



LA 
MAGISTRATURA
I QUADERNI

Allegato al n° 2 | 2022

**Art. 2409
c.c. e assetti
organizzativi
dell'impresa**

di Giuseppe Di Salvo



LA
MAGISTRATURA
I QUADERNI

Art. 2409 c.c. e assetti organizzativi dell'impresa



di Giuseppe Di Salvo

*Presidente della Sezione specializzata in
materia di impresa del Tribunale di Roma*

Ai sensi dell'art. 2409 c.c., se vi è fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate, **i soci che rappresentano il decimo del capitale sociale** oppure **il collegio sindacale** (settimo comma) possono denunciare i fatti al tribunale con ricorso notificato anche alla società.

Alla stregua di tale disposizione, il perimetro delle valutazioni demandate al Tribunale ed i presupposti per l'accoglimento della denuncia sono: a) l'esistenza di **fondati sospetti di gravi irregolarità** nella gestione derivanti dalla violazione, da parte degli amministratori, dei doveri su di loro gravanti; b) il **possibile danno alla società o ad una o più società controllate** derivante dalle irregolarità nella gestione, con conseguente irrilevanza, pertanto, ai fini della denuncia in questione, dell'eventuale danno arrecato a soci o terzi.

La nuova formulazione della norma, che fa riferimento all'esistenza del fondato sospetto di «gravi irregolarità nella gestione» - a differenza della precedente formulazione dell'articolo 2409 c.c. che richiedeva il «fondato sospetto di gravi irregolarità nell'adempimento dei doveri degli amministratori e dei sindaci» - consente di affermare come non assuma rilievo qualsiasi violazione di doveri gravanti sull'organo amministrativo, **ma soltanto la violazione di quei doveri idonei a compromettere il corretto esercizio dell'attività di gestione** dell'impresa e a determinare pericolo di danno per la società amministrata o per le società controllate, **con esclusione** di qualsiasi rilevanza, invece, dei **doveri gravanti sugli amministratori per finalità organizzative, amministrative, di corretto esercizio della vita della compagine sociale e di esercizio dei diritti dei soci e dei terzi estranei**.

Le gravi irregolarità, inoltre, come da giurisprudenza assolutamente prevalente devono - oltre che riguardare la sfera societaria e non quella personale degli amministratori - **essere attuali**, e pertanto nessun provvedimento potrà essere adottato qualora le stesse abbiano esaurito ogni effetto.

Infine, esse devono assumere un carattere dannoso nel senso che deve trattarsi di **violazione**

di norme civili, penali, tributarie o amministrative, capaci di provocare un danno al patrimonio sociale e, di conseguenza, agli interessi dei soci e dei creditori sociali ovvero un grave turbamento dell'attività sociale (cfr. App. Salerno, 19 luglio 2005; App. Venezia, 23 luglio 2014; App. Milano, 29 giugno 2012).

Peraltro, per come evidenziato in diversi precedenti giudiziari, alla luce dell'opzione legislativa per **l'atipicità delle irregolarità**, il requisito della gravità postula fatti e deficienze non altrimenti eliminabili, concretanti violazioni di legge e, segnatamente, delle norme civili, penali, amministrative e tributarie o dello statuto e - in virtù del richiamo di cui all'art. 2392 comma 1° c.c. - delle regole generali di gestione diligente nell'interesse sociale e in assenza di conflitti di interesse, che si sostanzino in fatti specificamente determinati e ascrivibili agli amministratori.

Al riguardo, **non rilevano né il tipo di norma violata né lo stato soggettivo (dolo o colpa) di amministratori e sindaci** (come si evince pure dall'abbandono della nozione di "adempimento" di cui alla previgente formulazione), non essendo il procedimento instaurato in seguito a un **ricorso presentato ai sensi dell'art. 2409 c.c. direttamente collegato all'esercizio dell'azione di responsabilità**.

Peraltro, pur non potendosi il giudizio del tribunale basarsi su mere supposizioni e/o su indimostrati rilevi critici, appare sufficiente che sussistano elementi di sicuro affidamento che, **pur non assurgendo al livello di prova piena**, abbiano tuttavia riscontri obiettivi che vanno al di là del mero sospetto (Trib. Novara, 21 maggio 2012; Trib. Mantova, 9 dicembre 2008).

Quanto al requisito dell'**attualità**, non rilevano ai fini del procedimento *de quo* vicende societarie ormai esaurite e non ulteriormente produttive di possibili effetti nocivi, non potendosi dar luogo all'intervento dell'Autorità Giudiziaria quando sia già stato ripristinato l'ordine amministrativo e gli effetti della condotta siano ormai intangibili, come si evince anche dalla previsione di cui all'art. 2409, terzo comma, c.c.

Inoltre, le **irregolarità** devono essere idonee alla causazione di un **danno alla società**; al riguardo deve reputarsi sufficiente il mero **pericolo di danno futuro, purché patrimonialmente rilevante**, alla società; viceversa, eventuali profili di danno ai singoli soci, ai creditori sociali e ai terzi non rivestono alcuna rilevanza ai fini dell'art. 2409 c.c., al pari di denunce pretestuose o dettate da meri motivi di disturbo da parte della minoranza.

Ne consegue che sono irrilevanti le censure attinenti al merito (inteso come opportunità o convenienza) delle scelte gestionali, con due eccezioni: in primo luogo, **le scelte palesemente irragionevoli o negligenti**, atteso che, come si è detto, **il controllo dell'Autorità Giudiziaria è di legalità e di regolarità della gestione**, intesa quale attività materiale e giuridica diretta alla realizzazione dell'oggetto sociale in modo conveniente, cioè tale che la quantità delle risorse complessivamente consumate nella produzione dei beni e dei servizi sia inferiore o corrispondente ai ricavi.

In secondo luogo, **il Tribunale può sindacare anche il merito delle scelte economiche compiute dagli amministratori in conflitto di interessi**, e segnatamente quelle in pregiudizio della società da loro amministrata, ma conformi all'interesse del socio di maggioranza, **a condizione che ricorra l'ulteriore presupposto della potenzialità del danno per la società stessa**.

In altre parole, il limite derivante dalla cd. *business judgement rule* non opera laddove si tratti di sindacare **non tanto l'osservanza del dovere di diligenza** (cd. *duty of care*) **quanto dell'obbligo di fedeltà** (cd. *duty of loyalty*), comunque compreso tra quelli richiamati dall'art. 2409 comma 1° c.c. e sotteso ai precetti normativi in tema di conflitto di interessi.

Sul tema ritornerò in seguito per le necessarie puntualizzazioni.

La «residualità» del rimedio di cui all'art. 2409 c.c.

È noto che **i soci legittimati** a procedere alla denuncia di gravi irregolarità sono normalmente abilitati ad accedere ad **ulteriori rimedi per contrastare condotte gestionali irregolari**, rimedi che, talvolta, hanno in comune con la prima taluni presupposti o taluni effetti; si pensi, ad es., alla denuncia di fatti censurabili ai sensi dell'art. 2408 c.c., alle azioni di responsabilità nei

confronti dei componenti degli organi di gestione o di controllo, alla revoca cautelare degli amministratori di società a responsabilità limitata ai sensi dell'art. 2476, terzo comma, c.c.

Per tale ragione, occorre esaminare il rapporto che intercorre tra i diversi rimedi a disposizione dei soci.

Ciò posto, la denuncia al tribunale non può essere qualificata, in termini rigidi, come rimedio di «ultima istanza», sotto il duplice profilo che, ai fini della possibilità di ricorrere allo strumento di cui all'art. 2409 c.c., da un lato, sarebbe necessario preliminarmente avere esperito ogni altro rimedio concesso dall'ordinamento e, dall'altro, che le gravi irregolarità oggetto della denuncia debbano essere, sotto il profilo ontologico, diverse dai fatti che hanno dato origine (o che possono dare origine) all'attivazione degli altri strumenti rimediali.

Al contrario, in via generale, **l'autonomia del procedimento di cui all'art. 2409 c.c. rispetto agli altri strumenti di tutela, endosocietari o giudiziari**, previsti dalla legge contro le irregolarità compiute dall'organo gestorio - autonomia che va in questa sede ribadita - discende direttamente dalla sua stessa natura volta a **garantire l'interesse generale alla corretta amministrazione della società** (così, già, Corte app. Milano, 18 aprile 1989).

Limitando, per quel che qui interessa, il discorso alle delibere degli organi societari, occorre considerare che le relative impugnazioni possono attenersi a questioni diverse dall'esercizio dell'attività di impresa e non richiedono il danno (attuale o potenziale) alla società, sì da non avere in via di principio alcuna rilevanza ai fini del controllo giudiziario.

Tuttavia, anche in tali casi, i vizi invalidanti potrebbero consistere in violazioni delle regole organizzative e di diritti dei singoli soci o di terzi suscettibili di influire negativamente sulla gestione della società, quantomeno in via potenziale (ad es., in quanto tentano di escludere uno o più soci dalla partecipazione alla vita societaria).

In breve, **i vizi di cui possono essere affette le delibere degli organi sociali non sono sempre idonei a configurare gravi irregolarità rilevanti ai fini dell'art. 2409 c.c.**, ma possono coincidere con tale fattispecie, qualora suscettibili di influire sull'esito della gestione.

In quest'ultima ipotesi, gli stessi fatti costituiscono il presupposto di distinte iniziative giudiziali, aventi finalità ed effetti diversi; le irregolarità che danno luogo a vizi delle delibere societarie possono certamente costituire l'indice rivelatore della volontà del gruppo di comando di una società di estromettere dalla vita sociale altri soci e, comunque, della presenza di ulteriori irregolarità che, proprio attraverso impedimenti alla partecipazione alle assemblee o al controllo degli atti sociali, vengono celati.

Ebbene, proprio alla luce della diversa «natura» e della **diversa finalità dei rimedi, il tema del rapporto tra denuncia ex art. 2409 c.c. e l'impugnazione delle delibere societarie va risolto in termini di piena «autonomia» del primo istituto rispetto al secondo** (e, dunque, di **«concorrenza» e non di reciproca esclusione**), autonomia che comporta che il giudice chiamato a valutare l'esistenza delle gravi irregolarità nella gestione potrà, incidentalmente, prendere in esame vizi, formali o sostanziali, che afferiscono alle delibere al fine di valutare non già l'atto in sé ovvero la sua eliminazione (che va chiesta attraverso l'impugnazione delle deliberazioni), ma al fine di valutare le ripercussioni di quei vizi sulla corretta gestione societaria.

In questa prospettiva, **un bilancio asseritamente illegittimo** potrà essere censurato mediante l'impugnazione della delibera che lo ha approvato allorquando il socio intenda eliminare quel documento contabile dal mondo giuridico ovvero contestare le singole appostazioni, ma ciò non esclude che **il socio, che abbia interesse a valutare l'incidenza dei vizi contabili sulla gestione operativa della società, possa fare ricorso al diverso rimedio di cui all'art. 2409 c.c.**

D'altra parte, anche la giurisprudenza di legittimità ha precisato che **l'oggetto e gli effetti dell'impugnazione di delibera assembleare di approvazione del bilancio e del procedimento di cui all'art. 2409 c.c.** sono differenti e solo parzialmente coincidenti; infatti, nella prima si controverte e si decide, all'esito di un processo a cognizione piena ed esauriente concluso con sentenza idonea al giudicato, della rispondenza del bilancio a chiarezza e del rispetto dei principi di verità e correttezza, posti dall'art. 2423 c.c. e valutati alla stregua dei criteri di cui agli art. 2423 bis ss. dello stesso codice; nel secondo, si accerta sommariamente la fondatezza o meno della denuncia di **gravi irregolarità nella gestione della società, nell'interesse esclusivo di quest'ultima, senza statuire definitivamente su diritti soggettivi dei soci o dei terzi** (Cass.,

29 settembre 1999, n. 10804 secondo la quale, conseguentemente, il giudice dell'impugnazione, seppure può utilizzare per la formazione del suo convincimento le risultanze del procedimento camerale, non può pedissequamente riportarsi agli accertamenti ed alla valutazione in quella sede effettuati per ritenere non veritiero o falso il bilancio e dichiarare la nullità della delibera che lo ha approvato, ma deve procedere ad un accertamento autonomo o comunque ad una valutazione critica degli accertamenti compiuti e dei provvedimenti assunti in sede camerale).

Le gravi irregolarità devono essere attuali nel senso che non è possibile l'intervento del Tribunale quando è stato già ripristinato l'ordine amministrativo oppure si siano comunque esauriti i relativi effetti; a tal fine occorre tener presente che non basta, ai sensi del comma 3, la sostituzione degli organi gestori se le irregolarità permangono, in quanto la mera sostituzione non impedisce la instaurazione o prosecuzione del procedimento, ove i nuovi amministratori non si attivino per eliminare le irregolarità medesime.

Le irregolarità, pur attuali, non devono necessariamente procurare anche un danno attuale.

La norma del 2409 c.c. parla, infatti, di "gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate...", il che sta a significare che queste devono essere tali che possano determinare tanto il concreto e rilevante pregiudizio agli interessi dei soci e dei creditori, quanto il **semplice pericolo di danno futuro**, purché **patrimonialmente rilevante, che comprometta l'interesse alla regolare, tempestiva ed ordinata gestione della società.**

La lettera dell'art. 2409 cc., così come riformato, prevede, inoltre, che il pericolo di pregiudizio sia rilevante, ai fini della denuncia al Tribunale, anche quando **ricada su una o più società controllate da quella cui si riferisce la presunta gestione gravemente irregolare**; in realtà, nonostante l'infelice formulazione, deve ritenersi che il legislatore, nel recepire un sufficientemente consolidato orientamento giurisprudenziale, così come enunciato nella relazione al d.lgs. n.6/03, abbia voluto estendere espressamente il procedimento di denuncia al Tribunale anche alle "irregolarità delle società controllate".

Sono gravi irregolarità casisticamente più ricorrenti quelle in materia di bilancio, come la redazione di bilanci falsi e l'irregolare tenuta della contabilità; l'iscrizione in bilancio di credito relativo a canoni locatizi non pagati dalla società locataria, nonostante le sue gravi difficoltà finanziarie; le annotazioni in contabilità di dati relativi ad operazioni immobiliari non rispondenti al reale contenuto economico-finanziario dell'affare; cancellature sospette ed abrasioni del libro giornale; ritardi nelle annotazioni e vidimazioni annuali; deposito di verbale assembleare di approvazione di un bilancio che, contrariamente al vero, risulta votato all'unanimità dell'assemblea.

Per una migliore comprensione del tema assegnatomi, occorre delineare sia la diligenza che gli obblighi che gli amministratori delle società di capitali sono tenuti ad osservare.

Il primo comma dell'art. 2380-bis c.c. testualmente recita: "La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale; a sua volta l'art. 2086, II co. c.c. prevede: "L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale."

Le norme testé citate sono fondamentali al fine di inquadrare i profili afferenti la diligenza e gli obblighi degli amministratori; da esse si ricavano il principio secondo cui la **funzione gestionale della società** è di **esclusiva pertinenza degli amministratori** che hanno il diritto dovere di compiere tutti gli atti necessari per il raggiungimento dello scopo sociale ed il principio in forza del quale **gli amministratori devono organizzare una struttura in grado di monitorare costantemente l'equilibrio economico-finanziario della società** onde prevenire situazioni che possano determinare la crisi di quest'ultima, **il tutto alla stregua del dovere di adottare adeguati assetti organizzativi per il bene della società**; l'aggettivo adeguati implica, altresì, una **valutazione discrezionale da parte degli organi gestori**, in merito al livello di organizzazione da raggiungere: **discrezionalità che dovrà essere orientata sulla base dei parametri quantitativi della natura e delle dimensioni dell'impresa.**

La centralità dell'operato dell'amministratore si riflette anche sul profilo della fedeltà **all'interesse della società** da lui amministrata; è suo dovere primario di **perseguire tale interesse**, sicché ogni sua azione o omissione che sia invece diretta a realizzare un interesse diverso, ed in contrasto con quello, si configura immancabilmente come violazione del dovere di fedeltà immanente alla carica.

In altre parole, l'amministratore ha solo il dovere di gestire l'impresa sociale e, più in generale, di agire con la dovuta diligenza: **non ha, al contrario, l'obbligo di amministrare la società con successo economico**. Se, quindi, gli amministratori hanno agito con la dovuta diligenza e, malgrado ciò, abbiano scelto di compiere operazioni imprenditoriali che si siano rivelate inopportune, il principio dell'insindacabilità nel merito delle loro scelte comporta che gli amministratori non sono responsabili per gli eventuali danni così arrecati alla società.

La diligenza e gli obblighi degli amministratori se male osservati comportano una responsabilità che estrinseca in una triplice direzione: verso la società (art. 2392, 2393, 2393 bis c.p.c.); verso i creditori sociali (artt. 2394, 2394 bis c.c.); verso i soci ed i terzi (art. 2395 c.c.).

Il titolo delle obbligazioni degli amministratori verso la società deve essere individuato nel rapporto instaurato con la nomina e l'accettazione, si tratta, quale che sia la configurazione che ad esso si voglia dare – mandato, contratto di amministrazione o, preferibilmente, **rapporto di immedesimazione organica, di rapporto di natura contrattuale**.

In forza di tale titolo si determinano in capo agli amministratori **obbligazioni verso la società riconducibili a due categorie:** il funzionamento dell'organizzazione; la gestione dell'impresa.

Gli obblighi relativi al funzionamento dell'organizzazione sono relativi a tutti quegli atti di impulso all'operatività degli organi sociali che gli amministratori sono tenuti a compiere per legge o per obbligo statutario.

Ne sono esempi: - convocazione dell'assemblea ex artt. 2446 e 2447 c.c.; approvazione di un progetto di bilancio conforme alle disposizioni di legge e convocazione dell'assemblea per l'approvazione del bilancio; approvazione e sottoposizione all'assemblea delle situazioni straordinarie quando previste; - esecuzione delle prescritte pubblicità ed iscrizioni nel registro delle imprese; regolare tenuta delle scritture contabili; divieto di agire in concorrenza con la società (art. 2390 c.c.); divieto di agire in conflitto di interessi con la società (art. 2391 c.c.).

Siffatte obbligazioni sono di risultato, non di mezzi, ed il loro inadempimento può essere causativo di danni alla società (es.: mancata convocazione di assemblea ex art. 2447 c.c., mancata iscrizione della causa di scioglimento ex art. 2484 comma 1 n. 4 c.c. e responsabilità ex artt. 2485 e 2486 c.c.).

Gli obblighi relativi alla gestione, in vista del raggiungimento dello scopo sociale: il compimento di una serie di atti materiali (es.: organizzazione dell'azienda, sua collocazione nello spazio, elaborazione di programmi economici, ecc.) e di atti giuridici a ciò finalizzati (es. contratti necessari per fornire all'impresa i necessari fattori di produzione; - contratti necessari per svolgere in sicurezza l'attività di impresa; - assolvimento degli obblighi fiscali, previdenziali, amministrativi).

Particolare rilevanza assume, tra gli obblighi relativi alla gestione, quello di agire con diligenza, desumibile dal disposto dell'art. 2392 c.c. che così prescrive: "Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze.

Quanto agli obblighi che gravano sugli amministratori (ed il cui inadempimento costituisce l'oggetto dell'azione di responsabilità), **occorre distinguere tra obblighi gravanti sugli amministratori che hanno un contenuto specifico e già determinato dalla legge o dall'atto costitutivo** - tra i quali rientra quello di rispettare le norme interne di organizzazione relative alla formazione e alla manifestazione della volontà della società, - **e obblighi definiti attraverso il ricorso a clausole generali**, quali l'obbligo di amministrare con diligenza e quello di amministrare senza conflitto di interessi.

Mentre per questi ultimi la responsabilità dell'amministratore può essere collegata alla violazione del generico obbligo di diligenza nelle scelte di gestione, sicché la diligente attività dell'amministratore è sufficiente ad escludere direttamente l'inadempimento, a prescindere dall'esito della scelta, rilevante a diversi fini, **per gli obblighi specifici, costituendo la diligenza la misu-**

ra dell'impegno richiesto agli amministratori, la responsabilità può essere esclusa solo nel caso, previsto dall'art. 1218 c.c., quando cioè l'inadempimento sia dipeso da causa che non poteva essere evitata né superata con la diligenza richiesta al debitore.

Al riguardo, gli obblighi possono essere distinti in due tipologie; **la prima rappresentata dagli obblighi aventi un contenuto specifico che è stato già predeterminato dalla legge o dallo statuto**, si pensi, per esempio, agli obblighi che incombono sugli amministratori in caso di perdite, e la seconda costituita **dagli obblighi che si risolvono nella regola generale di amministrare con diligenza e senza conflitto di interessi**, senza tuttavia specificare il comportamento da tenere per gli amministratori.

Nel primo comma dell'art. 2932 c.c. si rinvengono due parametri, il primo dei quali è di natura oggettiva e si riferisce alle caratteristiche della società amministrata (dimensioni, attività svolta, struttura organizzativa) ed alla posizione concretamente assunta all'interno dell'organo collegiale.

Il secondo è di natura soggettiva e stabilisce che il livello di diligenza esigibile da ciascun amministratore è quello correlato alle sue proprie competenze; in questo modo si personalizza il grado di diligenza esigibile in ragione delle cognizioni, esperienze, capacità tecniche e manageriali dei singoli, adeguandolo alle situazioni concrete di talché agli amministratori è richiesto anche di agire con perizia e prudenza.

Gli amministratori hanno con la società un rapporto di immedesimazione organica, che non può essere qualificato né rapporto di lavoro subordinato né un rapporto di collaborazione continuata e coordinata.

Per molto tempo il rapporto tra amministratori e società è stato individuato nel contratto di mandato mentre, forse più correttamente, da ultimo, si ritiene più aderente alla fattispecie tipica il contratto di amministrazione, e cioè un rapporto dal quale scaturisce, per l'amministratore, il dovere di gestire la società come prescritto dalla legge e dallo statuto, e per la società l'obbligo di remunerare l'amministratore per l'opera svolta.

Ne discende che la **diligenza richiesta agli amministratori nello svolgimento del loro incarico non è quella del mandatario, ma quella richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze degli amministratori**; la responsabilità per colpa in vigilando è circoscritta al dovere di valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società nonché di valutare, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione, e di agire in modo informato (art. 2381 c.c.).

Con riferimento alla **diligenza giova ricordare che l'art. 1176, comma 2, c.c.** norma che regola l'adempimento riferito alle obbligazioni in generale: da contratto (ed è il caso in esame), da fatto illecito o da qualsiasi altro fatto o atto idoneo a produrle.

Il debitore, secondo **l'art. 1176, comma 1, c.c.**, deve adempiere le obbligazioni usando la diligenza del buon padre di famiglia, vale a dire, secondo un parametro universalmente accettato, la diligenza dell'uomo medio.

Non si richiede una diligenza eccezionale ma quella che è solitamente prestata nell'assolvimento delle normali attività della vita e degli impegni: dunque, secondo l'id quod plerumque accidit il che si traduce, alla luce dell'art. 2392 c.c., nell'obbligo per gli amministratori di adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze, venendo così meno ogni riferimento alla figura del mandatario e con essa la diligenza del buon padre di famiglia, **doENDO, pertanto, applicarsi il secondo comma dell'art. 1176 c.c. che prevede, invece, una diligenza professionale.**

Le obbligazioni degli amministratori sono obbligazioni di mezzi e non di risultato, con la precisazione che tali obbligazioni devono essere adempiute con la diligenza esigibile da parte di chi ha assunto il compito di gestire un'impresa significando che le loro scelte devono essere informate e meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato, e non di irresponsabile o negligente improvvisazione.

Alla diligenza così intesa, devono essere associate **la prudenza e la perizia.**

La prima comporta il dovere di **non compiere operazione avventate** che nessun imprenditore

avveduto porrebbe in essere, mentre la seconda si riferisce alla **capacità di gestire un'impresa, tenuto conto delle sue dimensioni e della sua attività specifica**.

Infine, l'art. 2392 c.c. esige che gli amministratori agiscano, oltre che con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico, anche con quella propria delle loro specifiche competenze, così riferendosi alle cognizioni tecnico-professionali delle quali gli amministratori eventualmente siano portatori ed in virtù delle quali questi ultimi siano stati appositamente scelti, così come previsto, specificatamente, dall'art. 2387 c.c., in relazione al requisito della professionalità.

In ogni caso l'amministratore deve dotarsi della preparazione tecnica adeguata alla carica, o, altrimenti, rinunciarvi, anche se è il maggiore azionista della società, giacché non sono soltanto suoi, ma anche dei creditori e dei terzi in genere, gli interessi in gioco.

Parlando di diligenza e di obblighi degli amministratori appare comunque utile precisare che **il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione**, o le modalità e circostanze di tali scelte, **ma solo l'omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel tipo**, operata in quelle circostanze e con quelle modalità.

Gli amministratori non possono essere ritenuti responsabili per i rischi che l'impresa normalmente corre durante tutta la sua vita, nel senso che ad essi non potrà essere addossato il risultato negativo dell'attività sociale o di singoli atti ad essa correlati, con conseguente insindacabilità delle scelte gestionali (**Business Judgement Rule**).

Il problema del rapporto tra l'ambito operativo del principio della business judgment rule e le scelte inerenti gli assetti organizzativi si pone in quanto l'opzione organizzativa rientra nel concetto di gestione societaria, nel senso che l'organizzazione diviene espressione di scelte di fondo di tipo gestionale ed è, a sua volta, funzionale all'adozione di decisioni in grado di orientare, influenzare e dirigere la gestione, anche nel momento di crisi.

E' quindi evidente che all'amministratore di una s.p.a. non può essere imputato a titolo di responsabilità ex art. 2392 c.c. di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico; ne consegue che il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione, o le modalità e circostanze di tali scelte, ma solo l'omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità.

Aspetti della gestione amministrativa: l'omesso accertamento della perdita di continuità aziendale

Il vigente art. **2086 c.c.**, così come modificato dal D.Lgs. n. 14 del 12.1.2019, stabilisce 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** dell'impresa e **della perdita della continuità aziendale**, nonché di **attivarsi senza indugio** per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale".

Tale intervento normativo si inserisce nell'ambito del dibattito dottrinale relativo alla **gestione della crisi di impresa ed alla sua correlazione con la governance societaria**: dibattito che trae origine da due orientamenti collegati tra loro.

In particolare, **il primo orientamento** -più attento agli aspetti legati alla continuità aziendale ed al suo costante monitoraggio da parte degli organi di gestione e controllo- pone l'attenzione **sulle problematiche relative alla portata dei doveri gestionali degli amministratori ed al conflitto che si può generare, nel momento della crisi, tra gli interessi dei soci alla massimizzazione del valore della loro partecipazione e quello dei creditori ad essere soddisfatti**, giungendo alla conclusione che la funzionalizzazione di tali doveri rispetto agli interessi dei creditori potrebbe provocare una limitazione della libertà gestionale degli amministratori.

Un secondo orientamento pone maggiormente **l'attenzione sulla prevenzione della crisi**, attraverso il monitoraggio dell'andamento dell'attività ed un conseguente dovere di pianificazione degli interventi e dei rimedi prima ancora che lo scenario di crisi si manifesti.

Tale percorso evolutivo ha stimolato l'affermazione di un nuovo approccio alla gestione della crisi di impresa, caratterizzato da una **progressiva correlazione tra principi di corretta amministrazione, adeguati assetti e monitoraggio della continuità aziendale**.

La continuità aziendale, infatti, è la capacità dell'impresa di svolgere la propria attività in un prevedibile futuro; il **monitoraggio della continuità aziendale**, quindi, consente di **accertare** precocemente gli indizi iniziali della crisi, ciò al fine di pianificare gli interventi da adottare, già nel momento in cui la continuità inizia ad essere pregiudicata.

Ebbene, la nuova **formulazione dell'art. 2086 c.c.** va letta alla luce di tale idea di fondo. Ed invero, la previsione di un dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita di continuità aziendale, nonché la previsione di un dovere di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi, trova la sua **ratio** nella **emersione anticipata della crisi e nella predisposizione di un adeguato assetto per tale scopo**, attraverso una sempre maggiore attenzione alla continuità aziendale.

La **totale assenza di una visione programmatica finalizzata alla soluzione della situazione di crisi e la violazione dell'art. 2086 c.c.** (così come modificato dall'art. 375 del D.Lgs. n. 14 del 12.1.2019), non avendo gli amministratori **adottato alcuno strumento legale per la gestione della crisi**, ma solo una disordinata e pregiudizievole attività di dismissione dei beni, al di fuori di una adeguata cornice procedimentale a tutela del patrimonio della società e dei suoi creditori integra una violazione delle prescrizioni di cui all'art. 2086 c.c..

A ben vedere, in realtà, **l'obbligo di adottare adeguati assetti organizzativi non è una assoluta novità**, essendo stato introdotto nel codice civile dalla riforma del diritto societario e, secondo alcuni interpreti, potendo essere ricavato anche prima della riforma, quale riflesso del più generale dovere di diligenza, che imporrebbe di **dotare la società di un adeguato assetto organizzativo funzionale al fine di garantire corretti processi decisionali e gestionali**.

Con la riforma del diritto societario, poi, tale dovere risulta espressamente codificato con l'introduzione dell'art. **2381 c.c.**, che **-in particolare ai commi 3 e 5- prevede: il Consiglio di amministrazione valuta, sulla base delle informazioni ricevute, l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società**; e gli organi delegati curano che tale assetto sia adeguato alla natura ed alle dimensioni dell'impresa.

Il legislatore della riforma societaria ha quindi voluto sostituire il generico e problematico dovere di vigilanza sul generale andamento dell'attività con doveri ben specificati ed enucleati in termini di adeguatezza organizzativa, agire informato e rispetto dei principi di buona amministrazione.

Con il **recente intervento normativo del 2019**, poi, si assiste ad una evoluzione ulteriore sul piano finalistico, in quanto al **dovere di adottare adeguati assetti organizzativi viene attribuito uno scopo ben preciso, e cioè di consentire di rilevare tempestivamente la crisi e la perdita di continuità** e di attivare tempestivi interventi per adottare gli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità; la **finalità** è, quindi, **duplice: di rilevazione e di intervento ed entrambi devono essere tempestivi**.

Tuttavia, pur avendo chiarito la finalità, il legislatore non individua **il contenuto degli assetti organizzativi, utilizzando tuttavia l'aggettivo adeguati**.

Orbene, il **concetto di adeguatezza** implica la **strutturazione di un'organizzazione interna** che sia in grado di "adeguarsi" all'andamento dell'attività di impresa e, quindi, alle variazioni del rischio gestionale che questo comporta. **Tale strutturazione dovrà, quindi, essere oggetto di continue analisi e verifiche interne**.

Oggi, peraltro, dopo l'intervento normativo del 2019, la struttura organizzativa diviene lo strumento operativo attraverso il quale la percezione della crisi arriva agli organi societari, affinché la sua completa conoscenza consenta di predisporre i rimedi più opportuni.

Piuttosto, **sembra che le nuove norme escludano ogni competenza assembleare sulla ge-**

stione dell'impresa e sull'organizzazione aziendale; la qual cosa era già scontata, per ciò che riguarda la gestione dell'attività produttiva in senso stretto, per la s.p.a. (con il vecchio testo dell'art. 2380-*bis*), ove però sembra oggi impedita anche la possibilità di inserire in statuto norme riguardanti l'organizzazione aziendale in senso proprio.

Le nuove norme costituirebbero invece una grossa novità per la s.r.l., ove la nuova competenza esclusiva degli amministratori sembrerebbe anche entrare in contrasto con la possibilità di attribuire particolari diritti amministrativi *ad personam* a singoli soci (art. 2468, co. 3) o di attribuire competenze gestionali alle decisioni, collettive o collegiali, dei soci (art. 2479); norme che, però, non sono state espressamente abrogate.

Nel decreto correttivo al c.c.i., approvato dal Governo è stato previsto che la competenza esclusiva degli amministratori è circoscritta alla sola definizione degli assetti adeguati, e non anche alla gestione aziendale in senso stretto, per il che nelle s.r.l., potrebbe continuare ad essere demandata, con varie modalità, anche a soci non qualificati come amministratori.

Ma l'aggettivo **adeguati implica, altresì, una valutazione discrezionale da parte degli organi gestori**, in merito al livello di organizzazione da raggiungere: **discrezionalità che dovrà essere orientata sulla base dei parametri quantitativi della natura e della dimensione dell'impresa.**

Rientrando, dunque, nell'ambito delle valutazioni discrezionali, è necessario a questo punto domandarsi se il nuovo assetto dei doveri organizzativi introdotto dalla riforma del 2019 (espressamente finalizzati alla tempestiva rilevazione della crisi ed al tempestivo intervento per la sua risoluzione) possa avere riflessi –ed in che termini– sui criteri di valutazione della responsabilità gestoria.

Se è vero, infatti, che la rilevazione della crisi e la sua gestione devono entrare, attraverso l'adeguato assetto organizzativo, nelle funzioni di alta amministrazione e di controllo dell'impresa societaria; è anche vero che la crisi è un riflesso sì patologico, ma non necessariamente colpevole, del rischio insito nella attività di impresa.

Appare, quindi, necessario verificare quale possibile nuova configurazione possano assumere **i doveri di condotta degli organi gestori rispetto alla crisi e quale rilevanza possa essere riconosciuta al principio della *business judgment rule*** in rapporto alle scelte inerenti gli adeguati assetti organizzativi finalizzati alla prevenzione della crisi, il tutto appunto nella prospettiva dei profili di responsabilità che potranno configurarsi.

Il principio della *business judgment rule* applicato alle scelte organizzative degli amministratori

Il problema del rapporto tra l'ambito operativo del principio della *business judgment rule* e le scelte inerenti gli assetti organizzativi si pone in quanto **l'opzione organizzativa rientra nel concetto di gestione societaria**, nel senso che l'organizzazione diviene espressione di scelte di fondo di tipo gestionale ed è, a sua volta, funzionale all'adozione di decisioni in grado di orientare, influenzare e dirigere la gestione, anche nel momento di crisi.

Come è noto, all'amministratore di una società non può essere imputato a titolo di responsabilità ex art. 2392 c.c. di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico, atteso che una tale valutazione attiene alla discrezionalità imprenditoriale e può pertanto eventualmente rilevare come giusta causa di revoca dell'amministratore, non come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società. Ne consegue che il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può **mai investire le scelte di gestione**, o le modalità e circostanze di tali scelte, **ma solo l'omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel tipo**, operata in quelle circostanze e con quelle modalità (cfr., Cassazione civile, sez. I, 28 aprile 1997, n. 3652).

In altre parole, **gli amministratori non possono essere chiamati in responsabilità sol perché la gestione dell'impresa sociale ha avuto un cattivo esito.**

La valutazione sull'eventuale responsabilità giuridica dell'amministratore non attiene al merito

delle scelte imprenditoriali da lui compiute; la sua responsabilità giuridica ben può discendere, però, dal rilievo che le modalità stesse del suo agire denotano la mancata adozione di quelle cautele o la non osservanza di quei canoni di comportamento che il dovere di diligente gestione ragionevolmente impone, secondo il metro della normale professionalità, a chi è preposto ad un tal genere di impresa, ed il cui difetto diviene perciò apprezzabile in termini di inesatto adempimento delle obbligazioni su di lui gravanti.

Non può infatti prescindersi dall'ovvia considerazione che la **diligenza è qui espressione del fondamentale dovere di correttezza e buona fede richiamato in termini generali dagli artt. 1175 e 1375 c.c.** Nel caso degli amministratori di società, come in tutti i casi di gestione di interessi altrui, tale dovere assume ancor più che altrove i caratteri del **dovere di protezione dell'altrui sfera giuridica**: il dovere di prendersi cura dell'interesse di colui (individuo o ente) che ha incaricato il gestore dell'amministrazione delle proprie attività e, per ciò stesso, lo ha investito di un compito con indubbie connotazioni fiduciarie (così, in motivazione, Cassazione 24 agosto 2004, n. 16707).

L'attività degli amministratori, traducendosi nella gestione di un'impresa commerciale cui è connotato il carattere professionale dell'esercizio di un'attività economica organizzata (art. 2082 c.c.), assume dunque i **colori della professionalità che naturalmente si riverberano anche sul parametro della diligenza.**

Quanto appena osservato implica anche, con ogni evidenza, la centralità che nell'operato dell'amministratore assume il profilo della **fedeltà all'interesse della società da lui amministrata.** E' suo dovere primario di perseguire tale interesse, sicché ogni sua azione o omissione che sia invece diretta a realizzare un interesse diverso, ed in contrasto con quello, si configura immancabilmente come violazione del dovere di fedeltà immanente alla carica.

In altre parole, **l'amministratore ha solo il dovere di gestire l'impresa sociale e, più in generale, di agire con la dovuta diligenza**: non ha, al contrario, l'obbligo di amministrare la società con successo economico.

Se, quindi, gli amministratori hanno agito con la dovuta diligenza e, malgrado ciò, abbiano scelto di compiere operazioni imprenditoriali che si siano rivelate inopportune, il principio dell'insindacabilità nel merito delle loro scelte comporta che gli amministratori non sono responsabili per gli eventuali danni così arrecati alla società (e ciò anche se si tratta di danni che altri amministratori, più competenti, avveduti e capaci, avrebbero con certezza evitato).

Tuttavia, **il principio della insindacabilità delle scelte di gestione non è assoluto.**

La giurisprudenza ha, infatti, elaborato **due particolari limiti.** Il primo è che **la scelta di gestione è insindacabile solo se essa è stata legittimamente compiuta** (sindacato sul modo in cui la scelta è stata assunta); il secondo è che **la scelta è insindacabile solo se non è irrazionale** (sindacato sulle ragioni per cui la scelta compiuta è stata preferita ad altre).

Con riferimento al primo profilo, è stato correttamente affermato che, se è vero che non sono sottoposte a sindacato di merito le scelte gestionali discrezionali, anche se presentano profili di alea economica superiori alla norma, resta invece **valutabile la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente** - se necessario, con adeguata istruttoria - **i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere, così da non esporre l'impresa a perdite, altrimenti prevenibili** (in questi esatti termini, Cassazione 12 agosto 2009, n. 18231).

Nella specie, la Corte di Cassazione ha confermato la responsabilità degli amministratori di una finanziaria per le ingenti perdite subite dalla società, che ne avevano causato il fallimento: la responsabilità degli amministratori **ricorreva non per la violazione di norme di legge o di clausole statutarie, ma per il mancato rispetto di un dovere generale di accuratezza imposto a chi governa un'impresa, avendo gli stessi concesso fidi sprovvisti di alcuna garanzia**, ma si veda, altresì, Cassazione 24 agosto 2004, n. 16707, nonché, Cassazione 27 dicembre 2013, n. 28669).

Si tratta, in concreto, di **ripercorrere il procedimento decisionale che l'amministratore ha seguito per il compimento della scelta di gestione** verificando, in particolare, se l'amministratore abbia eventualmente omesso le cautele, le verifiche e le informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel tipo, avendo riguardo alle circostanze del caso concreto e se dalle premesse siano state ricavate **conclusioni che siano con esse in**

rapporto di coerenza e di congruità logica (cfr., Cassazione 23 marzo 2004 n. 5718 secondo la quale se anche il giudice non può sindacare la scelta in sé, deve controllare il percorso attraverso il quale essa è stata preferita).

Sotto il secondo profilo tratteggiato, non basta che l'amministratore abbia assunto le necessarie informazioni ed abbia eseguito (attraverso l'uso di risorse interne o di consulenze esterne) tutte le verifiche del caso, essendo pur sempre necessario che **le informazioni e le verifiche così assunte abbiano indotto l'amministratore ad una decisione razionalmente inerente ad esse**: è stato correttamente osservato in dottrina che l'amministratore che abbia svolto tutte le verifiche necessarie e consultato tutti gli esperti disponibili e, nonostante ciò, effettui una scelta gestionale non razionalmente inerente alle informazioni ricevute e dannose per la società non sarà irresponsabile nei confronti della società, ma, al contrario, doppiamente responsabile, per gli inutili costi dell'informazione e per il danno arrecato.

Ciò posto, è necessario chiedersi se la **regola della business judgment rule, nata e sviluppatasi con riferimento alle scelte imprenditoriali degli amministratori, possa applicarsi alle scelte «organizzative» da essi poste in essere.**

Come già ritenuto da questo Tribunale (cfr. Trib. Roma, 8.4.2020 RG n. 8159-1/2017), a tale domanda deve darsi **risposta affermativa**, partendo proprio dalla formulazione del già citato art. **2381 c.c., che pone a carico degli amministratori il dovere di curare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società.**

In tale prospettiva, in estrema sintesi, devesi evidenziare che la **funzione organizzativa rientra pur sempre nel più vasto ambito della gestione sociale** e che essa deve necessariamente essere esercitata impiegando un insopprimibile margine di libertà, per cui le decisioni relative all'espletamento della stessa vengono incluse tra le decisioni strategiche.

In altre parole, la **predisposizione di un assetto organizzativo non costituisce l'oggetto di un obbligo a contenuto specifico**, ma al contrario, di un obbligo non predeterminato nel suo contenuto, che acquisisce concretezza solo avuto riguardo alla specificità dell'impresa esercitata e del momento in cui quella scelta organizzativa viene posta in essere. E va da sé che tale **obbligo organizzativo può essere efficacemente assolto guardando non tanto a rigidi parametri normativi** (non essendo enucleabile dal codice un modello di assetto utile per tutte le situazioni), **quanto ai principi elaborati dalle scienze aziendalistiche ovvero da associazioni di categoria o dai codici di autodisciplina.**

Così, come è stato efficacemente affermato, l'esistenza di un ambito discrezionale entro il quale gli amministratori possono compiere le loro scelte aventi carattere organizzativo deriva dal fatto che il legislatore ha utilizzato come criterio di condotta, a cui essi devono attenersi nella configurazione e nella verifica degli assetti societari, **la clausola generale dell'adeguatezza e, dunque, una clausola elastica**, al pari, della clausola di diligenza dovuta nel realizzare una scelta imprenditoriale.

In definitiva, la scelta organizzativa rimane pur sempre una scelta afferente al merito gestorio, per la quale vale il criterio della insindacabilità e ciò pur sempre nella vigenza dei limiti sopra esposti e, cioè, che **la scelta effettuata sia razionale** (o ragionevole), **non sia ab origine connotata da imprudenza** tenuto conto del contesto e sia stata **accompagnata dalle verifiche imposte dalla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico.**

Adeguati assetti e business judgment rule

Acclarata, dunque, la **applicabilità della regola della business judgment rule anche alle scelte organizzative**, appare necessario esaminare il modo di atteggiarsi della regola suddetta con riferimento ai doveri codificati nella nuova formulazione **dell'art. 2086 c.c..**

Ed invero, un **sicuro elemento di novità** introdotto dall'intervento normativo del 2019 è rappresentato dal fatto che i **doveri degli organi di gestione**, che sino ad ora erano stati declinati tendenzialmente nel momento della crisi già in atto, **vengono in rilievo già nella fase pre-crisi.**

Come già evidenziato, infatti, l'art. 2086 c.c. sancisce il dovere degli amministratori di adottare

adeguati assetti organizzativi con la **doppia finalità: di rilevazione tempestiva della crisi e di intervento tempestivo al fine del superamento della stessa.**

Ci si deve, allora, chiedere **se sia configurabile (ed entro che limiti) una responsabilità degli organi di gestione** nel caso in cui **non sia stata fatta alcuna pianificazione, non vi sia stata alcuna attenzione agli indizi di pre-crisi e non sia stato adottato alcun assetto organizzativo a tal fine** ovvero nel caso in cui gli indizi siano stati rilevati e la pianificazione sia stata fatta, **ma le scelte organizzative degli amministratori si siano rivelate inefficaci al fine della risoluzione della crisi e si sia, comunque, arrivati al fallimento con danno per i creditori.**

Sotto altro profilo, si tratta, quindi, di capire in primo luogo **se ed in quali termini possa essere sindacata la scelta di una determinata struttura organizzativa piuttosto che un'altra**, ai fini della rilevazione tempestiva degli indizi della crisi e della perdita della continuità aziendale.

In secondo luogo, si tratta di **capire se un eventuale deficit organizzativo possa consentire di affermare la responsabilità dell'organo gestorio laddove siano state assunte determinate scelte relative alla pianificazione degli interventi per prevenire la degenerazione della crisi, che poi si siano invece rivelate dannose o fallimentari.**

Sotto entrambi i profili (sia quello della rilevazione della crisi, sia quello degli interventi conseguenti), **le scelte dell'amministratore -siano esse prettamente gestionali, siano esse di tipo organizzativo- possano essere sindacate nei limiti del principio della *business judgment rule*.**

Di conseguenza, mentre da un lato appare certo che la **mancata adozione di qualsivoglia misura organizzativa** comporti di per sé una responsabilità dell'organo gestorio, dall'altra, si ritiene possibile assoggettare a sindacato giudiziale **la struttura organizzativa predisposta dall'amministratore nei limiti e secondo i criteri della proporzionalità e della ragionevolezza** (e, precisamente, in questo ambito secondo i criteri della adeguatezza), **ciò al fine di verificare se fosse idonea a far emergere gli indizi della perdita della continuità aziendale e se la tipologia degli interventi scelta dall'organo gestorio sia ragionevole e non manifestamente irrazionale;** è evidente che tale verifica andrà effettuata sulla base di una **valutazione *ex ante***, tenendo conto delle informazioni conosciute o conoscibili dall'amministratore, ed a prescindere dai risultati concreti che poi sono stati raggiunti. Ciò in quanto la **responsabilità dell'amministratore presuppone pur sempre una condotta colposa o dolosa.**

Nell'ipotesi in cui le condotte contestate siano inquadrabili **nell'omesso accertamento della perdita di continuità aziendale**, necessiterà indagare se gli amministratori hanno omesso di considerare gli evidenti segnali relativi alla impossibilità di garantire la continuità aziendale della società, come nel caso in cui le entrate generate dall'attività produttiva non erano nemmeno sufficienti a coprire i costi della produzione, né tantomeno a far fronte all'ingente indebitamento della società.

Può quindi concludersi sostenendo che dovrà considerarsi **responsabile l'amministratore che ometta del tutto di approntare una qualsivoglia struttura organizzativa**, rimanendo inerte di fronte ai segnali indicatori di una situazione di crisi o pre-crisi.

Per contro, **non potrà ritenersi responsabile l'amministratore che abbia predisposto delle misure organizzative** che, con una valutazione *ex ante*, **erano adeguate**, secondo le sue conoscenze e secondo gli elementi a sua disposizione, a verificare tempestivamente la perdita della continuità aziendale. Parimenti, non potrà ritenersi responsabile l'amministratore che, pur avendo tempestivamente rilevato -grazie alla struttura organizzativa predisposta- il venir meno della continuità aziendale- ponga in essere degli interventi che, successivamente si rivelino inutili ad evitare la degenerazione della crisi (ed eventualmente il fallimento della società), qualora tali interventi -sempre sulla base di una valutazione *ex ante*- non risultino manifestamente irrazionali ed ingiustificati.

In ultimo giova evidenziare alcuni effetti sugli assetti organizzativi dell'impresa discendenti dalla crisi socio-economica legata al Covid-19

L'attuale crisi sanitaria ha posto a confronto **due importanti interessi da tutelare:** quello relativo **alla salute dei cittadini** e quello della **tenuta socio-economica del paese.** Le caratteristiche dell'epidemia in atto fanno sì che il perseguimento dell'uno risulti in contrasto con il perseguimento dell'altro e ha posto il Governo di fronte alla necessità di equilibrarsi tra i due. La forza con la quale la diffusione del virus Covid-19 si è presentata ha portato il sistema sanitario nazionale

vicino al collasso, con la conseguenza di indurre il Legislatore a decretare il blocco pressoché totale delle attività economiche e, quindi, volendo sintetizzare, a prediligere la **tutela della salute pubblica** rispetto alla **tutela degli interessi economici**.

La diffusione dell'epidemia del Covid-19 ha indotto i Governi ad introdurre delle misure eccezionali allo scopo di tutelare la salute dei cittadini; tali interventi fanno comprendere la **profondità** e la **gravità della crisi** stessa **da un punto di vista sostanziale**.

Molte di queste misure hanno avuto un impatto estremamente negativo sul tessuto economico. In particolare, il blocco della gran parte delle attività economiche e la chiusura dei confini hanno determinato l'insorgere di una crisi finanziaria, economica e patrimoniale tanto rapida quanto profonda.

In un simile contesto, l'adozione degli usuali strumenti di individuazione e contrasto della crisi si sarebbe rivelata del tutto inadeguata ed avrebbe portato inevitabilmente ad un dissesto di proporzioni anche maggiori. Per tale ragione, tra i mesi di marzo e aprile 2020 sono stati emanati alcuni Decreti (Decreto Legge n.18 del 17 marzo 2020 "**Cura Italia**" e Decreto Legge n.23 dell'8 aprile 2020 "**Liquidità**") che hanno avuto lo scopo e l'effetto di provocare un **rinvio formale della crisi**.

E' fondamentale osservare che gli interventi normativi emergenziali adottati devono essere coniugati con l'art. **2086 c.c. che assume un ruolo di primaria importanza** nelle decisioni assunte quotidianamente dagli imprenditori e che impone all'imprenditore, qualsiasi forma esso assuma, di predisporre degli **assetti organizzativi, amministrativi e contabili che risultino adeguati alle dimensioni ed alla natura dell'impresa stessa, atteso che gli assetti organizzativi** assurgono a **principale strumento per la gestione ed il contrasto della crisi in atto**.

Tra le altre disposizioni assunte, risultano in tale contesto particolarmente rilevanti le seguenti:

sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione: le ingenti perdite registrate dalle imprese nel periodo di chiusura hanno comportato in molti casi una rapida erosione dei patrimoni aziendali; senza una sospensione degli obblighi civilistici di ricostituzione del capitale, per molte di esse si sarebbe giunti ad un'inevitabile chiusura;

blocco delle procedure concorsuali e moratorie: l'assenza di ricavi, nuovamente generata dal blocco o dal rallentamento dell'operatività ha portato con sé l'impossibilità per molte realtà di adempiere alle proprie obbligazioni: da un lato è stato quindi concesso di usufruire di moratorie per i contratti di mutuo, dall'altro è stata bloccata ogni azione da parte dei creditori aziendali;

divieto di licenziamento: la più efficace e rapida misura ordinaria di **contrasto alla crisi è la riduzione dei costi** e, tra questi, di quello del personale dipendente; con la quasi totalità dei settori economici bloccati, il **ricorso ai licenziamenti avrebbe con ogni probabilità inondato il mercato del lavoro di disoccupati**, con ricadute sociali senza precedenti. La risposta del Governo è stata quella di impedire per legge i licenziamenti, affiancando a questa misura l'introduzione della cassa integrazione a disposizione della quasi totalità delle aziende;

sospensione della continuità aziendale; la combinazione di erosione patrimoniale e tensione finanziaria avrebbe di certo portato alla perdita del presupposto della continuità aziendale per molte imprese con l'effetto, nuovamente, di portare le stesse alla chiusura. I summenzionati decreti hanno quindi momentaneamente sospeso la verifica del *going concern*;

rinvio del Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: prevista per il 2020, l'introduzione del nuovo codice è stata posticipata al settembre 2021 e quindi nuovamente rinviata al 15 maggio 2022.

Gli strumenti di allerta, punti di forza sui quali si è basata la costruzione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza con l'ambizioso obiettivo di prevenire le crisi aziendali e permettere il superamento avranno una decorrenza ulteriormente differita nel tempo ed entreranno in vigore dal 2024.

Il sistema dell'allerta prevede l'introduzione di una serie di nuovi strumenti e l'adozione di nuovi obblighi che coinvolgeranno molti soggetti: imprenditori, professionisti ed enti pubblici.

A questi soggetti, singolarmente o congiuntamente tra loro, sarà chiesto il monitoraggio dell'andamento delle imprese e l'attivazione tempestiva, alla rilevazione dei primi sintomi di crisi, per la

prevenzione della manifestazione dello stato di insolvenza, con lo scopo principale di salvaguardare il valore delle aziende in difficoltà e la tutela dell'occupazione.

Tra gli strumenti dell'allerta rientrano, ad esempio, l'utilizzo di specifici indici ed indicatori della crisi che, applicati ai bilanci aziendali, possono segnalare situazioni di difficoltà, l'ampliamento dell'obbligo di nomina degli organi di controllo a società fino a poco tempo fa esonerate ed obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore.

Con il decreto legge dell'agosto del 2021 viene, di fatto, soppresso l'OCRI (Organismo di Composizione della Crisi d'Impresa) che, costituito presso ogni Camera di Commercio, avrebbe dovuto rivestire un ruolo importante nella prevenzione della crisi nell'ambito della riforma in materia.

Questo organismo viene sostituito con l'introduzione a partire dal 15 novembre 2021 della **composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa**, che avrà quale principale ente pubblico di riferimento la Camera di Commercio presso la quale è iscritto l'imprenditore.

Si tratta di una iniziativa a disposizione di ogni imprenditore in crisi, al quale, su domanda da presentare su una piattaforma telematica nazionale, verrà affiancato un esperto con lo scopo di risanare l'impresa che, pur trovandosi in condizioni di difficoltà finanziarie ed economiche, potrebbe avere le potenzialità per restare sul mercato.

Per l'accesso alla composizione assistita per la soluzione della crisi d'impresa non sono previsti requisiti dimensionali minimi o massimi di accesso perché viene concepita come uno strumento utilizzabile da tutte le imprese iscritte al registro delle imprese, comprese le società agricole.

L'esperto che affiancherà l'imprenditore sarà nominato da una commissione creata presso ogni Camera di commercio, che attingerà da un elenco appositamente costituito dove potranno essere iscritti gli interessati in possesso di appositi requisiti di formazione sui quali il ministero della giustizia emetterà apposito decreto dirigenziale entro 30 giorni.

L'elenco degli esperti per la composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa sarà istituito presso le Camere di commercio e sarà composto da iscritti all'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili o all'albo degli avvocati da almeno cinque anni che possono documentare precedenti esperienze nell'ambito della crisi d'impresa e della ristrutturazione dei debiti o risanamenti aziendali, oltre al possesso dei requisiti formativi che saranno indicati dal ministero.

Con gli stessi requisiti formativi, potranno far parte del predetto elenco anche gli iscritti da almeno cinque anni all'albo dei consulenti del lavoro che documentano di avere concorso, almeno in tre casi, alla conclusione di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o di accordi sottostanti a piani attestati o di avere concorso alla presentazione di concordati con continuità aziendale omologati.

Gli assetti e il D.Lgs. 231/2001: due facce della stessa medaglia

La dicotomia tra gli aspetti sanitari e quelli economici non dà luogo a sfere applicative separate e distinte, perché in realtà tali aspetti sono profondamente interconnessi; è questo il motivo per cui gli sforzi profusi verso la ripresa economica contenuti nei più recenti provvedimenti, non possono prescindere dalla salvaguardia della salute e del sistema ospedaliero di conseguenza.

Ecco quindi che il **ritorno all'operatività da parte delle imprese deve essere accompagnato dall'adozione di protocolli, misure e procedure atte a contenere la diffusione del virus.**

Si tratta quindi di intervenire su un assetto organizzativo.

L'analisi di questo aspetto impone di operare un collegamento, con il **Decreto Legislativo 231 del 2001**; la norma che tratta della **responsabilità amministrativa degli enti**, pur essendo datata, è di estrema attualità ed anzi mai come in questo momento risulta essere tanto vicina ad un'adozione diffusa.

Ed in tale contesto deve essere inquadrata l'adozione del **Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro**, siglato dalle Parti Sociali ed il Governo il 14 marzo 2020 ed aggiornato dagli stessi il 24 aprile successivo.

Il documento persegue l'ambizioso obiettivo di coniugare la riapertura delle attività economiche con la gestione della salute pubblica. Si tratta quindi di una serie di procedure e informative che l'impresa ed i lavoratori devono far proprie per poter operare nella fase nella quale continua ad essere presente il virus e non è stato ancora somministrato il vaccino a tutta la popolazione.

Il protocollo non si limita a fornire indicazione circa gli obblighi igienico-sanitari quali il lavaggio delle mani, l'utilizzo di detergenti e di dispositivi di protezione o, ancora, la sanificazione e la pulizia dei locali aziendali, **vengono invece anche trattati temi di mera organizzazione aziendale, come, su tutti, l'utilizzo della turnazione, delle ferie e dello smart-working.**

Si può quindi comprendere come il documento in esame costituisca **un esempio lampante di assetto organizzativo** che l'imprenditore deve adottare e come la mancata adozione dello stesso possa portare a conseguenze civili e penali anche gravi per l'impresa deficitaria e per chi la amministra.

Da qui **l'immediato ed indissolubile legame tra assetti organizzativi e D.Lgs.231:** l'individuazione dei rischi connessi al Covid 19 all'interno dei locali dell'impresa, **la corretta implementazione all'interno dell'azienda delle procedure e delle restrizioni previste dal protocollo**, la verifica che le stesse vengano rispettate ed il loro costante aggiornamento **costituiscono un esimente per i soggetti coinvolti** qualora, nonostante tutto, si manifesti comunque un caso di positività; all'inverso, la loro assenza implica l'assunzione di responsabilità da parte dei medesimi soggetti.

L'adozione del protocollo e delle ulteriori disposizioni relative al contrasto dell'epidemia, svolgono una **funzione nella gestione della crisi sanitaria ma anche nella gestione di quella economica.** Da ultimo, un aspetto positivo dell'introduzione di queste disposizione è di certo quello di far percepire con forza agli imprenditori l'importanza di porre in **essere un adeguato assetto organizzativo nell'ambito di prevenzione al Covid-19.**

Un'altra tipologia di assetto organizzativo: i budget economici e finanziari (**i risultati economico-finanziari che l'azienda intende raggiungere; gli obiettivi di gestione da confrontare con i risultati effettivi**) costituiscono degli **strumenti di gestione e valutazione dei flussi** che assolvono spesso alla sola **funzione di ottenimento di un prestito.**

L'avvento dell'epidemia da Covid-19 ha dato impulso all'adozione su vasta scala di questi budget presentandoli agli occhi degli imprenditori e degli amministratori per quello che sono: degli assetti organizzativi con la funzione di gestire correttamente l'azienda e di individuare, contrastare e superare eventuali situazioni di crisi.

Difronte al blocco totale delle attività, **le aziende si sono trovate difronte ad una situazione** nella quale una parte più o meno consistente dei costi continuava il suo corso naturale e invece dal lato dei ricavi nulla si muoveva e, peggio ancora, nulla poteva essere fatto. L'esperienza, la conoscenza del mercato, l'intuizione che hanno da sempre caratterizzato il piccolo e medio imprenditore italiano si sono rivelate improvvisamente del tutto inutili. Ecco quindi che dalla grande multinazionale alla piccola bottega di paese, tutti si sono dovuti **mettere a ragionare sui flussi di cassa, valutando la provvista iniziale, le entrate e le uscite e verificando quali provvedimenti potevano esser posti in essere al fine di mantenere l'equilibrio finanziario.**

La presenza di un adeguato assetto organizzativo capace di fornire all'imprenditore una valutazione precisa delle movimentazioni future **assume una rilevanza strategica fondamentale perché** l'amministrazione della società o dell'impresa deve necessariamente poter contare su una struttura in grado di **fornirle una prospettiva attendibile degli andamenti finanziari, economici e patrimoniali onde perseguire programmazione attenta degli impegni assunti in modo da evitare un pericoloso accumulo delle scadenze ed al tempo stesso conseguire positivamente l'obiettivo della continuità aziendale, in conformità ai principi di corretta gestione.**

Giova a questo punto richiamare un caso assai eloquente in materia affrontato dal Tribunale

di Roma in cui le problematiche erano le seguenti: in un procedimento ex art. 2409 c.c., sussistendo il sospetto di gravi irregolarità gestionali, è stata disposta l'ispezione di una spa, essendo emerso che le contestazioni dei sindaci nei confronti degli amministratori, consistenti nella violazione degli obblighi previsti dall'art. 2086 c.c. sotto il profilo dell'omissione della rilevazione dell'impossibilità di garantire la continuità aziendale (quali la evidente insufficienza delle entrate a coprire i costi della produzione e l'ingente indebitamento della società) e quello di essere privi di una visione programmatica finalizzata alla soluzione della crisi, omettendo di adottare gli strumenti legali per la gestione della crisi e, per contro, adottando una disordinata e pregiudizievole attività di dismissione di beni, erano fondati.

Attesa la sussistenza di un ingente indebitamento della società persistente da diversi esercizi sociali (pari ad oltre 17 milioni di debiti), il consiglio di amministrazione, dopo avere approvato un piano industriale, basato essenzialmente sulla quotazione in borsa della società e sull'ampliamento dell'emissione obbligazionaria, non ha dato seguito a tale iniziativa ed inoltre, con riferimento ad una operazione di conferimento del ramo di azienda relativo alla raccolta pubblicitaria nella società Digital Commerce srl., in cambio del riconoscimento del 30% del capitale sociale, anziché optare per la cessione del ramo di azienda al fine di ottenere la liquidità necessaria per far fronte quantomeno ad una parte dell'ingente debito sociale, ha invece preferito conferire il suddetto asset in altra società di capitali, a fronte non di un corrispettivo in denaro, bensì di una partecipazione societaria.

Circa quest'ultima operazione è risultata evidente la potenzialità lesiva di tali condotte avendo la spa perduto la proprietà del ramo di azienda in questione (di cui non era contestata la redditività), a fronte di alcun corrispettivo.

In buona sostanza, l'esigenza di approntare adeguati assetti organizzativi impone di evitare che si incorra in improvvise determinazioni che si possono tradurre in una pericolosissima sponda per aggravare lo stato di crisi stesso, come ad esempio, specialmente in alcuni settori ed in alcune zone del Paese, di indurre nella tentazione di fare ricorso all'illusoria ancora di salvezza rappresentata dall' scellerato modus agendi della malavita organizzata; il pericolo tangibile di **infiltrazioni mafiose e criminose all'interno delle aziende è assai più concreto per quelle imprese che** non hanno potuto accedere in tempo ai finanziamenti o per i quali gli stessi non sono stati sufficienti, o ancora di società già in difficoltà e definitivamente messe in ginocchio dallo scoppio della pandemia e dalla conseguente chiusura delle attività.

Una usuale **situazione di dissesto aziendale costituisce un terreno fertile per azioni sconsigliate e alle volte anche criminali da parte degli amministratori** e di chi orbita nel contesto dell'impresa. Appare quindi di tutta evidenza come la compresenza di una **crisi così intensa e globale e dell'eliminazione o sospensione degli usuali strumenti di allerta e contrasto alla stessa, rende l'attuale contesto economico estremamente pericoloso.**

L'assetto organizzativo si esplica in questo caso in un insieme di procedure che l'azienda deve predisporre, tali da fornire un presidio verso comportamenti illeciti messi a punto dagli amministratori o dai dipendenti.

Ma, se tale è il quadro sistematico in cui attualmente versa il mondo delle imprese, occorre rimarcare come esso si riflette sulla **responsabilità dell'amministratore.**

Al riguardo, il principio in forza del quale l'amministratore è tenuto ad adempiere al proprio compito con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico ricevuto, unitamente all'obbligo di dotarsi di assetti organizzativi, conducono alla conclusione che la **discrezionalità tipica del ruolo dell'amministratore** deve essere circoscritta, sempre e comunque, **all'interno dei confini dell'adeguatezza.**

In conclusione, in tale ottica, la presenza di adeguati assetti organizzativi non costituisce solo uno strumento per la gestione della crisi o per la sua precoce individuazione, ma è anche un tassello fondamentale per una corretta gestione di ogni aspetto dell'attività aziendale.

