'art. 18. Anche in questi casi, ovviamente, il

Va sottolineato che la comunicazione non innesca *ex se* un procedimento giurisdizionale e non impone affatto al P.M. di esercitare l'azione di avvio della liquidazione giudiziale o delle altre procedure liquidatorie. Egli, infatti, procederà in tal senso solo << quando ritiene fondata la notizia di insolvenza >> (art. 22, comma 2, CCII), con il limite temporale – che non opera ove la *notitia decoctionis* gli sia pervenuta da altre fonti e per altra via – di 60 giorni dalla ricezione[318]. Resta inteso che, ove il P.M. lasci inutilmente decorrere siffatto termine, decade dalla possibilità di esercitare l'iniziativa di cui all'art. 38, comma 1, CCII: l'omessa o tardiva attività determinerà la chiusura della composizione assistita senza effetti giudiziali, a meno che l'iniziativa del P.M. non sia sostituita dai soggetti indicati dall'art. 37, comma 2 (organi e autorità amministrative che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa o uno o più creditori) che possono investire per conto proprio il tribunale *ex* art. 37.

Il secondo comma dell'art. 22, con la già ricordata formula << quando ritiene fondata la notizia di insolvenza >>, rammentando puntigliosamente che l'azione ulteriore del P.M. non è affatto obbligata ma frutto di una sua autonoma valutazione circa la fondatezza dei presupposti di attivazione di una procedura giudiziale, sembra conformarsi perfettamente alle indicazioni contenute nella relazione di accompagnamento allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali, soddisfacendo l'aspirazione in essa

---

Collegio procederà alla segnalazione sempre che ritenga sussistente, sulla base degli elementi acquisiti, lo stato di insolvenza del debitore.

Va aggiunto che, per come formulato, il 1° comma dell'art. 22 prevede la segnalazione in questione semplicemente per il fatto che il debitore rientri fra le imprese sottoponibili agli strumenti di allerta o alla composizione assistita della crisi. Ne deriva che – anche in considerazione […] della non piena coincidenza fra ambito applicativo della procedura di allerta e della composizione assistita della crisi […] – la segnalazione potrebbe riguardare anche imprese sottoponibili ad amministrazione straordinaria o a liquidazione coatta amministrativa o imprese minori o agricole. In quest'ultimo caso, peraltro, la segnalazione (da parte dell'OCC e non dell'OCRI) sarà funzionale all'eventuale apertura non della liquidazione giudiziale, ma della liquidazione controllata, di cui all'art. 268, 2° comma >>. CARRATTA A. (2020). *Op. cit.*: 286.

[318] In dottrina è discusso se il citato limite precluda al P.M. l'iniziativa anche quando gli elementi di convincimento decisivo per agire siano stati acquisiti *aliunde*, ma pur sempre nella sua attività istituzionale, tornando in applicazione il regime generale dell'art. 38.

espressa: escludere in radice la derivazione automatica della liquidazione giudiziale dalla negativa conclusione del tentativo di composizione della crisi.

Nella relazione, infatti, si legge che << il ricorso alle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi non deve essere (e soprattutto non deve venir percepito come se fosse) un piano inclinato verso la liquidazione giudiziale dell'impresa >>, considerato che – come si è visto – l'eventuale mancato o cattivo uso delle stesse procedure sia già sufficientemente sanzionato dalla previsione di disincentivi, anche in chiave di responsabilità civili e penali. L'instaurazione delle procedure giudiziali di insolvenza – aggiunge la relazione – deve aver luogo secondo le regole ordinarie e ad iniziativa dei soggetti a ciò legittimati, senza che << l'apertura di una procedura di liquidazione giudiziale sia fatta discendere in modo automatico dalla conclusione negativa del tentativo di composizione della crisi >>.

Sulla scorta di simili precisazioni, era certamente prevedibile che il testo del nuovo Codice – come poi effettivamente è avvenuto – puntasse, almeno in astratto, sui caratteri della confidenzialità e della stragiudizialità delle procedure di allerta e composizione assistita, senza coinvolgimento dell'autorità giudiziaria se non su possibile richiesta del debitore, per l'adozione di misure protettive delle trattative.

Però, se – da un lato – la minore quota di giudizialità e coercitività dei procedimenti in questione può essere valutata come scelta virtuosa, in ragione dell' << inevitabile effetto di deterrenza che produce sull'imprenditore in crisi la prospettiva di dovere eventualmente comparire dinanzi ad un giudice o di vedersi confrontato con un pubblico ministero che indaga sulla sua situazione >>; dall'altro lato, << la scelta di prevedere che, in caso di esito negativo della composizione assistita della crisi, se ne debba dare notizia al pubblico ministero per le eventuali iniziative di sua competenza non […] pare felice, né era necessaria giacché il mancato raggiungimento di soluzioni

concordate con i creditori apre comunque la strada all'iniziativa di ciascuno di essi senza bisogno di aggiungervi la previsione di un intervento pubblico >>[319].

Resta, infatti, << difficilmente contestabile >> che la possibilità di una finale segnalazione al P.M. in caso di insuccesso della procedura compositiva – tradendo gli intenti espressi nella relazione di accompagnamento, nonché realizzando ciò che espressamente si voleva evitare – << inclini quest'ultima verso lo sbocco liquidativo, quale deterrente rispetto ad un inadeguato impegno alla risalita (allora, su un piano appunto inclinato) da parte del debitore e insieme quale sanzione della sua inerzia >>[320], a poco rilevando allora che il P.M. sia chiamato ad effettuare una autonoma valutazione sulla sussistenza dei presupposti della procedura giudiziale prima di procedere alla sua attivazione.

3. Le misure protettive nella composizione assistita della crisi: istanza, funzioni e contenuto.

Le misure protettive, disciplinate dall'art. 20 CCII e riguardanti specificamente la composizione assistita, costituiscono – insieme alle misure premiali (di cui all'art. 25) riguardanti, come si vedrà, anche altre "procedure" previste nel Codice – figure assimilabili *mutatis mutandis* agli elementi accidentali del contratto, tenuto conto peraltro che l'accordo raggiunto all'esito della composizione assistita ha natura di contratto *tout court*. In quanto elementi accidentali, esse possono esserci come non esserci: nel senso che la procedura di composizione assistita potrà ugualmente compiersi e giungere tranquillamente al termine senza aver conosciuto misure protettive e senza che ad essa facciano seguito misure premiali.

[319] Le citazioni sono tratte da RORDORF R. (2019). *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*. I Contratti, fasc. 2: 133 ss.

[320] Le citazioni sono tratte da PERRINO M. (2019). *Op. cit.*: 653 ss.

Orbene, in ragione del fisiologico attenuarsi – nella composizione assistita – dei criteri di confidenzialità e riservatezza che avevano permeato la fase dell'allerta, il Codice, al fine di tutelare gli interessi primari messi astrattamente in pericolo dalla crisi, ha voluto consentire al debitore di chiedere l'adozione delle misure protettive << necessarie per condurre a termine le trattative in corso >> (art. 20, comma 1, CCII), in una fase in cui il suo patrimonio – essendosi le difficoltà in cui versa palesate all'esterno – è inevitabilmente esposto a iniziative esecutive, al rischio di iscrizioni di ipoteche e al rischio che qualche creditore presenti il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale[321].

L'art. 20 disciplina, rispettivamente nel primo e nel quarto comma, due diverse tipologie di misure protettive, che si distinguono in relazione sia all'oggetto alla cui tutela sono rivolte, sia – almeno in parte – ai presupposti necessari per avanzare la relativa istanza.

Per cominciare, le misure di cui tratta la prima parte dell'art. 20 attengono alla conservazione della stabilità patrimoniale del debitore. La lettera della legge, limitandosi a stabilire che esse devono risultare necessarie

[321] Nell'art. 2, lett. *p*), CCII, le misure protettive sono descritte come quelle che mirano ad "evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza". Si tratta, quindi, di porre i singoli beni facenti parte del patrimonio del debitore a riparo dalle autonome azioni dei creditori muniti di particolari titoli esecutivi. Nella fase della composizione, infatti, può generarsi un conflitto che vede, da una parte, il debitore e alcuni creditori che cercano una soluzione concordata della crisi, e dall'altra parte singoli creditori propensi ad intervenire prima degli altri a tutela del proprio diritto. Va rilevato che << l'art. 2, lett. *p*) non contiene più, come faceva il testo originario della disposizione, il chiarimento, opportuno, che il divieto riguarda non solo il patrimonio del debitore, ma anche quello dell'impresa: è questo il caso in cui il bene del terzo sia inserito, in virtù di un diritto di godimento, nell'organizzazione di beni appartenenti al debitore […] finalizzata all'esercizio dell'azienda […]. Il chiarimento era volto ad impedire anche iniziative di terzi proprietari di singoli beni che con le loro azioni esecutive vadano ad incidere sul complesso dei rapporti giuridici facenti capo all'impresa. Oggi […] è solo in via interpretativa che si può arrivare a estendere la portata del divieto a beni diversi da quelli di titolarità dell'imprenditore, sì da escludere che il programma di risanamento dell'attività venga compromesso da iniziative esecutive dei proprietari di singoli beni che produrrebbero, in questo modo, la disgregazione dell'azienda del debitore, pregiudicandone quindi il patrimonio, con conseguente danno per il ceto creditorio >>. PAGNI I. (2019). *Le misure protettive e le misure cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*. Le Società, fasc. 4: 440.

In ultimo, va notato che le misure protettive di tipo patrimoniale sono, sì, poste a garanzia dell'integrità del patrimonio del debitore, ma – contestualmente – il beneficio dell'insensibilità alle aggressioni singole si trasferisce, indirettamente, a favore della massa dei creditori, sebbene la misura in questione contragga momentaneamente il diritto di ciascuno di essi.

al fine di concludere le trattative *in itinere*[322], non ne indaga approfonditamente il contenuto e lascia così spazio ad una interpretazione piuttosto indeterminata sul punto. Ciò, unitamente alla minima tipizzazione offerta dalle "Definizioni" dell'art. 2 (che, alla lettera *p*), qualifica le misure protettive quali << misure temporanee disposte dal giudice competente per evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza >>), induce a ritenere che le misure << appaiono modulari, cioè adattabili in relazione all'utilità protettiva, probabilmente proponibili nel loro dettaglio dallo stesso debitore e dunque concedibili ove e nei limiti in cui assolvano allo scopo di necessaria inerenza al condurre a termine le trattative in corso >>[323].

Il procedimento per ottenere le misure protettive di tipo patrimoniale costituisce la più importante inserzione giurisdizionale negli istituti della concorsualità preventiva, e d'altronde << non poteva essere altrimenti visto che […] si tratta di disporre dei diritti, anche se potenziali, dei creditori che, peraltro, sempre in via astratta, in questa fase assumono la veste di contraddittori del debitore >>[324].

Competente per la decisione su tali misure è la sezione specializzata in materia di impresa, individuata in base all'art. 4 del D. Lgs. 27 giugno 2003,

[322] È appena il caso di rilevare che la disposizione del primo comma dell'art. 20 non fa esplicito riferimento ai creditori quali controparti nelle suddette trattative. In effetti, per affrontare e cercare di superare la crisi di impresa non esistono soltanto le trattative con i creditori, rivolte a ristrutturare in via diretta il debito. Possono verificarsi, infatti, trattative con soggetti diversi dai creditori ma che possono qualificarsi, ugualmente, come controparti dell'impresa in settori che possono avere lo scopo di ristrutturare le sue componenti di natura prettamente economica. Si può sperare di superare una crisi riducendo prospetticamente alcuni costi e, per ottenere ciò, il debitore può intraprendere specifiche trattative. D'altronde, lo stesso termine "ristrutturazione" trova nella Proposta di Direttiva UE del 2016 una definizione che travalica il confine dell'accordo con i creditori. Essa è infatti riassunta come << la modifica della composizione, delle condizioni o della struttura delle attività e delle passività del debitore o di qualsiasi altra parte della struttura del capitale del debitore, tra cui il capitale azionario, o una combinazione di questi elementi, compresa la vendita di attività o parti dell'impresa, con l'obiettivo di consentire la continuazione, in tutto o in parte, dell'impresa >>.

[323] FERRO M. (2019). *Op. cit.*: 431.

[324] MASTROGIACOMO M. (2019). *Le misure protettive nella composizione assistita*, tratto da *osservatorio-oci.org*

n. 168, vale a dire in base alla sede legale dell'impresa e non in base al "centro principale di interessi del debitore", criterio invece scelto dall'art. 27, comma 2, CCII per incardinare la competenza del Tribunale nei procedimenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza. In verità, se già soltanto a considerare la minore diffusione territoriale degli uffici giudiziari delle sezioni specializzate per l'impresa rispetto a quelli dei Tribunali ordinari, non tanto si comprendono le ragioni della diversa soluzione, essa appare ancora più irragionevole ove si consideri: *a*) in primo luogo, che in caso di esito negativo della procedura di composizione assistita nel cui ambito sono state adottate misure protettive mediante istanza alla sezione specializzata, l'avvio di una delle procedure di regolazione delle crisi o dell'insolvenza debba avvenire davanti al Tribunale ordinario individuato, stavolta, in base al COMI; *b*) in secondo luogo che – come si è visto – al P.M. del medesimo Tribunale vada fatta la segnalazione *ex* art. 22 da parte dell'OCRI.

Nonostante l'art. 4, comma 1, lett. *g*) della legge delega contemplasse la possibilità che potesse avanzare domanda per l'adozione delle misure protettive sia il debitore che avesse presentato domanda di composizione assistita della crisi, sia il debitore che fosse stato semplicemente convocato davanti al Collegio (in seguito all'attivazione degli strumenti di allerta), il legislatore delegato – mediante una limitazione della suddetta previsione legislativa – ha preferito consentire la richiesta di misure protettive solo al << debitore che ha presentato istanza per la soluzione concordata della crisi >> (art. 20, comma 1, CCII), vale a dire che abbia chiesto la composizione assistita.

L'opzione scelta dal legislatore delegato sembra, peraltro, allinearsi al dettato della Direttiva (in materia di insolvenza) UE 2019/1023, il cui art. 6, par. 1, impone agli Stati membri di provvedere << affinché il debitore possa beneficiare della sospensione delle azioni esecutive individuali al fine di

agevolare le trattative sul piano di ristrutturazione nel contesto di un quadro di ristrutturazione preventiva >>[325].

Ma è il caso di rilevare, in verità, che per avanzare la richiesta di misure protettive neppure è sufficiente la sola domanda di composizione assista, seppur tempestiva. Imprescindibile presupposto per la richiesta delle misure è *anche* (quindi, in una prospettiva diametralmente opposta a quella adottata nella legge delega, che ne aveva sancito l'alternatività) che il debitore abbia avuto un confronto sulla sua situazione di crisi con un organismo terzo – nello specifico, l'OCRI – prima di approdare alla composizione assistita[326]. Lo stesso comma 1 dell'art. 20 esordisce affermando: << dopo l'audizione di cui all'articolo 18 >>, ossia dopo aver avuto un colloquio con gli esperti del Collegio (e, chiaramente, dopo aver proposto istanza per la soluzione concordata della crisi), il debitore è autorizzato a richiedere le misure di protezione.

Probabilmente << la ragione di questo passaggio sta […] nella considerazione per la quale solo dopo l'audizione del debitore possono dirsi effettivamente verificate quelle condizioni di crisi per le quali appare utile intervenire con l'adozione di misure protettive. Il legislatore, in altre parole, sembra voler evitare che l'imprenditore si possa rivolgere alle sezioni specializzate per ottenere provvedimenti sui diritti dei creditori a suo favore senza un passaggio che ne testimoni la fondatezza, lasciando altrimenti l'iniziativa al suo arbitrio. Altra ragione sembra risiedere nel fatto che con

[325] Il *considerando* 32 della Direttiva in oggetto aggiunge: << un debitore dovrebbe poter beneficiare di una sospensione temporanea delle azioni esecutive individuali, sia essa concessa da un'autorità giudiziaria o amministrativa oppure per legge allo scopo di agevolare le trattative sul piano di ristrutturazione, così da poter continuare a operare o almeno mantenere il valore della massa fallimentare durante le trattative […]. Tuttavia, gli Stati membri dovrebbero poter disporre che le autorità giudiziarie o amministrative abbiano la facoltà di rifiutare la concessione di una sospensione delle azioni esecutive individuali qualora tale sospensione non sia necessaria o non soddisfi l'obiettivo di agevolare le trattative >>.

[326] Va precisato, comunque, che << la chiamata a relazionarsi con il collegio dei professionisti non dipende solo dall'avvio dell'allerta, sia interna che esterna, ma anche da una propria iniziativa dell'imprenditore, messo alle strette dai conti del suo bilancio >>. MASTROGIACOMO M. (2019). *Op. cit.*, tratto da *osservatorio-oci.org*

l'audizione si incardina il collegio OCRI che […] potrebbe risultare l'unico interlocutore al quale il tribunale si rivolge per ottenere i chiarimenti necessari ad un procedimento giurisdizionale che, sebbene in astratto abbia natura contenziosa, si sviluppa con modalità libere e con forme che non sono indispensabili al fine del decidere >>[327].

In virtù di quanto stabilito nel secondo comma dell'art. 9 CCII, l'istanza del debitore richiede il patrocinio obbligatorio del difensore e – sulla scorta di quanto viene stabilito dal primo comma della norma citata – alla procedura in questione non è applicabile la sospensione feriale dei termini. In tema di compenso del difensore, va precisato che si tratta di credito non prededucibile, conformemente a quanto stabilito dal terzo comma dell'art. 6, ai sensi del quale << non sono prededucibili i crediti professionali per prestazioni rese su incarico conferito dal debitore durante le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi a soggetti diversi dall'OCRI >>[328].

Si è detto che nell'istanza il debitore dovrà indicare le misure protettive specificamente richieste (in relazione al caso concreto) e funzionali ad assolvere allo scopo cui esse sono *ex lege* destinate. A ciò va aggiunto che, inserendosi la richiesta del debitore in un procedimento a tutti gli effetti giurisdizionale, dovrebbe valere anche per esso il principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato sancito dall'art. 112 c.p.c.: ne deriva, allora, una conferma al dato per cui l'istanza del debitore non può essere del tutto generica, perché – proprio in virtù del citato principio – non può farsi seguire un provvedimento giudiziale ad una richiesta atipica o in bianco.

[327] MASTROGIACOMO M. (2019). *Op. cit.*, tratto da *osservatorio-oci.org*

[328] Diversamente – ma con seri dubbi circa la conformità della scelta al principio di ragionevolezza – è previsto per i crediti professionali sorti in funzione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti e per la richiesta delle misure protettive: l'art. 6, comma 1, lett. *b*), ne ammette la prededucibilità nei limiti del 75% del credito accertato e a condizione che gli accordi siano omologati.

La stessa operatività del principio in questione – che regge anche la domanda cautelare – è stata posta come ulteriore argomento a sostegno della tesi per cui è difficile negare un accostamento delle misure protettive a quelle con funzione cautelare. Pur dovendosi infatti escludere – per le prime – una struttura propriamente strumentale e cautelare, in quando non collegate – a differenza delle seconde – all'esercizio di una specifica azione cognitiva, esse hanno comunque la finalità di assicurare il buon esito delle iniziative assunte e lo scopo (in un'ottica, appunto, cautelare) di salvaguardare l'integrità della massa fallimentare nel caso in cui dovesse registrarsi una conclusione negativa della composizione assistita, evitando che il patrimonio del debitore subisca le incursioni dei singoli creditori nel tempo necessario per esperire il tentativo di composizione.

Sull'argomento è, invece, di contrario avviso altra dottrina che risalta la differenza delle misure protettive da quelle cautelari, sostenendo che << mentre le misure cautelari del Codice della crisi dell'impresa sono, in tutto e per tutto, corrispondenti alle altre misure cautelari presenti nel campo del diritto civile, le misure protettive sono – al contrario – qualcosa di assolutamente nuovo e singolare, poiché con esse non si chiede al giudice un provvedimento in funzione di un diritto, ma un provvedimento *contra ius* in funzione della regolazione della crisi […] >>. La novità della misura protettiva, secondo la prospettiva in esame, sarebbe proprio questa: << immaginare che si possa aver diritto a chiedere non l'attuazione della legge ma la sua disapplicazione >>[329].

Ad ogni modo, resta difficilmente revocabile in dubbio che il legislatore delegato abbia voluto sottolineare l'identità funzionale delle misure cautelari e delle misure protettive, anche perché ha affidato la disciplina di entrambe alla medesima disposizione del Codice – l'art. 54 – che ha ad

[329] Le citazioni sono tratte da SCARSELLI G. (2019). *Le misure cautelari e protettive del nuovo codice della crisi dell'impresa*, tratto da *judicium.it*

oggetto, oltre alle misure cautelari, le misure protettive adottabili nel corso del procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale o della procedura di concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione.

In particolare, l'art. 54 denomina come misure protettive quelle del secondo comma, che il debitore deve espressamente richiedere nella domanda di accesso a una delle procedure menzionate e che si identificano nel blocco o nella sospensione delle azioni esecutive e cautelari, nella sospensione della prescrizione e nella neutralizzazione delle decadenze. Il comma in esame ci aiuta, peraltro, a comprendere maggiormente il possibile contenuto delle misure protettive di cui all'art. 20 CCII perché, sul presupposto che queste ultime siano le stesse delle misure di cui al secondo comma dell'art. 54, il legislatore delegato ha contemplato nel quarto comma dell'art. 54 la possibilità che le misure protettive di cui al comma 2 siano richieste << ai sensi dell'art. 20 >> dal debitore che abbia proposto istanza per la soluzione concordata della crisi.

Tuttavia, una fondamentale differenza tra le misure di protezione previste dall'art. 54, comma 2, e le misure di cui all'art. 20 va rintracciata sul terreno dell'automaticità degli effetti delle misure stesse.

Preliminarmente, si osserva che nel Codice della crisi il carattere di automaticità risulta generalmente depotenziato risetto al sistema precedente. Infatti, in base alle norme finora vigenti, era previsto che la pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di accesso alle procedure di regolazione della crisi determinasse – secondo il fenomeno definito *automatic stay* – l'automatica sospensione delle azioni esecutive sul patrimonio del debitore. Il legislatore delegato, invece, ha previsto – in relazione, per i fini che qui interessano, alle misure protettive di cui all'art 54, comma 2 – che il debitore, per ottenere l'operatività della misura, ne deve fare specifica istanza nella domanda di avvio della procedura di regolazione prescelta. Solo una volta

adempiuto tale onere, l'effetto si determina automaticamente, successivamente alla pubblicazione della domanda nel registro delle imprese. Però, in ossequio alle indicazioni del diritto dell'Unione[330] che subordina la produzione degli effetti protettivi ad un vaglio, caso per caso, dell'autorità giudiziaria, a non essere più automatica è << la protrazione dello *stay*, occorrendo un'espressa conferma di esso da parte del tribunale, a pena di decadenza, entro 15 giorni dalla pubblicazione suddetta >>[331].

Diversamente, per quanto riguarda le misure protettive connesse con la composizione assistita della crisi, l'automatismo è escluso a monte: esse non scattano automaticamente con l'istanza del debitore che sia pubblicata nel registro delle imprese, bensì devono – ai sensi dell'art. 20 – essere espressamente disposte dalla sezione specializzata in materia di impresa.

In ogni caso, la sostanziale identità – in termini di contenuto – delle misure protettive di cui agli artt. 54, secondo comma, e 20, primo comma, permette anche di approdare ad una soluzione definitiva sul tema che concerne la durata di siffatte misure.

Orbene, il terzo comma dell'art. 20 stabilisce che la durata iniziale delle misure protettive della procedura di composizione assistita << non può essere superiore a tre mesi[332] e può essere prorogata anche più volte, su istanza del debitore, fino al termine massimo di cui all'art. 19, comma 1 [vale a dire, ulteriori tre mesi], a condizione che siano stati compiuti progressi significativi nelle trattative tali da rendere probabile il raggiungimento dell'accordo[333] […] >>.

---

[330] Il riferimento è alla Direttiva UE 2019/1023 in tema di ristrutturazione preventiva.

[331] BANCA D'ITALIA (2018). *Op. cit.*, tratto da *bancaditalia.it*

[332] Qui si registra una difformità rispetto a quanto previsto dall'art. 6, par. 6 della Direttiva UE 2019/1023, per cui << la durata iniziale di una sospensione delle azioni esecutive individuali è limitata a un massimo di quattro mesi >>.

[333] Analogamente, sempre la Direttiva UE 2019/1023 all'art. 6, par. 7 ammette la possibilità che venga disposta la proroga o il rinnovo della sospensione delle azioni esecutive individuali. Ciò esclusivamente quando – come nel caso in cui siano stati compiuti << progressi significativi nelle

Ora, posto che l'art. 8 CCII, conformemente alle sollecitazioni europee[334], pone la regola generale per cui << la durata complessiva delle misure protettive non può superare il periodo, anche non continuativo, di dodici mesi, inclusi rinnovi o proroghe >>, ci si è chiesti in dottrina come dovesse essere computato il termine di durata massima laddove, successivamente alla conclusine negativa della composizione assistita in cui erano state concesse misure protettive *ex* art. 20, il debitore – nel presentare domanda di apertura di una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza – chieda che scattino nuovamente le misure protettive, stavolta *ex* art. 54, comma 2.

In verità, si riesce a dare agevole risposta all'interrogativo in oggetto proprio valorizzando la coincidenza tra le misure protettive dell'art. 54 e quelle dell'art. 20, e tenendo in considerazione che la previsione dell'art. 8 << non distingue affatto fra la diversa origine delle misure protettive o la diversa fonte delle stesse ed è da ritenere, dunque, applicabile a prescindere dal contesto in cui le misure protettive siano state disposte >>.

Né potrebbe eludersi il limite temporale massimo stabilito dall'art. 8 trasformando le misure protettive in misure cautelari, << per le quali il limite dell'art. 8 non trova applicazione, essendo evidente che le due categorie di misure non sono interscambiabili, come chiaramente emerge sia dagli artt. 54 e 55, che le disciplinano come misure di natura diversa, sia dall'art. 20, che – proprio sul presupposto della differente natura – ammette la concessione delle une (quelle protettive), ma esclude quella della altre (quelle cautelari) >>[335].

Come già anticipato, la seconda parte dell'art. 20 – precisamente il quarto comma – prevede un'ulteriore misura protettiva che riguarda gli

---

trattative sul piano di ristrutturazione >> – risulti che << la proroga o il rinnovo sono debitamente giustificati >>.

[334] Anche l'art. 6 del par. 8 della Direttiva UE 2019/1023 stabilisce che << la durata totale della sospensione delle azioni esecutive individuali, inclusi le proroghe e i rinnovi, non supera i dodici mesi >>.

[335] Le citazioni sono tratte da CARRATTA A. (2020). *Op. cit.*: 279.

obblighi societari, ampliando così la definizione di misure protettive, che – secondo la tipizzazione dell'art. 2 lett. *p*) e dell'art. 54, comma 2 – dovrebbero includere solo quelle di tipo patrimoniale.

Tra le misure protettive che il debitore può sottoporre al vaglio giurisdizionale, la norma contempla: il differimento degli obblighi previsti dagli artt. 2446 , 2° e 3° comma, 2477, 2482-*bis*, 4°, 5° e 6° comma, e 2482-*ter* c.c., ossia l'obbligo di intervenire sul capitale sociale in presenza di perdite oltre un terzo o di azzeramento del capitale stesso. Il debitore può inoltre ottenere anche la non operatività della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale, di cui agli artt. 2484, 1° comma, n. 4, e 2545-*duodecies* c.c.

Può essere già rilevato che la norma in esame ha una duplice valenza. << Essa, infatti, esonera i soci delle società di capitali dall'onere di immettere nel circuito patrimoniale della società nuove risorse per rispristinare il capitale sociale ormai eroso, quale alternativa allo scioglimento della società. Per altro verso, la stessa interviene proprio sull'obbligo di procedere allo scioglimento a cui è legato l'ulteriore obbligo di gestire la società, una volta appurata la perdita del capitale, con un criterio meramente conservativo, in attesa di approdare alla fase della vera e propria messa in liquidazione. Nelle intenzioni del legislatore la perdita del capitale sociale non deve rappresentare, durante la composizione assistita, un vincolo alla gestione economica >>[336].

La sospensione di tali obblighi – che, secondo il dettato della disposizione, dovrebbe operare fino alla conclusione del procedimento di composizione assistita della crisi – è volta all'obiettivo di salvaguardare la continuità aziendale, quindi mira a proteggere un'aspettativa piuttosto che un bene concreto, e si fonda sul presupposto che l'improvvisa e prolungata

[336] MASTROGIACOMO M. (2019). *Op. cit*., tratto da *osservatorio-oci.org*

interruzione del ciclo economico dell'impresa rischierebbe di ulteriormente mortificare l'interesse dei creditori.

Già da tempo le sollecitazioni di stampo comunitario, in effetti, hanno abbracciato – nel diritto concorsuale – una tendenza che privilegia la continuità d'impresa, il salvataggio dei cicli economici e la protezione dei valori aziendali. Ma ciò significa accettare un rischio che è di gran lunga più elevato rispetto a quello che verrebbe scaricato sulla compagine creditoria ove venissero disposte misure protettive di tipo patrimoniale, dirette a preservare – in quanto tali – un valore statico e non dinamico. In altri termini,
<< mantenere in atto il circuito produttivo e commerciale dell'impresa in crisi nel corso di una fase nella quale si tenta un approccio negoziale per il suo salvataggio, non offre di per sé alcuna assicurazione che il bene, in astratto tutelato, sia effettivamente utile alla causa dei creditori in ragione delle incertezze implicite alla prosecuzione di un'attività di impresa, per la quale non si può escludere a priori che essa non comporti un aggravamento delle condizioni patrimoniali e finanziarie dell'imprenditore, già entrato nel tunnel della crisi >>[337].

Il comma 4 dell'art 20 aggancia la richiesta, da parte del debitore, delle misure protettive (atipiche) sulla continuità al solo presupposto che sia stato avviato il procedimento di composizione assistita della crisi di cui all'articolo 19, tralasciando – a differenza di quanto previsto per l'istanza volta ad ottenere le misure protettive patrimoniali – il passaggio dell'audizione del debitore prevista dall'articolo 18. Contestualmente, non sembra rinvenirsi un richiamo agli articoli 54 e 55 – seppur limitato dalla clausola della compatibilità – per disciplinare l'applicazione delle misure e il procedimento

[337] Così osserva sempre MASTROGIACOMO M. (2019). *Op. cit*., il quale aggiunge che << non si deve, peraltro, tralasciare di considerare che durante la composizione assistita, anche in ragione di una scansione temporale molto ristretta e del fatto che ci si potrebbe trovare di fronte a un soggetto imprenditoriale poco strutturato e sprovvisto di una pianificazione aziendale, il debitore potrebbe non fornire elementi rigorosi per far convergere le valutazioni sulla utilità di una prosecuzione, anche solo parziale e momentanea >>.

per la richiesta e concessione delle stesse: richiamo presente, invece, come a breve si vedrà, nella disposizione (art. 20, comma 2) riferibile alle misure protettive tipiche.

A ben vedere, comunque, è la mancata previsione della necessarietà dell'audizione *ex* art. 18 a suscitare particolari perplessità, perché essa potrebbe costituire un non secondario difetto nella struttura del procedimento. Infatti, posto che il secondo comma dell'art. 20 dispone che il Tribunale – nel decidere sulla concessione delle misure – può sentire i soggetti che abbiano effettuato la segnalazione all'OCRI ovvero lo stesso presidente del Collegio degli esperti, il mancato passaggio dell'audizione del debitore finirebbe per sottrarre al Tribunale gli interlocutori dai quali ottenere le indispensabili informazioni per decidere.

Il debitore allora, potrebbe benissimo domandare la protezione sulla continuità prima di ogni allerta o convocazione presso l'organismo di composizione, adducendo quale unica argomentazione a sostegno dell'istanza, volta ad ottenere l'esenzione dalla regola "ricapitalizza o liquida"[338], la sola presenza del procedimento finalizzato ad una soluzione concordata della crisi[339].

3.1. Segue: profili procedurali.

Per il procedimento di concessione delle misure protettive, l'art. 20, comma 2, rinvia al modello degli artt. 54 e 55, applicabili secondo un criterio di compatibilità. Dunque, sembra opportuno chiarire quali punti della

[338] Si rileva che la non operatività della regola "ricapitalizza o liquida", imposta dal codice civile nel caso di perdite del capitale della società, era già divenuta prassi consolidata nel periodo interinale delle procedure concorsuali, per effetto delle modifiche alla legge fallimentare apportate dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, che ha introdotto l'art. 182 *sexies*.

[339] In linea con questo orientamento eccessivamente permissivo nei confronti del debitore deve, probabilmente, leggersi anche l'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 20, che lascia alla facoltà del debitore la pubblicazione del provvedimento che concede la misura, con l'effetto di rendere del tutto inconsapevoli – riguardo alle condizioni patrimoniali – i creditori o i soggetti che nel frattempo intrattengono normali rapporti commerciali.

disciplina di cui agli artt. 54 e 55 siano condivisibili con la procedura di cui all'art. 20.

Per cominciare, un primo interrogativo concerne la compatibilità, con la procedura dell'art. 20, del quinto comma dell'art. 54, il quale – relativamente alle misure protettive ordinarie (vale a dire connesse ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza diversa dalla composizione assistita) – prevede che il presidente del Tribunale o della sezione, cui è assegnata la trattazione della procedura, << fissa con decreto l'udienza entro un termine non superiore a trenta giorni dal deposito della domanda >> oppure entro un termine non superiore a 45 giorni con provvedimento motivato e, << all'esito dell'udienza, provvede, senza indugio, con decreto motivato, fissando la durata delle misure >>.

È dubbio che tale procedimento si applichi per intero all'art. 20 perché, come si è già rilevato, nella composizione assistita non ci sono effetti protettivi automatici e la seconda parte della disposizione citata fa implicitamente riferimento alle misure protettive automatiche di cui al secondo comma dello stesso art. 54. Invece, << nel caso delle misure protettive connesse alla composizione assistita […], la sezione specializzata dovrà decidere anzitutto sull'*an* delle misure richieste e poi stabilire anche la durata […] >>[340].

Dubbi sorgono anche sull'organizzazione del procedimento. La norma di rinvio, cioè l'art. 55, prevede al primo comma – di regola – la designazione di un magistrato delegato che diviene giudice relatore del *sub*-procedimento avente ad oggetto proprio la fissazione della durata delle misure protettive, considerato che esse scattano in maniera automatica. Quanto alle misure protettive di cui all'art. 20, il modulo procedurale non dovrebbe essere il medesimo, sia perché la competenza è della sezione specializzata per

[340] CARRATTA A. (2020). *Op. cit.*: 280.

l'impresa, sia perché lo stesso art. 20, al comma 2, utilizza la locuzione << tribunale >>, facendo intendere che la procedura per l'esame dell'istanza di misure protettive connesse alla composizione assistita debba svolgersi integralmente davanti al Collegio e non al singolo giudice relatore[341].

Relativamente al *modus procedendi* del Tribunale per decidere sulle misure protettive ordinarie, il terzo comma dell'art 55 stabilisce che il giudice – dovendo esprimersi unicamente sulla durata delle misure stesse (connotate da automaticità degli effetti) – assume << ove necessario, sommarie informazioni >>. Ma quando si tratta delle misure protettive dell'art. 20, avendo in tal caso la valutazione del giudice ad oggetto proprio la concessione delle misure richieste (oltre che la loro durata), è davvero difficile pensare che alla sezione specializzata – ai fini della decisione – possa bastare l'eventuale assunzione di sommarie informazioni, senza instaurare il contradditorio con il debitore richiedente e con gli altri soggetti controinteressati.

Invero, pur in assenza di una specifica disposizione, sembra doversi ritenere che, come minimo, << il debitore non potrà sottrarsi al deposito di un elenco dei creditori, altrimenti il procedimento giurisdizionale mancherebbe nell'individuazione, anche se solo potenziale, di una delle parti >>[342]. Senza considerare che lo stesso art. 4, 1° comma, lett. *g*) della legge delega n. 155/2017, parlando proprio delle misure protettive connesse alla composizione assistita della crisi, sottolinea che il legislatore delegato avrebbe dovuto prevedere la possibilità al debitore << di chiedere alla sezione specializzata in materia di impresa l'adozione, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, delle misure protettive necessarie per condurre a termine le trattative in corso >>. E allora, sembra essere in contrasto con la stessa legge

[341] Ad una conclusione diversa, ossia nel senso della compatibilità con la previsione dell'art. 55, primo comma, potrebbe giungersi ove il 2° comma dell'art. 20 dovesse essere modificato – come previsto dallo Schema di D. Lgs. correttivo del D. Lgs. n. 14/2019, approvato dal Consiglio dei ministri il 13 febbraio 2020 – nel senso di sostituire il termine "Tribunale" con "Il giudice designato per la trattazione dell'istanza".

[342] MASTROGIACOMO M. (2019). *Op. cit*., tratto da *osservatorio-oci.org*

delega l'eventualità che – per l'adozione di tali misure – si possa seguire un procedimento che non assicura affatto il contraddittorio[343].

In ogni caso, l'opzione più ragionevole sembra essere che la sezione specializzata in materia di impresa si pronunci con ordinanza secondo le modalità indicate dall'art. 55, comma 2, relativamente all'adozione delle misure cautelari. La norma in esame, infatti, dispone che << il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione alla misura richiesta >>. Soluzione preferibile tanto più se si considera che lo Schema di D. Lgs. correttivo del D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, intervenendo proprio sul 2° comma dell'art. 55, estende l'applicazione del procedimento ivi disciplinato anche all'adozione delle misure protettive di cui al terzo comma dell'art. 54: misure la cui identità (quantomeno contenutistica) con le misure di protezione di cui all'art. 20 è stata – addietro – ampiamente dimostrata.

Piuttosto scontata è, invece, l'applicazione, anche al provvedimento di pronuncia sulle misure di cui all'art. 20, del terzo comma dell'art. 55, il quale prevede che il provvedimento[344] vada trasmesso, a cura della cancelleria, al registro delle imprese per l'iscrizione. Potrebbe obiettarsi che questa previsione si pone in apparente conflitto con il carattere di riservatezza della procedura di composizione assistita. Ma il rilievo è agevolmente superabile constatando che << non avrebbe senso reclamare una misura di natura giurisdizionale senza che la stessa sortisca gli effetti desiderati, ossia che sia

[343] Osserva giustamente CARRATTA A. (2020). *Op. cit.*: 282, che << stabilita, dunque, la necessità che la pronuncia sulle misure protettive sia preceduta dall'instaurazione del contraddittorio, non è chiaro, tuttavia, quali siano le parti fra le quali tale contraddittorio debba essere assicurato. Ed infatti, se è indubbio che parte del procedimento in questione sia il debitore istante, le controparti vanno individuate di volta in volta a seconda della misura protettiva concretamente richiesta. È facile ipotizzare che debba essere il Collegio, investito dell'istanza del debitore, il quale, nel fissare l'udienza nel corso della quale procedere a sentire le parti in contraddittorio, stabilisca anche i soggetti ai quali il decreto di fissazione dell'udienza andrà comunicato a cura della cancelleria insieme all'istanza del debitore >>.

[344] Si ritiene che il provvedimento in questione sia solo quello di accoglimento, perché quello di rigetto non produce alcun effetto per i creditori.

resa applicabile, quindi conoscibile, a tutti i destinatari, ovvero i creditori >>[345].

La pubblicità del provvedimento, del resto, è l'unico strumento idoneo a rendere conoscibili ai terzi interessati (*id est*: i creditori) le misure in questione, al fine di consentire ad essi di far valere – in sede di impugnazione – le ragioni sottese all'opposizione verso il permanere delle misure.

Il regime impugnatorio è quello dettato dall'art. 124 CCII, per espresso rinvio dell'art. 55, terzo comma: se la competenza è del tribunale collegiale, il provvedimento sarà reclamabile davanti alla Corte d'Appello (sia nel caso in cui il provvedimento impugnato sia di accoglimento dell'istanza del debitore, sia nel caso opposto); se la competenza è del tribunale in composizione monocratica, al tribunale stesso può essere proposto reclamo – di volta in volta – dai terzi interessati o dal debitore, in ragione della soccombenza.

Sempre il dettato dell'art. 124 permette di stabilire sia il termine breve di proposizione del reclamo (10 giorni), sia la sua decorrenza (dalla comunicazione per il debitore e le parti; dall'iscrizione nel registro delle imprese per gli altri interessati), sia il termine lungo (90 giorni dal deposito del provvedimento nel fascicolo della procedura). Va rilevato, inoltre, che la pendenza del reclamo non sospende l'esecuzione e l'esecutività del provvedimento impugnato (art. 124, 4° comma), e che avverso la decisione sul reclamo non è possibile esperire il ricorso per cassazione, stante la natura provvisoria e *lato sensu* cautelare delle misure protettive.

In ultima analisi, va rivolta qualche considerazione al tema della revoca delle misure protettive. L'ultimo comma dell'art. 20 dispone, in piena aderenza al dettato dell'art. 4, 1° comma, lett. *g*), della legge delega n. 155/2017, che << le misure concesse possono essere revocate in ogni momento, anche d'ufficio, se risultano commessi atti di frode nei confronti dei

[345] MASTROGIACOMO M. (2019). *Op. cit*., tratto da *osservatorio-oci.org*

creditori o se il collegio di cui all'articolo 17 [si intende, il Collegio degli esperti dell'OCRI] segnala al giudice competente che non è possibile addivenire a una soluzione concordata della crisi o che non vi sono significativi progressi nell'attuazione delle misure adottate per superare la crisi >>.

Se, da un lato, la prima parte della disposizione rivela con molta chiarezza l'intento di arginare l'azione fraudolenta del debitore nei confronti dei creditori, dall'altro lato, è stato da più parti osservato che la parte finale del comma riportato solleva alcune criticità, che ne rendono meno agevole l'interpretazione.

Esplicitando, la seconda parte della disposizione sembra attribuire all'OCRI il potere-dovere di riferire al Tribunale delle imprese alcune circostanze, emerse durante le trattative, che parrebbero essere limitate alla sola impossibilità di addivenire ad un accordo, risultando invece escluse quelle condizioni che pure potrebbero costituire un rischio per i creditori: si pensi, ad esempio, alla concessione di una misura protettiva che si riveli successivamente dannosa per i creditori senza, però, che risulti integrato il presupposto della frode; ovvero al caso del debitore che, durante la composizione assistita, abbia richiesto la protezione sulla continuità aziendale sopravvalutando l'idoneità della gestione – *medio tempore* – a sostenere le ragioni del ceto creditorio.

A ben vedere, però, si potrebbe recuperare il potere-dovere del Collegio, durante la composizione assistita, di verificare e poi di riferire che la continuità non produce le utilità attese, e che riduce – al contrario – le speranze dei creditori, valorizzando l'ultimissima precisazione del comma in esame in cui si dispone che la segnalazione può riguardare anche i casi in cui << non vi sono significativi progressi nell'attuazione delle misure adottate per

superare la crisi >>. Si tratta, effettivamente, di una valutazione ben diversa dall'impossibilità di raggiungere un accordo.

D'altronde, << nella stessa direzione sembra andare anche il comma 4° dell'art. 55 del CCII che detta una regola all'apparenza generale, ma che in realtà è specifica per la procedura nella quale si incardinano le misure in esame. Il tribunale, infatti, potrà revocare le misure protettive anche se l'attività intrapresa dal debitore non è idonea a pervenire alla composizione assistita. >>[346].

In termini di procedimento da seguire per la revoca, si deve far capo – ancora una volta – all'art. 55, 4° comma, in cui si prevede il procedimento per la revoca sia delle misure protettive ordinarie, sia di quelle connesse alla composizione assistita della crisi. Se ne ricava che la sezione specializzata, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procederà nel modo che ritiene più opportuno all'assunzione degli atti di istruzione e deciderà sulla revoca delle misure[347].

4. Rilievi finali. Misure premiali.

È ormai pacifico che di fondamentale importanza è la tempestività dell'emersione della crisi, al fine della migliore riuscita della composizione bonaria della crisi stessa. Il legislatore delegato, in questa prospettiva, oltre ad aver previsto – come si è già visto – un sistema incentivante (ad effettuare le segnalazioni di allarme) operante per gli organi di controllo e i creditori qualificati, ha istituito un sistema di "misure premiali" – utilizzando una

[346] MASTROGIACOMO M . (2019). *Op. cit*., tratto da *osservatorio-oci.org*

L'Autore, sul punto, aggiunge: << il collegio OCRI che […] è chiamato a seguire le trattative per la ricerca di una soluzione concordata della crisi, avrebbe, quindi, un ruolo simile a quello dell'attuale commissario giudiziale che, anche nella fase interinale del concordato in continuità, deve vigilare affinché si verifichino le condizioni di cui all'ultimo comma dell'art. 186-*bis*, ossia una prosecuzione dell'impresa dannosa per i creditori. Per sostenere tale tesi, tuttavia, bisognerebbe investire il collegio anche dei poteri di verifica contabile assegnati al commissario giudiziale ai sensi dell'art. 161, settimo comma, quarto periodo, che, tuttavia, non sembrano ricavarsi dalla disciplina sulla composizione assistita >>.

[347] Nonostante il silenzio della legge, anche il provvedimento sulla revoca dovrebbe essere suscettibile di reclamo davanti alla Corte d'Appello, ai sensi dell'art. 124.

locuzione tipica del diritto penale – per l'imprenditore che acceda tempestivamente alla procedura di allerta in senso lato, ovvero ad una delle procedure regolatrici della crisi o dell'insolvenza disciplinate dal Codice[348].

Circa il requisito della tempestività, l'art. 24, 1° comma, definisce in negativo, come non tempestiva, la domanda di accesso alle procedure del Codice se avanzata dopo sei mesi per le procedure concorsuali ordinarie regolate dal CCII[349], e dopo tre mesi per la composizione assistita, da quando si sono registrati eventi – tipizzati dalla stessa norma – indicativi della situazione di crisi. Il termine entro il quale sussiste tempestività decorre: *a*) dall'esistenza di debiti retributivi scaduti da almeno sessanta giorni e pari ad oltre la metà del totale mensile delle retribuzioni; *b*) dall'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni per un totale superiore a quello dei debiti non scaduti; *c*) con il superamento, nell'ultimo bilancio approvato o comunque per oltre tre mesi, degli indici elaborati ai sensi dell'art. 13, commi 2 e 3, dal CNDCEC o dalla stessa impresa e attestati come adeguati da un professionista indipendente.

Considerate le conseguenze che ne derivano ai fini delle misure premiali, l'art. 24, 2° comma, prevede che la tempestività – anche in virtù della complessità del relativo accertamento – debba essere attestata dal presidente del Collegio dell'OCRI su istanza del debitore, in modo che

---

[348] Deve comunque precisarsi che << a prescindere dal sistema incentivante delle misure premiali, rappresenta un dovere di carattere generale per l'imprenditore quello di verificare l'attitudine dell'impresa ad operare secondo criteri d'ordinario funzionamento, nella prospettiva della continuità aziendale, attraverso un adeguato monitoraggio dell'attività gestoria. Dovendo, in ogni caso, l'imprenditore (organo d'amministrazione, per l'impresa societaria) agire secondo criteri di diligenza e prudenza in funzione degli obblighi imposti dalla legge e dallo statuto (artt. 2392, comma 1, e 2476, comma 1, c.c.), nonché della conservazione dell'integrità del patrimonio sociale (artt. 2394, comma 1, e 2476, comma 6, c.c.) >>. GAMBI L. (2019). *Le misure premiali nel Codice della crisi*, tratto da *ilfallimentarista.it*

[349] Il riferimento all'accesso ad una delle procedure regolatrici della crisi o dell'insolvenza disciplinate dal CCII sembrerebbe precludere l'applicazione del sistema premiale in caso di redazione di un piano attestato di risanamento che non transiti dagli organismi di composizione, pur essendo esso generalmente annoverato tra gli strumenti di composizione della crisi. Il debitore dovrebbe, quindi, sempre ricorrere, in tal caso, alla procedura di composizione assistita della crisi. Con ciò potrebbe trovare conferma l'impressione, da più parti avvertita, che l'allerta funzioni più efficacemente solo all'interno del contenitore di cui all'art. 19 CCII.

l'imprenditore possa invocare il titolo premiale quale elemento di prova in ordine alla diligenza della propria condotta nell'ambito di eventuali procedimenti a suo carico, tanto civili, quanto penali, in ipotesi di successiva apertura di procedura concorsuale. Sta di fatto, però, che prevedere la necessarietà della citata attestazione – il cui ottenimento resta meramente eventuale – significa << alterare l'oggettiva formazione di un requisito fondante la concessione delle misure, differendone l'effettività ad un contenzioso interno ai procedimenti, a cominciare da quello della composizione assistita >>[350].

A ben vedere, accanto al requisito della tempestività, l'art. 25 aggiunge due ulteriori condizioni che consentono all'imprenditore di beneficiare – anche cumulativamente – delle misure premiali contemplate dallo stesso art. 25, primo e secondo comma. Tali condizioni sono, da un lato, che l'imprenditore abbia attuato secondo buona fede le prescrizioni del collegio nominato dall'OCRI, dall'altro, che le sue domande di accesso ad una delle procedure regolatrici della crisi o dell'insolvenza previste dal CCII non siano state dichiarate inammissibili.

Le prime tre misure (art. 25, 1° comma) – di natura prettamente patrimoniale – riguardano gli interessi e le sanzioni fiscali, e consistono precisamente in: *a*) riduzione della misura legale degli interessi che maturano sui debiti fiscali dell'impresa durante la procedura di composizione assistita della crisi e sino alla sua conclusione; *b*) riduzione alla misura minima delle sanzioni tributarie per le quali è prevista l'applicazione in misura ridotta in caso di pagamento entro un determinato termine, quando il termine per il pagamento scade dopo l'istanza di composizione assistita della crisi ovvero la domanda di accesso alle altre procedure concorsuali; *c*) riduzione della metà, nella successiva procedura concorsuale, di sanzioni e interessi sui debiti tributari oggetto della procedura di composizione assistita della crisi.

[350] FERRO M. (2019). *Op. cit.*: 434.

L'attenuazione della responsabilità patrimoniale dell'imprenditore ha sollevato perplessità in parte della dottrina, che si è chiesta perché mai i terzi (creditori) che abbiano già subito danno dagli amministratori (in quanto conduttori di una cattiva gestione che ha spinto l'impresa verso il declino) debbano subire una riduzione delle loro pretese. Dal punto di vista della giustizia commutativa, si evince qualcosa di << evidentemente storto >> perché i terzi finirebbero per finanziare economicamente le misure premiali previste per gli amministratori che li hanno danneggiati.

Per superare le criticità, potrebbe sostenersi che le misure premiali giovano anche ai danneggiati perché, incentivando gli amministratori a reagire tempestivamente, permettono di arginare i danni per la collettività. Ma, in realtà, questa tesi viene facilmente scartata dalla considerazione che << chi è stato già vittima di un danno risarcibile cessa di far parte della collettività indifferenziata dal momento in cui è stato pregiudicato: da quel momento il danno fa la differenza. Non si vede perché egli dovrebbe subire un esproprio totale o parziale del suo credito a beneficio di una collettività che, in quanto danneggiato, non lo rappresenta >>.

Una soluzione forse può rintracciarsi ipotizzando che il legislatore, più che penalizzare quanti già abbiano subito un danno, << abbia voluto riferirsi alla responsabilità degli amministratori verso coloro che potrebbero essere danneggiati dalla loro inerzia dopo che i famosi parametri si sono verificati >>[351]. La riduzione della responsabilità patrimoniale dell'imprenditore rileva, allora, quale mera conseguenza di fatto dell'aver presentato tempestivamente istanza per la regolazione della crisi: circostanza che lo rende immune da eventuali rimproveri di aver ritardato negligentemente le misure necessarie a contenere la crisi.

[351] Le citazioni sono tratte da SPOLIDORO M.S. (2018). *Op. cit.*: 175.
L'Autore aggiunge che << la disposizione parla di misura premiale riferendosi all'*id quod plerumque accidit*, quasi come fa un buon vecchio, seduto al caffè, quando commenta i fatti di uno scavezzacolo di paese: "Alfredo si è accorto che il vizio del gioco lo stava travolgendo. Ora è tornato dalla moglie e ha evitato guai peggiori" >>.

Proseguendo nella lettura del primo comma dell'art. 25, ulteriore misura premiale (lett. *d*) – stavolta di natura processuale – è il raddoppio del termine della proroga che il giudice può concedere per il deposito della proposta di concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 44 CCII, a meno che l'OCRI non abbia chiuso la procedura di composizione assistita con *notitia decoctionis* al PM[352]. Infine, restando nella prospettiva concordataria, la lett. *e*) prevede che per rendere inammissibile la proposta concorrente, è sufficiente l'attestazione che la proposta concordataria del debitore assicuri << il soddisfacimento dei crediti chirografari in misura non inferiore al 20% dell'ammontare complessivo >>.

Quanto alle misure personali previste dal secondo comma dell'art. 25, esse concernono interventi sulla responsabilità penale per le sole condotte antecedenti l'assunzione tempestiva dell'iniziativa, vale a dire poste in essere prima dell'apertura della procedura.

Il legislatore delegato ha introdotto una causa di non punibilità – nell'ipotesi in cui il danno è di speciale tenuità – non solo per la bancarotta semplice (per la quale l'art. 131-*bis* c.p. già esclude la punibilità per particolare tenuità del fatto, in presenza di condotte non abituali), ma anche per la bancarotta fraudolenta e gli ulteriori reati menzionati dall'articolo 25 CCII.

Ne deriva una notevole riduzione dell'area del rischio penale, perché la suddetta misura premiale << tutela l'assai frequente circostanza che condotte di non corretta destinazione dei beni dell'impresa, ma con effetti depauperativi del patrimonio estremamente modesti e con incidenza minima se non quasi nulla sul soddisfacimento dei creditori, poste in essere anche in epoca assai

[352] Questa previsione, in effetti, può tornare utile al debitore ove, all'esito della procedura di composizione assistita della crisi ed a prescindere dal fatto che sia stato raggiunto o no l'accordo, intenda avanzare domanda di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione.

risalente, assumano a seguito dell'apertura della procedura concorsuale rilevanza come reati di bancarotta fraudolenta >>[353].

Invece, al di fuori dell'ipotesi di danno di speciale tenuità – ma a condizione che il danno sia comunque di ammontare non superiore a due milioni di euro e risulti all'atto dell'apertura della procedura concorsuale un attivo inventariato o offerto ai creditori che consenta il soddisfacimento di almeno un quinto dell'ammontare dei crediti chirografari – è prevista una circostanza attenuante ad effetto speciale, con riduzione della pena fino alla metà[354].

L'attenuante spetta, di conseguenza, solo nei casi in cui alla tempestività dell'iniziativa si accompagni un soddisfacimento non irrisorio dei creditori ed un danno non esorbitante, giacché solo in questi casi può ritenersi che la tempestività dell'iniziativa abbia prodotto effetti positivi in termini di conservazione del patrimonio.

[353] SANCETTA G. – BARATTA A.I. – SICURO L. (2019). *Gli strumenti di allerta e le funzioni dell'organismo di composizione della crisi*, tratto da *ilsocietario.it*

[354] Nella Relazione illustrativa si dà atto che le due soglie (minima, per il soddisfacimento dei creditori chirografari, e massima per il danno cagionato) sono state introdotte seguendo i rilievi della Commissione Giustizia della Camera, in modo da << restituire significato alla norma di delega, una volta stabilito che la causa di non punibilità per tenuità del danno è riferibile al delitto di bancarotta semplice e agli altri reati e mira ad evitare che sia premiata la pianificazione di condotte distrattive o dissipative di rilevante entità esclusivamente grazie al successivo – e programmato – accesso ad una procedura di composizione della crisi o di regolazione della crisi o dell'insolvenza >>.

Conclusioni.

Rappresentando un necessario allineamento agli orientamenti comunitari e di altri ordinamenti europei, l'introduzione anche nel nostro ordinamento dei meccanismi *lato sensu* di allerta va tendenzialmente salutata con favore, sebbene – come si è visto – non risulti arduo sollevare rilievi contro le non poche ambiguità del testo normativo di nuovo conio.

L'interprete, inizialmente animato da un naturale entusiasmo per le "novità" recate dal Codice, non può successivamente non constatare che il testo in questione risulti << sensibilmente perfettibile e dunque ben lontano dal poter essere considerato, per dirla con Leibniz […], "il migliore dei mondi possibili" >>[355].

In primo luogo, la disciplina dell'allerta pecca di una certa macchinosità procedimentale appesantita da un'eccessiva burocratizzazione, che rischia di far consumare inutilmente tempo e risorse.

La minuzia di disposizioni previsionali che stabiliscono ossessivamente indicatori ed indici quantitativi, sia per stabilire quando sorge l'obbligo di segnalazione della crisi sia per l'applicazione di misure premiali o sanzionatorie per chi (imprenditore o creditori pubblici qualificati) abbia rispettato o eluso quegli obblighi, potrebbe costituire terreno fertile per il sorgere di controversie nella fase attuativa di tali istituti. Ma soprattutto il carattere "sovrabbondante" delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi – nutrite da una serie di adempimenti fin troppo dettagliatamente prescritti – rischia di conferir loro una arcigna fisionomia, similmente a quella delle procedure concorsuali tradizionali, finendo così per generare – in una clamorosa eterogenesi dei fini – la fuga dell'imprenditore, che invece dovrebbe essere incoraggiato a ricorre alle suddette procedure per

[355] AMBROSINI S. (2018). *Osservazioni e proposte sullo schema di decreto delegato: allerta, procedimento unitario e concordato preventivo*, tratto da *osservatorio-oci.org*

superare nel modo migliore una crisi che, se non già attuale, starebbe astrattamente per affliggerlo.

In secondo luogo, ulteriore riflessione degna di nota è che se, guardando al mero contesto di svolgimento delle procedure di allerta e di composizione assistita, se ne riconosce una prima estraneità organizzativa rispetto alla giurisdizione, successivamente si registra nello svolgimento degli atti una piuttosto preoccupante invasività del controllo amministrativo e giudiziale nella vita delle imprese: ciò evidenzia la natura, per certi versi, meramente declamatoria della precisazione circa il carattere non giudiziale e confidenziale degli istituti in questione.

Sul punto, nel caso in cui si vogliano preservare le finalità originarie delle procedure di allerta anziché trasformare le stesse in un rito inutilmente complesso attraverso cui si accompagnano le imprese verso una cerimonia funebre, è auspicabile la riscrittura della discussa disposizione che impone all'OCRI nella persona del Referente la segnalazione al Pubblico Ministero al verificarsi delle condizioni di cui all'art. 22.

Trattasi di una "minaccia" che crea più danni dei vantaggi che si prefigge: sarebbe forse stato preferibile – nell'intento di non colorare l'allerta di profili pubblicistici potenzialmente idonei a spaventare l'imprenditore e a costituire un deterrente dell'emersione anticipata della crisi – lasciare al mercato, ossia ai creditori, l'iniziativa per la dichiarazione di insolvenza senza bisogno di aggiungervi la previsione di un intervento pubblico. Ciò vale ancor di più considerando che adesso, ai sensi dell'art. 38, comma 1, CCII, il P.M. – la cui iniziativa potrebbe già ben esplicarsi ai sensi del precedente art. 37, comma 2 – può agire << in ogni caso in cui ha notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza >>.

In ultima analisi, è appena il caso di ribadire ulteriormente che l'impianto dei meccanismi di allerta e composizione assistita della crisi potrà

risultare efficace solo se sorretto dalle solide fondamenta di una nuova cultura dell'impresa, perseguibile attraverso percorsi formativi, di aggiornamento, sostegno e consulenza (possibilmente gratuita, ovvero fondata su logiche assicurative) in favore degli imprenditori, da sviluppare in un ambiente davvero confidenziale, sotto la guida di professionisti indipendenti esperti in materia aziendale[356].

Per concludere, come è avvenuto in passato per altre innovazioni giuridiche, anche per le procedure di allerta vale la massima per cui << solo la pratica potrà dirci se le riforme di oggi si trasformeranno domani in istituti duraturi e virtuosi >>[357]. Intanto sarà opportuno che il nostro Legislatore intervenga a modificare, correggere e – perché no – anche ad abrogare alcune delle disposizioni da poco emanate.

Certo, non è questa una prassi che possa dirsi virtuosa perché, a mo' di sciame sismico, contribuisce a rendere cronicamente instabile il quadro normativo e, in generale, nuoce alla certezza del diritto. Ciò in quanto << le norme vivono anche e soprattutto nell'interpretazione che se ne dà, e questa, a propria volta, richiede un tempo fisiologico di sedimentazione per potersi consolidare ed offrire garanzie di (almeno relativa) stabilità, mentre il continuo mutare del dato normativo ostacola il consolidarsi della giurisprudenza e fa sì che l'interprete si trovi sempre più spesso a doversi confrontare con problemi ancora inesplorati >>[358]. Tuttavia, non ce ne si deve dolere, dal momento che è la realtà economico-sociale complessivamente

---

[356] In questo senso si veda VELLA P. (2019). *L'allerta nel codice della crisi e dell'insolvenza alla luce della Direttiva (UE) 2019/1023*, tratto da *ilcaso.it*

L'Autore suggerisce, inoltre, che << la mancata adesione dell'imprenditore a questi percorsi virtuosi potrebbe poi restare sanzionata in ambito privatistico, mediante la comunicazione o pubblicazione nel registro delle imprese di appositi *report* redatti dagli organi chiamati a gestire le procedure di allerta e composizione assistita della crisi, […] così come si potrebbe arrivare a concepire una sorta di *check* periodico del benessere dell'impresa, da leggere in chiave antropomorfica come *screening* per una efficiente diagnosi precoce >>.

[357] SPOLIDORO M.S. (2018). *Op. cit.*: 185.

[358] RORDORF R., *Prefazione* ad AMBROSINI S. (2016). *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l. 132/2015 e prossima riforma organica*, Zanichelli, Bologna, pp. 2-3.

intesa ad essere sempre più soggetta a forti accelerazioni ed è inevitabile che ciò si rifletta anche sugli assetti giuridici di società in divenire.

Bibliografia.

ABRIANI N. – ROSSI A. (2019). *Nuova disciplina della crisi d'impresa e codice civile: prime letture*. Le Società, fasc. 4.

AMBROSINI S. (2016). *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica*, Zanichelli, Bologna.

ANGELICI C. (2006). *Diligentia quam in suis* e *business judgment rule*. Rivista del diritto commerciale, fasc. 1.

BAUDINO A. (2020). *Prevenzione e gestione della crisi d'impresa: una sfida, ma anche un'opportunità, per le imprese e per i professionisti*. Il Nuovo Diritto delle Società, fasc. 2.

BENAZZO P. (2019). *Il Codice della crisi d'impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?* Rivista delle Società, fasc. 2.

BENEDETTI L. (2019). *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori.* Rivista delle Società, fasc. 2.

BONELLI F. (1992). *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano.

BONFANTE G. (2019). *Le misure di allerta*. Giurisprudenza Italiana, fasc. 8/9.

BRIZZI F. (2015). *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Giappichelli, Torino.

BRIZZI F. (2019). *Procedure di allerta e doveri degli organi di gestione e controllo: tra nuovo diritto della crisi e diritto societario*. Orizzonti del Diritto Commerciale, fasc. 2.

BUONOCORE V. (2006). *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile.* Giurisprudenza Commerciale, fasc. 1.

CAGNASSO O. (2018). *Diritto societario e mercati finanziari*. Il Nuovo Diritto delle Società, fasc. 5.

CALANDRA BUONAURA V. (2019). *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da R. Costi, Giappichelli, Torino.

CALANDRA BUONAURA V. (2020). *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*. Giurisprudenza Commerciale, fasc. 1.

CALDERAZZI R. (2018). *La funzione di controllo nell'impresa bancaria*, Giappichelli, Torino.

CALVOSA L. (2019). *Gestione dell'impresa e della società alla luce dei nuovi artt. 2086 e 2475 c.c.* Le Società, fasc. 7.

CAMPOBASSO M. (2002). *L'imputazione di conoscenza nelle società*, Giuffrè, Milano.

CARDARELLI M.C. (2019). *Insolvenza e stato di crisi tra scienza giuridica e aziendalistica.* Il diritto fallimentare e delle società commerciali, fasc. 1.

CARMELLINO G. (2015). *Le droit français des entreprises en difficulté e i rapporti con la nuova normativa europea.* Il Fallimento, fasc. 10.

CARRATTA A. (2020). *La composizione assistita della crisi e le misure di protezione "anticipate" nel codice della crisi e dell'insolvenza*. Il diritto fallimentare e delle società commerciali, fasc. 2.

CILLO D. (2019). *La gestione delle società di persone e a responsabilità limitata nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.* Rivista del Notariato, fasc. 6.

D'ATTORE G. (2019). *Gli Ocri: compiti, composizione e funzionamento nel procedimento di allerta*. Il Fallimento, fasc. 12.

DACCÒ G. (1997). *L'organizzazione aziendale,* CEDAM, Padova.

DE MARI M. (2016). *Gli assetti organizzativi societari*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, diretto da M. Irrera, Zanichelli, Bologna.

DI CATALDO V. – ROSSI S. (2018). *Nuove regole generali per l'impresa nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*. Rivista di diritto societario, fasc. 4.

DI MARZIO F. (2017). *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Osservazioni sulla legge delega (l. n. 155/2017),* Giuffrè, Milano.

DI MARZIO F. (2019). *Obbligazione, insolvenza, impresa*, Giuffrè, Milano.

DI SARLI M. (2020). *Sull'obbligo di dotarsi di assetti adeguati. Una prima applicazione dell'art. 2086, comma 2, c.c. da parte del Tribunale di Milano (Trib. Milano 18 ottobre 2019)*. Il Nuovo Diritto delle Società, fasc. 1.

DRUCKER P.F. (1972). *L'organizzazione e la direzione della grande impresa*, Franco Angeli, Milano.

FABIANI M. (2016). *Riforma organica delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza – di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*. Il Fallimento, fasc. 3.

FABIANI M. (2019). *Le misure protettive nel codice della crisi.* Il Foro Italiano, fasc. 4.

FAUCEGLIA G. (2009*). L'anticipazione della crisi d'impresa: profili di diritto comparato e prospettive future*. Il Fallimento, fasc. 1.

FERRO M. (2016). *Misure di allerta e composizione assistita delle crisi.* Il Fallimento, fasc. 10.

FERRO M. (2019). *Allerta e composizione assistita della crisi nel D. Lgs n. 14/2019: le istituzioni della concorsualità preventiva*. Il Fallimento, fasc. 4.

GUERRERA F. (2013). *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*. Rivista delle Società, fasc. 6.

GUIOTTO A. (2019*). I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*. Il Fallimento, fasc. 4.

GUIZZI G. (2017). *Interesse sociale e governance delle società pubbliche*, in AA.VV., *La governance delle società pubbliche nel D. Lgs. n. 175/2016*, a cura di G. Guizzi, Giuffrè, Milano.

GUIZZI G. – ROSSI M. (2017). *La crisi di società a partecipazione pubblica*, in AA.VV., *La governance delle società pubbliche nel D. Lgs. n. 175/2016*, a cura di G. Guizzi, Giuffrè, Milano.

INNOCENTI F. (2018). *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto.* Rivista di diritto societario, fasc. 4.

IRRERA M. (2009). *L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003 – 2009*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Zanichelli, Bologna.

IRTI N. (2003). *Due temi di governo societario (responsabilità "amministrativa" – codici di autodisciplina)*. Giurisprudenza Commerciale, fasc. 1.

JORIO A. (2016). *Su allerta e dintorni*. Giurisprudenza Commerciale, fasc. 3.

JORIO A. (2019). *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*. Il diritto fallimentare e delle società commerciali, fasc. 2.

LAMANNA F. (2019). *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (I)*, Giuffrè, Milano.

MENGONI L. (1985). *I poteri dell'imprenditore*, in *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna.

MENGONI L. (1985). *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello Statuto dei lavoratori*, in *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna.

MEO G. (2018). *La Difficile via normativa al risanamento d'impresa.* Rivista del diritto commerciale, fasc. 4.

MERUZZI G. (2016). *L'adeguatezza degli assetti*, in AA.VV., *Gli assetti e i modelli organizzativi delle società di capitali*, diretto da M. Irrera, Zanichelli, Bologna.

MINTO A. (2014). *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria.* Giurisprudenza Commerciale, fasc. 6.

MONTALENTI P. (2003). *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*. Giurisprudenza Commerciale, fasc. 1.

MONTALENTI P. (2018). *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*. Giurisprudenza Commerciale, fasc. 1.

MONTALENTI P. (2019). *Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*. XXXIII Convegno di studio su "Crisi d'impresa. Prevenzione e gestione dei rischi: nuovo Codice e nuova cultura", Courmayeur, 20 – 21 settembre 2019.

MONTELLA G. (2017). *Ristrutturazione preventiva e doveri dei dirigenti nella proposta di direttiva del 22 novembre 2016.* Il Fallimento, fasc. 10.

NARDECCHIA G.B. (2019). *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Nel Diritto Editore, Roma.

PAGNI I. (2019). *Le misure protettive e le misure cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*. Le Società, fasc. 4.

PANZANI L. (2017). *La proposta di Direttiva della Commissione UE: early warning, ristrutturazione e seconda chance.* Il Fallimento, fasc. 2.

PERRINO M. (2019). *Crisi di impresa e allerta: indici, strumenti e procedure.* Il corriere giuridico, fasc. 5.

PICARDI L. (2017). *Strutture e principi di governance*, in AA.VV., *La governance delle società pubbliche nel D. Lgs. n. 175/2016*, a cura di G. Guizzi, Giuffrè, Milano.

PORTALE G.B. (2015). *Il diritto societario tra diritto comparato e diritto straniero*, in AA.VV, *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, a cura di V. Di Cataldo – V. Meli – R. Pennisi, Giuffrè, Milano.

RICCARDELLI N. (2019). *Il sistema di amministrazione nelle s.r.l. dopo il codice della crisi e dell'insolvenza*. Il Nuovo Diritto delle Società, fasc. 7.

RORDORF R. (2019). *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*. Rivista delle Società, fasc. 5.

RORDORF R. (2019). *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*. I Contratti, fasc. 2.

ROSSI A. (2017). *La legge delega per la riforma delle discipline della crisi d'impresa: una prima lettura*. Le Società, fasc. 12.

RUSSO R. (2018). *Collegio sindacale e prevenzione della crisi d'impresa*. Giurisprudenza Commerciale, fasc. 1.

SANZO S. – BURRONI D. (2019). *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Zanichelli, Bologna.

SCOGNAMIGLIO G. (2009). *Gli assetti organizzativi degli intermediari finanziari*, in *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MiFID: prime valutazioni e tendenze applicative*, a cura di M. De Mari, CEDAM, Padova.

SERAFINI S. (2017). *L'adeguatezza degli assetti: i modelli organizzativi*, in AA.VV., *La governance delle società pubbliche nel D. Lgs. n. 175/2016*, a cura di G. Guizzi, Giuffrè, Milano.

SPADA P. (2003). *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla "nuova" società a responsabilità limitata).* Rivista di diritto civile, fasc. 5

SPOLIDORO M.S. (2018). *Procedure d'allerta, poteri individuali degli amministratori non delegati e altre considerazioni sulla composizione anticipata della crisi.* Rivista delle Società, fasc. 1.

SPOLIDORO M.S. (2019). *Note critiche sulla << gestione dell'impresa >> nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci).* Rivista delle Società, fasc. 2.

STANGHELLINI L. (2017). *La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza*. Il Fallimento, fasc. 8-9.

TOMBARI U. (2013). *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*. Rivista delle Società, fasc. 6.

VENTORUZZO M. (2016). *Richiamo e difesa delle radici istituzionali dell'impresa nel codice civile italiano*, in *Gli imprenditori*, a cura di L. Paolazzi – M. Sylos Labini – F. Traù, Marsilio, Venezia.

VICARI A. (2013). *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa*. Giurisprudenza Commerciale, fasc. 1.

Sitografia.

AMBROSINI S. (2018). *Osservazioni e proposte sullo schema di decreto delegato: allerta, procedimento unitario e concordato preventivo*, tratto da *osservatorio-oci.org*

ATLANTE N. – MALTONI M. – RUOTOLO A. (2019). *Il nuovo articolo 2475 c.c. Prima lettura*, Studio del Consiglio del Notariato n. 58 – 2019/I, tratto da *notariato.it*

BANCA D'ITALIA. (2018). *Osservazioni alla Commissione Giustizia del Senato, Schema di decreto legislativo recante Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155*, tratto da *bancaditalia.it*

BOGGIALI D. – RUOTOLO A. (2019). *Codice della crisi d'impresa. Gli adeguamenti alla nuova disciplina sulla nomina degli organi di controllo nelle s.r.l. e nelle cooperative e il richiamo all'art. 2409, c.c.*, tratto da *notariato.it*

CESARE F. (2019). *I rischi di eterogenesi dei fini nell'attività degli OCRI*, tratto da *ilfallimentarista.it*

DANOVI A. – RIVA P. (2018). *Le cinque fasi della crisi e dell'allerta*, tratto da *ilfallimentarista.it*

FABIANI M. (2019). *La fase dell'allerta non volontaria e il ruolo dell'Ocri*, tratto da *ilcaso.it*

FERRO M. (2019). *Codice della crisi d'impresa: le misure protettive e premiali nelle istituzioni di prevenzione della crisi*, tratto da *quotidianogiuridico.it*

GALLETTI D. (2011). *Le misure di protezione "anticipate" hanno davvero natura cautelare?*, tratto da *ilfallimentarista.it*

GAMBI L. (2019). *Le misure premiali nel Codice della crisi*, tratto da *ilfallimentarista.it*

GIORGETTI M. – NADIN S. (2019). *Gli strumenti di regolazione della crisi possono essere attivati in autonomia?*, tratto da *ilfallimentarista.it*

LIBERTINI M. (2016). *I principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico*, tratto da *federalismi.it*

MASTROGIACOMO M. (2019). *Le misure protettive nella composizione assistita*, tratto *osservatorio-oci.org*

NISIVOCCIA N. (2020). *La composizione assistita della crisi*, tratto da *ilfallimentarista.it*

QUAGLI A. (2016). *Il concetto di crisi d'impresa come incontro tra la prospettiva aziendale e quella giuridica*, tratto da *ilcaso.it*

RANALLI R. (2017). *Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi: insidie e opportunità*, tratto da *ilfallimentarista.it*

RANALLI R. (2018). *Il codice della crisi e gli "indicatori significativi": la pericolosa conseguenza di un equivoco a cui occorre porre rimedio*, tratto da *ilcaso.it*

RANALLI R. (2018). *Il successo della riforma dipende dall'Ocri: un accorato suggerimento al legislatore*, tratto da *ilcaso.it*

RANALLI R. (2020). *L'OCRI: un'opportunità e non una minaccia*, tratto da *ilsocietario.it*

SANCETTA G. – BARATTA A.I. – SICURO L. (2019). *Gli strumenti di allerta e le funzioni dell'organismo di composizione della crisi*, tratto da *ilsocietario.it*

SCARSELLI G. (2019). *Le misure cautelari e protettive del nuovo codice della crisi dell'impresa*, tratto da *judicium.it*

VELLA P. (2019). *L'allerta nel codice della crisi e dell'insolvenza alla luce della Direttiva (UE) 2019/1023*, tratto da *ilcaso.it*