

NUMERO 3 - 2021

# GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA  
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



**ESTRATTO:**

CIRO ESPOSITO

Lo statuto delle società in crisi e l'esilio della neutralità organizzativa

# Indice

---

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i> . . . . .	440
<b>IVAN LIBERO NOCERA</b>	
<i>Il contratto “a danno del terzo”: identificazione come categoria unitaria e necessità di una tutela effettiva.</i> . . . . .	443
<b>MAURO PENNASILICO</b>	
<i>Emergenza e ambiente nell’epoca pandemica. Verso un diritto dello “sviluppo umano ed ecologico”</i> . . . . .	495
<b>ROBERTO AMAGLIANI</b>	
<i>Le procedure familiari nel sistema del codice della crisi di impresa e della insolvenza: rilievi critici</i> . . . . .	531
<b>CIRO ESPOSITO</b>	
<i>Lo statuto delle società in crisi e l’esilio della neutralità organizzativa</i> . . . . .	563
<b>MARIO NATALE</b>	
<i>Estinzione anticipata del credito ai consumatori, retrocedibilità dei costi e logica in apnea</i> . . . . .	669

## Lo statuto delle società in crisi e l'esilio della neutralità organizzativa

---

L'Autore intende dimostrare il superamento del principio di neutralità organizzativa, tenuto conto che il diritto della crisi condiziona e percorre l'organizzazione societaria, dalla sua genesi alla fase crepuscolare.

563

*The Author means to show the overcoming of the principle of organizational neutrality given that the bankruptcy law, influences and runs, through the company organization from its genesis to the liquidation phase.*

Sommario: 1. Premesse di metodo. – 2. I modelli organizzativi, votati alla percezione tempestiva della disfunzione e le reazioni compositive, quale primo elemento di invasività organizzativa. – 3. Il senso della competenza esclusiva, in capo agli amministratori, della progettazione degli assetti adeguati. – 4. (*Segue*): l'aspetto contenutistico degli assetti. – 5. L'organo di controllo e la sua partecipazione all'obbligazione di cui all'art. 2086 c.c. – 6. I soci: la posizione attiva di controllo e la soggezione alla crisi. – 7. L'invasività della crisi sulla struttura finanziaria. – 8. L'invasività sugli assetti di gruppo. – 9. L'invasività nella fase crepuscolare. – 10. Conclusioni.

### 1. - Premesse di metodo.

L'ambito tematico della ricerca è costituito dall'analisi, della effettività ed attualità dommatica, del principio di "neutralità organizzativa"<sup>1</sup> qui con-

---

<sup>1</sup> A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese, Appendice di aggiornamento in relazione al dl n. 83/2015 conv. dalla legge*, in [https://www.mulino.it/edizioni/volumi/appendici/diritto\\_crisi\\_appendice2016.pdf](https://www.mulino.it/edizioni/volumi/appendici/diritto_crisi_appendice2016.pdf). Il riferimento immediato è al «diritto societario della crisi», ossia a «quel segmento dell'ordinamento che comprende il complesso delle regole destinate a governare la situazione, per un verso, ed il funzionamento, per altro verso, delle società in relazione allo stato di crisi e/o al loro conseguente assoggettamento a procedure o procedimenti di soluzione o composizione di quello stato di crisi». A. NIGRO, *Il "diritto societario della crisi": nuovi orizzonti?*, *Riv. soc.*, 2018, 1207. In particolare, l'A. auspica la necessità di costruire uno statuto normativo delle società in crisi «(lo si chiami poi diritto societario della crisi o in qualsiasi altro modo si preferisca)» quale obiettivo imprescindibile, in primo luogo, per il legislatore. In tal modo, si pone al centro della prospettiva, con un capovolgimento rispetto al passato, il soggetto collettivo, secondo uno statuto fondato su quattro linee guida che rappresentano il manifesto dell'abbandono della neutralità: «la completezza della regolamentazione; la modernizzazione della disciplina; la chiarezza e la semplicità delle regole; la revisione dell'approccio di fondo alla materia. Particolare attenzione andrebbe dedicata a quest'ultimo profilo, tanto delicato quanto importante. Se, da un lato, si dovrebbe abbandonare definitivamente ogni idea di una necessaria separatezza e neutralità reciproca fra i profili societari ed i profili concorsuali, dall'altro, si dovrebbe rinunciare ad ogni idea di supremazia sempre e comunque della logica concorsuale sulla logica societaria o di strumentalizzazione o asservimento, sempre e comunque, dei meccanismi societari ai fini delle procedure concorsuali. Così (A. NIGRO, *I problemi fondamentali del diritto concorsuale italiano nelle prospettive di riforma*, in *Giur. it.*, 2002, 1340): nessuna disciplina delle crisi può dirsi, oggi, realmente efficiente ed efficace se non è fondata su di un completo coordinamento, anzi su di una stretta integrazione fra normativa concorsuale e normativa societaria; una stretta integrazione indispensabile sia, in negativo, per evitare che norme di diritto societario siano di ostacolo al raggiungimento degli obiettivi della procedura concorsuale e sia, in positivo, per consentire l'utilizzazione di meccanismi di diritto societario per permettere o agevolare il raggiungimento di quegli obiettivi. Se si adotta questa prospettiva e se, d'altra parte, si considera che gli interessi tutelati dalle regole societarie hanno pari dignità rispetto a quelli tutelati dalle regole concorsuali, la strada da seguire diventa chiara: è quella – scartando ogni tentazione di importare acriticamente pezzi di altri ordinamenti, oltretutto spesso malamente trasposti nel nostro – della ricerca, volta per volta, del miglior punto di equilibrio fra le esigenze concorsuali e le esigenze societarie, in una logica quindi di conciliazione fra quelle esigenze». Sul tema D. VATTERMOLI, *La posizione dei soci nelle ristrutturazioni. Dal principio di*

cepito – ferma restando la sua natura polisensa – come indifferenza dell'*archetipo societario*, alla disciplina concorsuale della crisi di impresa, sì da rappresentare il diritto societario e quello della crisi (o delle crisi tenuto

---

*neutralità organizzativa alla residual owner doctrine?*, in *Riv. soc.*, 2018, 858; R. SACCHI, *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa*, in *Nuove leggi civili e commentate*, 2018, 1280, ove si evidenzia – al di là della possibilità di immaginare il «diritto societario della crisi» – la necessità di tenere conto, anche nella interpretazione delle regole del diritto societario, della influenza che esercita la crisi di impresa sulla loro enucleazione ermeneutica, nonché la necessità di un loro operare «sinergico». In termini generali, si vedano, tra gli altri, N. ABRIANI, *Proposte e domande concorrenti nel diritto societario della crisi*, in *Riv. dir. imp.*, 2017, 270 ss.; Id., *Socius ad factum precise cogi potest? Diritto societario della crisi e proposte concorrenti*, in *ilsocietario.it*, 18 aprile 2016; Id., *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, in *Giust. civ.*, 2016, 365 ss.; L. BENEDETTI, *La posizione dei soci nel risanamento della società in crisi: dal potere di veto al dovere di sacrificarsi (o di sopportare) (Aufopferungs o Duldungspflicht)?*, in *Riv. soc.*, 2017, 725 ss.; G. BERTELOTTI, *Poteri e responsabilità nella gestione di società in crisi*, Torino, 2017, *passim*; O. CAGNASSO, *Il diritto societario della crisi fra passato e futuro*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 33 ss.; Id., *Le interferenze tra il diritto societario e il diritto fallimentare*, in O. CAGNASSO-L. PANZANI (diretto da), *Crisi di impresa e procedure concorsuali*, Torino, 2016, II, 2616 ss.; F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Milano, 2017, 499 ss.; M. SPIOTTA, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, Milano, 2017, *passim*; V. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, in *Riv. soc.*, 2017, 123 ss., per il quale l'*Insolvenzordnung* tedesca del 1994, rappresentava un vero e proprio manifesto del *principio di neutralità* (prima della rivoluzione attuata dalla riforma del 2011), «l'unitario scopo generale della procedura d'insolvenza è l'attuazione collettiva della responsabilità patrimoniale», e «oggetto della responsabilità è il patrimonio del debitore, non la sua organizzazione societaria o associativa». F. GUERRERA, *La ricapitalizzazione "forzosa" della società in crisi: novità, problemi ermeneutici e difficoltà operative*, in *Dir. fall.*, 2016, I, 420 ss. Id.; *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale*, in *Riv. soc.*, 2013, 1114; G. MEO, *I soci e il risanamento. Riflessioni a margine dello Schema di legge delega proposto dalla Commissione di riforma*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 286 ss.; C. IBBA, *Il nuovo diritto societario tra crisi e ripresa (diritto societario quo vadis?)*, in *Riv. soc.*, 2016, spec. 1031 ss.; V. CALANDRA BUONAURO, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, in M. CAMPOBASSO-V. CARIELLO-V. DI CATALDO-F. GUERRERA-A. SCIARRONE ALIBRANDI (diretto da), *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, III, Torino, 2014, 2593 ss.; R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 304 ss.; A. ZOPPINI, *Emergenza della crisi e interesse sociale (Spunti dalla teoria dell'emerging insolvency)*, in U. TOMBARI (a cura di), *Diritto societario e crisi di impresa*, Torino, 2014, 49 ss.; G. FERRI JR., *Soci e creditori nella struttura finanziaria della società in crisi*, in U. TOMBARI (a cura di), *Diritto societario e crisi di impresa*, Torino, 2014, 95 ss.; Id., *La struttura finanziaria della società in crisi*, in *Riv. Soc.*, 2012, 477 ss.; A. NIGRO, *Riduzione o perdita del capitale della società in crisi*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, 569 ss.; Id., *"Principio" di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di spa*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 457 ss.; Id., *Diritto societario e procedure concorsuali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. Campobasso* diretto da P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, Torino, 2006, I, 177 ss.; Id., *I problemi fondamentali del diritto concorsuale italiano nelle prospettive di riforma dell'ordinamento italiano*, in *Giur. it.*, 2002, I, 1340. Utile il riferimento C. ANGELICI, *Il finanziamento dei soci nel tempo e nello spazio*, nota a *Cass.*, 13 luglio 2012, n. 12003 e a *BGH 21 luglio 2011 ZR 185/10*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, II, 97; P. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. soc.*, 2011, 820 ss.; F. GUERRERA-M. MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di "riorganizzazione"*, in *Riv. soc.*, 2008 17 ss.; M. FABIANI, *Diritto Fallimentare, Un profilo organico*, Bologna, 2011, 505.

conto della considerazione della perdita di continuità e dell'insolvenza, nonché della probabilità della crisi)<sup>2</sup> come due “*pianeti*” gravitanti in “costellazioni giuridiche” parallele, capaci di brevi momenti di eclissi, dove uno si sovrappone all'altro, senza, tuttavia, essere giammai componenti, “ordinati e coordinati”, in una unica costellazione<sup>3</sup>.

L'assunto fonda sull'assenza di un impianto normativo compiuto<sup>4</sup>, dedicato alla descrizione ed ai rapporti tra le due “situazioni normative” che – lungi dall'essere sistema di regole – appare, ad una prima analisi, come una serie disarmonica di proposizioni giuridiche, prive di un senso disciplinare sistemico e compiuto.

Questo a dispetto del fatto che la “*crisi*” – intesa nelle sue accezioni normative di perdita di continuità, insolvenza, probabilità della crisi e crisi tout court – degli organismi societari, assume un peso socio-economico preponderante rispetto alla crisi dell'imprenditore individuale, sicché un aspetto di vetustà della disciplina fallimentare, ed oggi della crisi, risiede proprio nell'incapacità di cogliere siffatta circostanza, relegando il tema

---

<sup>2</sup> Si parla di crisi al plurale in relazione al diverso grado di incidenza di siffatta patologia e del diverso approccio compositivo. Sul tema della crisi e delle sue forme, modalità e fasi di manifestazione si v., in economia aziendale, G. PAOLONE, *Gli istituti della cessazione aziendale (cause originatrici e forme di manifestazione)*, Milano, 2008, *passim*; L. GUATRI, *Patologia aziendale*, in Id. (a cura di) *Economia delle aziende industriali e commerciali*, Milano 1992, 2; Id., *All'origine delle crisi aziendali: cause reali e cause apparenti*, *Finanza, marketing e produzione*, 1985, 3.

<sup>3</sup> G. PRESTI, *Concordato preventivo e nuovi modelli di regolazione della crisi*, in P. MONTALENTI (a cura di), *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo*, Milano 2018, 41. Viene puntualizzato come sia agevole riscontrare, nella tradizione del diritto fallimentare, l'indifferenza per la struttura organizzativa e finanziaria della società, visto che l'architettura della legge fallimentare è progettata sulla falsariga dell'impresa individuale. Il tutto tenuto conto della «concezione processualistica» delle procedure concorsuali, viste come un processo esecutivo. Ma subito si puntualizza che «si tratta di una visione non più al passo con i tempi, sia nella prospettiva della realtà economica che in quella dell'evoluzione dell'ordinamento».

<sup>4</sup> Come è stato osservato, in altre esperienze giuridiche, la situazione non pare differente da quella vissuta nel nostro ordinamento, si v. U. TOMBARI, *Principi e problemi di diritto societario della crisi*, in Id. (a cura di), *Diritto societario e crisi di impresa*, Torino, 2014, 7. Al riguardo, l'autore, cita il riferimento all'esperienza tedesca dove il tema della dimensione dell'impresa è stato contaminato dalla concorsualità in ragione della riforma del c.d. ESUG swl 2012, visto l'arretramento della posizione dei soci. Per un quadro valutativo sulla cd. ESUG cfr. L.F. FLÖTHER, *Die aktuelle Reform des Insolvenzrechts durch ESUG Mehr Schein als Sein?*, in ZIP, 2012, 1833 ss.; C. PLEISTER-I. THEUSINGER, *Insolvenzplan im nationalen Konzern*, in B.M. KLÜBER (a cura di), *Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz*. Köln, RWS, 2012, 996 ss.; K. SCHMIDT, *Flexibilität und Praktikabilität im Konzerninsolvenzrecht – Die Zuständigkeitsfrage als Beispiel*, in ZIP, 2012, 1053 ss.

del “disequilibrio” degli “imprenditori collettivi” a vicenda residuale, rispetto a quella dell'imprenditore individuale<sup>5</sup>.

In siffatto contesto disorganico, comunemente si citano, a modelli esemplificativi di contaminazione, quali arcipelaghi di isole normative, l'art. 182-sexies l. fall.<sup>6</sup> – teso alla inapplicabilità, nei termini previsti dalla regola – degli artt. 2446, commi 2 e 3, c.c., 2447, 2482-bis, commi 4, 5 e 6, e 2482-ter c.c., nonché dell'art. 2484, n. 4, c.c.<sup>7</sup> cui aggiungere gli artt. 64 e 89 ccii e l'art. 8 D.L. 118/2021

Norme che portano a sostituire la regola “ricapitalizza, trasforma o liquida” con quella “risana anche ricapitalizzando o liquida”<sup>8</sup>, individuando la fattispecie compositiva quale strada alternativa (se non addirittura “maestra” visto l'obbligo alla composizione) per le soluzioni della vicenda.

E, ancora, l'art. 182-quater, commi 2 e 3, l. fall.<sup>9</sup>.

Senonché, il prepotente manifestarsi di un nuovo approccio alla “crisi di impresa”<sup>10</sup>, la cui testimonianza principale vive nell'art. 2086 c.c. e la

---

<sup>5</sup> U. TOMBARI, *Principi*, cit., 7 ss..

<sup>6</sup> Da ultimo P. GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, Artt. 2484-2496, *Il codice Civile, Commentario*, fondato e diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 2021, 62.

<sup>7</sup> Sul tema L. STANGHELLINI, *Commento all'art. 2446 c.c.*, in P. ABBADESSA-G.B. PORTALE (diretto da), *Le società per azioni*, Milano, 2016, 2729; A. PACIELLO, *Le deroghe al diritto societario di cui all'art. 182-sexies l.fall.*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Libertini*, Milano, 2015; A. MUNARI, *Impresa e capitale sociale nel diritto della crisi*, Torino 2014, *passim*; M. MIOLA, *Riduzione e perdita del capitale di società in crisi: l'art. 182-sexies, l.fall.*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 171; C. MONTAGNANI, *Disciplina della riduzione del capitale impresa o legislatore in crisi?*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 754; G. STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziaria delle società in crisi*, in *Riv. soc.*, 2012, 605.

<sup>8</sup> Così R. SACCHI, *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa*, cit., 1295.

<sup>9</sup> Una disposizione analoga si rinviene nel diritto spagnolo (Real decreto ley 10/2008, poi modificato dal Real decreto ley 5/2010). Sul tema G. ZANARONE, *Il finanziamento delle imprese in crisi nelle recenti misure per la crescita del paese, con particolare riguardo ai finanziamenti soci*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, III, *Crisi dell'impresa. Scritti vari*, Milano, 2015, 1673; G.B. PORTALE, *Verso un diritto societario della crisi?*, U. TOMBARI (a cura di), *Diritto societario e crisi di impresa*, Torino, 2014, I.

<sup>10</sup> Per una diversa prospettiva della realtà di impresa vista in generale G. PALMIERI, *La crisi del diritto societario e la riscoperta del valore della “nuda” impresa nell'economia post covid-19 (con uno sguardo all'art. 41 della costituzione)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, 18. U. TOMBARI, *Corporate pourpouse e diritto societario, dalla “supremazia degli interessi dei soci” alle libertà di scelta dello scopo sociale?*, in *Riv. soc.*, 2021, I. Il dibattito sugli scopi della società è quantomai vivo da tempo cfr. P.G. JAEGER, *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. comm.*, 2000, 798; G. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 151 ss. Nella dottrina recente cfr. M. STELLA RICHTER, *Forma e contenuto dell'atto costitutivo delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE, I, Torino, 2004, 242 ss. dove la questione è ripresa affermando la compatibilità con lo scopo egoistico della società dell'in-

constatazione necessaria della sua immanenza alla gestione – stante il trascinarsi della regola *de qua* in seno agli artt. 2257, 2380-*bis*, 2475, c.c. – ha indotto il legislatore a ripensare siffatta relazione, disseminando, nell’ordinamento, specialmente per come declinato nel c.c.i.i., una serie ulteriore di regole, in ragione delle quali il diritto societario viene ad essere sempre più influenzato dal tema della “disfunzione” (sia essa crisi, insolvenza, perdita della continuità) intesa quale patologia che, fisiologicamente, accade nella vita dell’impresa, quale stato insito nella realtà imprenditoriale della stessa <sup>11</sup>.

Disfunzione che, non può essere circoscritta al tema della crisi e dell’insolvenza ma che vede la dignità autonoma della “perdita di continuità”, stante il tenore letterale dell’art. 2086 c.c. e la funzione obiettiva assunta dalla regola *de qua* che impone prevenzione, prognosi e cura in un processo dalla progressione alternativa, che tende a non sottovalutare nessuna forma di manifestazione, anche embrionale, di disequilibrio, financo la mera probabilità della crisi, come indicato dall’art. 2 d.l. n. 118 del 2021. Ciononostante, quello che continua a “mancare” è un “comparto unitario” teso a disciplinare, in maniera sistemica, “i profili societari della crisi di impresa”, visto che le disposizioni, a prescindere dal crescente livello quantitativo, continuano a susseguirsi in un “ordine abbastanza casuale” <sup>12</sup>, laddove la “disfunzione nelle società” non riceve una sistemazione organica, essendovi destinate una serie di regole che, tra l’altro, non esauriscono le occasioni in cui sarebbe necessario un riscontro disciplinare.

---

dicazione nell’oggetto sociale di attività altruistiche (ancora P. MONTALENTI, *Interesse sociale e amministratori*, in R. SACCHI (a cura di), *L’interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli “stakeholder”*, Milano, 2010, 91), *cf.* C. ANGELICI, *Divagazioni sulla “responsabilità sociale” di impresa*, in *Riv. soc.*, 2018, 3; D. SICLARI, *Le società benefit nell’ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, I, 38; G.D. MOSCO, *L’impresa non speculativa*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 2016.

<sup>11</sup> S. FORTUNATO, *Insolvenza, crisi e continuità aziendale nella riforma delle procedure concorsuali: ovvero la commedia degli equivoci*, in A. JORIO-R. ROSAPEPE (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali*, Milano, 2021, 14; P. MONTALENTI, *Il diritto concorsuale tra passato e futuro*, in P. MONTALENTI (a cura di), *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo*, Milano, 2018, 23; *Id.*, *La gestione dell’impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, *cit.*, 820; U. TOMBARI, *Principi e problemi del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2013, 30.

<sup>12</sup> M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, *cit.*, 2011, 506.

Dacché, stante la necessità di ricostruire uno statuto organico delle società in crisi, è compito dell'interprete impegnarsi nell'analisi delle varie fattispecie normative, disseminate nell'ordinamento, nel tentativo di riportarle, ad unità organica, in guisa da comporre (ovvero verificare la componibilità) il "diritto societario della crisi"<sup>13</sup>, in un processo di unificazione teleologica ed olistica dei "frammenti normativi", raccolti nel terreno dell'ordinamento giuridico<sup>14</sup>. Tanto in guisa da concepire la dignità di uno "statuto normativo" dell'impresa collettiva in crisi.

Del resto, a riprova di una contaminazione di sistemi normativi, vi è anche che le regole che disciplinano la crisi di impresa non sono esiliate in una legislazione speciale, quale può essere la "legge fallimentare" ovvero il "codice della crisi", o ancora il D.L. 118/2021, ma sono sistemate altresì nel codice civile acquisendo, a pieno titolo, una collocazione centrale, come testimoniano le disposizioni di cui all'art. 2086 c.c. nonché le corrispondenti regole, dettate in tema di amministrazione dei singoli modelli societari, capaci di invertire il rapporto tra amministratori e soci, ovvero ancora si muovono in stretta consonanza tra loro, come dimostra, solo per citare alcuni esempi, il tema dell'art. 164 c.c.i.i. ed il suo rinvio alla disposizione dell'art. 2467 c.c.; nonché il raccordo tra gli artt. 284 ss., c.c.i.i., con le disposizioni di cui agli artt. 2497 ss., c.c.; il sistema dei controlli nelle società a responsabilità limitata esponenzializzato dall'art. 2477 c.c. e dal rinvio all'art. 2403 c.c.; la nuova prospettiva della determinazione del danno in relazione alle responsabilità degli amministratori e sindaci, di cui all'art. 2486 c.c.. Tanto senza sottacere l'influenza della crisi nell'ambito delle operazioni straordinarie e nella fase crepuscolare della società.

La "perdita di equilibrio" (o meglio il nuovo modello di approccio alla patologia)<sup>15</sup> assume valenza centrale in seno all'impianto normativo che,

---

<sup>13</sup> Inteso quale complesso di norme di diritto societario applicabili alle società sottoposte a procedure concorsuali. Si tratta di regole spesso di contenuto opposto rispetto a quelle comuni o di disposizioni che disapplicano queste ultime, cfr. O. CAGNASSO, *Il diritto societario della crisi fra passato e futuro*, in P. MONTALENTI (a cura di), *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo*, Milano, 2018, 79.

<sup>14</sup> L'espressione si deve a U. TOMBARI, *Principi e problemi del diritto societario della crisi*, Liber amicorum Pietro Abbadessa, Torino 2014, 2836.

<sup>15</sup> P. BENAZZO, *Il Codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'altera: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2019, 274; M. PERRINO, *Crisi di impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle*

per eccellenza, costituisce il baluardo di quello che è il sistema normativo “tradizionale”.

Sistema normativo ove la crisi – o meglio il disequilibrio che si manifesta con la perdita di continuità, la probabilità della crisi, la crisi, l’insolvenza – è posta al centro del modello di gestione delle società, secondo taluni vettori principali, di cui il primo è costituito dalla necessità di organizzare assetti capaci di percepire tempestivamente la disfunzione (sia essa probabilità della crisi, crisi, perdita di continuità o insolvenza) onde reagire altrettanto tempestivamente mediante l’adozione di modelli di composizione; il secondo vettore è costituito dalla circostanza che, in tutti i modelli societari, anche quelli a rilevanza centrale del socio, la gestione della disfunzione è focalizzata in capo agli amministratori, sollecitati dalla funzione proattiva dell’organo di controllo che sopravanza, anche *ex art. 2477 c.c.*, nel modello di governance delle varie società, nonché dal controllo dei soci che non partecipano all’amministrazione *ex art. 2261 c.c.* ovvero 2746 c.c. o ancora *ex artt. 2408 e 2409 c.c.*

Controllo dei soci – primi interessati ad un costante equilibrio che non vanifichi il valore delle partecipazioni e ne assicuri la auspicata redditività – che, tuttavia, non può trasudare nell’ingerenza, tantomeno conflittuale, visto che, dianzi alla crisi, la posizione di questi arretra, lasciando campo alla massimizzazione degli interessi dei creditori, il cui governo spetta, in via esclusiva, agli amministratori.

Questo, nella consapevolezza che la “crisi” è capace di accendere il conflitto tra soci e creditori. Conflitto che deve essere risolto, dagli amministratori, a vantaggio di questi ultimi nel cui interesse prioritario deve essere gestita la società <sup>16</sup>, come impone il principio generale di cui all’art.

---

*procedure concorsuali*, in ricordo di Michele Sandulli, Torino, 2019, 532; G.B. PORTALE, *Dalla “Pietra del vituperio” al “bail-in”*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, 21 e *Id.*, *Dalla “Pietra del vituperio” alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 390, con un’ampia indagine sull’evoluzione del diritto concorsuale ed alla sua mutata prospettiva.

<sup>16</sup> Sul tema R. RORDORF, *Relazione introduttiva*, in A. JORIO-R. ROSAPEPE (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali*, Milano, 2021, 14, secondo il quale i *principi generali*, impressi nei primi articoli del codice concorrono a dare sistematicità alle regole del codice stesso. Negli Stati Uniti, con riguardo alla legge fallimentare federale (Bankruptcy Code) e con riferimento all’esercizio dei diritti dei soci («debtor’s equity holders») durante la procedura si v. Jacobson v. AEG Capital Corp., 50 F.3d 1493 (9th Cir. 1995).

4 c.c.i.i., nonché le regole del codice civile in tema di struttura finanziaria, quali quelle in tema di finanziamenti, struttura del capitale e vicende distributive *ex art.* 2491 c.c.<sup>17</sup>. Da qui l'attribuzione esclusiva della prevenzione e gestione della crisi agli amministratori, quale premessa imprescindibile per obliterare il detto conflitto di interessi.

Come osservato, la proprietà dell'"impresa insolvente", è concettualmente dei creditori, perché l'insolvenza determina un "dirottamento" dei valori dell'azienda, a favore del ceto creditorio, seppur mediato da un procedimento giurisdizionale, caratterizzato dall'esercizio collettivo, e non individuale, dei poteri<sup>18</sup>, laddove la fase di *emerging insolvency* giustifica l'emergere di un dovere fiduciario, in capo agli amministratori, non solo nei confronti dei soci, ma soprattutto dei creditori, dacché, sui soci e sugli amministratori, rimane integro il potere di scelta, ma tale potere va esercitato nell'interesse dei creditori<sup>19</sup>.

E si tratta di un principio immanente al nostro ordinamento a prescindere dal dato di cui all'art. 4 c.c.i.i.<sup>20</sup>.

Un principio evincibile già da una considerazione bilancistica del rapporto tra attivo e passivo, nonché dalla relazione che esiste tra capitale sociale ed indebitamento, ove il primo può essere distribuito solo ove non arrechi pregiudizio ai creditori (arg. artt. 2445, 2482, 2491 c.c.), sicché, se il capitale "non esiste più" in termini reali o si avvia ad essere eliso, ne viene che le limitate risorse disponibili, in termini attuali ovvero prospettici, devono essere destinate o preservate all'adempimento delle obbligazioni, che costituiscono un "vincolo giuridico" da ottemperare e, rispetto al quale, il debitore risponde, *ex art.* 2740 c.c., con tutto il suo patrimonio.

In questa ottica, allora, come si vedrà meglio in prosieguo, la gestione della crisi è sottratta, ai soci, proprio per il conflitto di interessi, insito tra i medesimi ed i creditori sociali e soprattutto per neutralizzare la contrap-

---

<sup>17</sup> F. DI MARZIO, *Obbligazione, insolvenza, impresa*, Milano, 2019, 15. Ed ancora, più specificatamente a p. 16 ove si evidenzia che il legislatore, nel prendere in considerazione «l'ordine di scopi» stabilisce una gerarchia, assicurando il primato dei creditori. E da qui il riferimento al § 1 *Insolvenzordnung* secondo cui scopo del diritto dell'insolvenza è realizzare il diritto dei creditori.

<sup>18</sup> A. ZOPPINI, *Emergenza della crisi e interesse sociale*, cit., 55.

<sup>19</sup> G. FERRI JR, *Soci e creditori nella struttura finanziaria della società in crisi*, cit., 105.

<sup>20</sup> F. DI MARZIO, *Obbligazione, insolvenza, impresa*, cit., 15, ove si parla di "primato dei creditori".

posizione di interessi, stante la capacità dei soci di influenzare e dirigere le scelte di composizione a loro vantaggio <sup>21</sup>.

Orbene – così come tale vantaggio è stato neutralizzato in seno alle regole di cui all'art. 2467 c.c. ovvero *ex artt.* 2445,2482, 2491 c.c., solo per citare taluni esempi – alla stessa stregua ed a maggior ragione, il vantaggio, deve essere neutralizzato in un sistema dove è quanto mai viva la necessaria salvaguardia dei creditori dalle mire predatorie dei soci, capaci di sovvertire la prospettiva che li vede creditori di ultima istanza, ossia “creditori di rischio” cui non è consentito falsare il sistema ed il modello, prevaricando la posizione di coloro che hanno finanziato la società in una prospettiva di restituzione, fondata sulla certezza di un obbligo giuridico e non già sul rischio.

Alla stessa stregua di come si inibisce e vieta, agli amministratori, di restituire, ai soci, i prestiti, posti in essere in condizioni di squilibrio, a maggior ragione si inibisce, agli stessi, di innescare e rendere effettivo il conflitto di interessi, insito in una generale condizione di crisi, ove le scelte dei soci – tese a prevaricare la posizione dei creditori, ritardando la disclosure della disfunzione ovvero assumendo scelte compositive, ove la ricerca di loro vantaggi, mortifica la massimizzazione degli interessi dei creditori – vengono considerate insopportabili e quindi inammissibili.

Tanto più che il concetto di massimizzazione degli interessi dei creditori, rappresenta un concetto riduttivo, rispetto alle loro pretese.

Ed infatti, la massimizzazione è un escamotage linguistico che premette l'inadempimento dell'obbligazione visto che il creditore non viene soddisfatto integralmente, ovvero esattamente, ma il proprio sacrificio si auspica essere il “minimo possibile”.

Sicché, “massimizzazione”, è un eufemismo che non implica un surplus rispetto a quanto dovuto in virtù della prestazione programmata, visto che si parte da una posizione di sacrificio della pretesa creditoria, e quindi la massimizzazione ha, in sé, insito un inadempimento, un sacrificio che si vuole, per quanto possibile, alleviare rendendo, al creditore, il massimo

---

<sup>21</sup> F. DI MARZIO, *Obbligazione, insolvenza, impresa*, cit., 19, per il quale la priorità degli interessi dei creditori si manifesta già nel diritto societario, attraverso la c.d. *absolute priority rule ex art.* 2491 c.c. Sul tema anche G. D'ATTORRE, *I concordati ostili*, Milano, 2012, 17 ss. In Giurisprudenza, Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521.

che gli si può offrire, di quel che resta del patrimonio del debitore, afflitto e corroso dal disequilibrio.

Ciò posto, non può negarsi che, al tempo stesso, è precipuo interesse dei soci – da qui il potere di controllo – che vi sia una prevenzione ed un monitoraggio continuo teso ad evitare la dissoluzione dell'investimento in cui si sostanzia il conferimento, o meglio assicurarsi il suo rendimento.

Sicché, prima ancora del conflitto di interessi dei soci con i creditori, esiste l'interesse dei primi alla conservazione del "valore" della partecipazione, quale primigenio, dato suscettibile di essere corroso dalla disfunzione, ancor prima che si giunga ad intaccare l'aspettativa patrimoniale dei creditori.

Da qui il controllo ed il diritto dei soci – stante il principio di cooperazione interorganica – all'informazione, onde consentire, ai medesimi, di prospettare, agli amministratori, soluzioni che offrano un maggior grado di soddisfazione dei creditori e che quindi possano essere prese in considerazione da coloro che hanno la "gestione" esclusiva delle vicende compositive, quali migliori alternative possibili in uno spirito di collaborazione al superamento della disfunzione.

Obiettivo della ricerca è dimostrare, alla luce di questo processo dal sapore iconoclasta, la "demolizione" del principio di neutralità a vantaggio della "invasività" <sup>22</sup> della crisi di impresa, sulla struttura organizzativa in un processo capace di realizzare l'ipotesi dell'ingerenza della crisi sulla struttura societaria.

Tanto da giungere ad affermare la presenza, sul palcoscenico normativo – ed a ben guardare nella sceneggiatura della legislazione della crisi – del diritto societario della crisi di impresa capace di relegare il "principio di neutralità", da "regola" ad "eccezione".

Così, da potere concludere che il diritto societario della crisi di impresa – inteso come sistema di regole, che adatta l'organizzazione societaria alla crisi – lascia "dietro le quinte" il principio della "neutralità organizzativa",

---

<sup>22</sup> A. NIGRO, *Il "diritto societario della crisi": nuovi orizzonti?*, cit., cfr. 1225, l'A. evidenzia il "rovesciamento del principio di neutralità organizzativa" P. BENAZZO, *Il codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta*, cit., 274, ove l'autore ritiene ormai passato il tempo nel quale era possibile affermare l'esistenza di scarse regole dedicate, dal legislatore fallimentare, al tema della crisi delle società.

ponendo, al centro della scena, il tema della “invasività”, capace di piegare i temi dell’organizzazione societaria, alle esigenze della massima soddisfazione degli interessi dei creditori.

Sistema, così, tendenzialmente autonomo dotato di regole, suscettibili di interpretazione analogica e di propri principi, del pari utilizzabili, onde colmare le lacune <sup>23</sup>.

Sistema capace di generare quello che potrebbe definirsi come “ordinamento delle società in crisi” ove la presenza di siffatta disfunzione comporta una risposta normativa che porta a disciplinare, la società in crisi, in maniera sostanzialmente diversa dalla società in condizioni di equilibrio. Dacché, tutte le scelte, abbiano o meno un immediato riferimento normativo, in tal senso, vanno assunte nella prospettiva della massima soddisfazione dei creditori, la cui tutela è affidata agli amministratori, con arretramento della posizione dei soci, i quali vivono in una condizione di soggezione, con strumenti di reazione endoconcorsuali in ipotesi di illegittime scelte dei primi

Ciò fermo restando che qualsivoglia modello societario deve essere organizzato a prevenire, percepire e comporre la disfunzione.

Si tratta di un processo inarrestabile, un fiume in piena innescato ulteriormente – come una goccia di vita scappata dal nulla – dalla introduzione dei frammenti del c.c.i.i., nel sistema normativo attuale del codice, nonché dall’avvento del d.l. n. 118 del 2021 che concretizza ulteriormente l’emersione anticipata della disfunzione.

Un percorso che si struttura in tutte le fasi della vita di impresa, dalla fase genetica, alla progettazione del dna dell’archetipo, sino a giungere alla fase crepuscolare, passando per la struttura finanziaria.

Il primo elemento che viene influenzato è costituito proprio dal dato genetico degli “assetti organizzativi” (arg. art 2086 c.c. e suoi corollari, trascinati nelle varie norme che sovrintendono i modelli societari) che devono essere calibrati alla tempestiva rilevazione e cura della disfunzione, riguardi essa la perdita di continuità, la probabilità della crisi ex art. 2 d.l. n. 118 del 2021, la crisi o peggio l’insolvenza, per poi passare al-

---

<sup>23</sup> Sul tema U. TOMBARI, *Principi e problemi di diritto societario della crisi*, cit., 14. Si v. però G.B. PORTALE, *Verso un diritto societario della crisi?*, cit., 1.

l'aspetto della struttura finanziaria <sup>24</sup> – sia esso il rapporto mezzi propri mezzi di terzi ovvero la disciplina degli aumenti di capitale – a quello delle operazioni straordinarie, fino ad arrivare alla caratterizzazione dei profili di responsabilità, alla mutata prospettiva del rapporto creditori/soci dianzi alla crisi, ai gruppi societari, ed alla stessa fase crepuscolare di liquidazione.

Tanto tenuto conto che il tema di cui all'art. 2086 c.c., prima ancora che alla tempestiva rilevazione, mira alla prevenzione della disfunzione.

Di seguito si analizzeranno le varie situazioni disciplinari, sì da dimostrare come l'invasività della crisi sia tale da incidere, in maniera grave, sull'archetipo societario restituendo un vero e proprio statuto delle società in crisi, regolato da regole distinte da quelle che irradiano le società in equilibrio.

Statuto, che, in caso di lacune, impone la strutturazione delle scelte, nella prospettiva della massima soddisfazione dei creditori.

## **2. - I modelli organizzativi, votati alla percezione tempestiva della disfunzione e le reazioni compositive, quale primo elemento di invasività organizzativa.**

---

575

Una prima traccia della invasività organizzativa – che incide sul modello strutturale degli imprenditori societari – si percepisce nell'urgenza normativa di dotare la società di una connotazione genetica, capace di prevenire innanzitutto, e, comunque percepire e comporre, le disfunzioni di impresa sia che si palesino come “probabilità della crisi”, “crisi”, “insolvenza” o piuttosto “perdita della continuità”.

Come è stato osservato, l'adeguatezza degli assetti – concretizzandosi in un dovere a contenuto generico di configurazione degli assetti interni della società, sotto il profilo organizzativo, amministrativo e contabile – costituisce un modo di essere della stessa attività di impresa, che deve intendersi, e non può non intendersi, quale attività organizzata <sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Rilevanti le osservazioni di M. IRRERA, *L'art. 2467 c.c.: limiti di applicazione di una norma transipica ad una srl transipica*, *Riv. dir. comm.* 2020, 401.

<sup>25</sup> R. RORDORF, *I doveri dei soggetti coinvolti nella regolazione della crisi nell'ambito dei principi generali del codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2021, 589.

L'invasività della crisi, rispetto all'organizzazione societaria, quale prima (ma prestante) traccia dell'abbandono del principio di neutralità a favore di quello della invasività organizzativa, si scopre, così, sin dalla fase genetica, allorché il legislatore realizza un intimo percorso dialogico tra organizzazione, gestione e disfunzioni di impresa <sup>26</sup>.

Il tutto in uno stretto collegamento con l'art. 12 c.c.i.i. ove "l'assetto organizzativo adeguato" viene sussunto alla tassonomia delle "procedure di allerta", tenuto conto che la norma *de qua* dispone come le stesse siano costituite dal binomio "segnalazione" e "organizzazione", funzionale alla individuazione e composizione delle condizioni di disequilibrio.

Frammenti normativi – si discorre degli artt. 2086, 2257, 2475, 2380-*bis*, 2477, 2486 c.c. che corroborano il dato dell'art. 2381 c.c. – dal colore così vivo da mutare la tessitura del diritto societario, sotto l'aspetto della sensibilità, connaturata all'attenzione per la disfunzione secondo un filo conduttore destinato a segnare la struttura e la vita di impresa, pur quando non vi sia alcuna crisi all'orizzonte <sup>27</sup>.

Il tema si accentua ove si ponga mente al fatto che l'enucleazione ermeneutica delle regole in parola consente, innanzitutto, di affermare come l'obbligo di costruire "assetti adeguati nell'approccio alla disfunzione" gravi sulla società, ossia – volendo riportare il lessico dell'art. 2086 c.c. – sull'"imprenditore che operi in forma societaria", il quale è tenuto ad ottemperare all'obbligazione imposta dalla norma stessa.

Il che sta a significare che il soggetto passivo dell'obbligazione è individuato nell'organismo societario e quindi in tutte le sue componenti organiche o di governance, siano esse l'organo amministrativo, l'organo di controllo, i soci, ognuno secondo le sue prerogative.

Tutti sono tenuti a fare in modo che il "corpo", che contribuiscono a costruire, sia sano e prevenga, ovvero ove non possibile, percepisca e componga le condizioni di squilibrio.

---

<sup>26</sup> R. SACCHI, *Sul così detto diritto societario della crisi*, cit., 1280, sottolinea come il settore, ove si è maggiormente concentrato il dibattito sugli effetti della crisi di impresa, rispetto, alla applicazione della normativa societaria è quello dei doveri degli amministratori.

<sup>27</sup> Così R. RORDORF, *I doveri dei soggetti coinvolti nella regolazione della crisi nell'ambito dei principi generali del codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., 589, ove l'approccio alla crisi si concretizza in un costante modo di percepire ed orientare l'attività economica.

La locuzione normativa, invero, non può essere ridotta ad una variante linguistica, ma trasuda la tensione legislativa di fare ricadere, sulla società, la necessità di connotare il proprio modo di essere nella direzione del continuo stato di equilibrio.

Tanto come ribadisce il dato sistematico dell'art. 3 c.c.i.i. laddove si assume «l'imprenditore collettivo deve adottare un assetto organizzativo adeguato».

Assetto teso all'equilibrio e quindi, in una diversa prospettiva, votato a prevenire il disequilibrio ovvero, al più, individuarlo e ricomporlo tempestivamente verso l'ordine.

Siffatto obbligo "piove", di riflesso, sui vari "organi societari" i quali – ognuno secondo le specifiche competenze attribuite dall'ordinamento – devono tendere alla costruzione dell'assetto de quo.

Così, agli amministratori, compete il ruolo esclusivo di progettare i modelli scegliendo – tra i vari possibili – l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile quale veste più adatta ad essere cucita sulla specifica figura imprenditoriale da essi gestita.

L'organo di controllo deve monitorare che l'assetto organizzativo sia stato progettato, concretamente, sia funzionante ed adeguato, secondo l'iter prescritto dall'art. 2403 c.c. che – in coordinamento sistematico coi temi degli artt. 2086 c.c. e delle varie disposizioni in tema di amministrazione – impone di spingere l'analisi, di cui alla norma, non solo al progetto dell'art. 2381 c.c., ma anche alla sua declinazione di assetto adeguato alla sua componente della tensione all'equilibrio.

Tanto viepiù che, l'assetto concepito dall'art. 2086 c.c., è una specificazione del modo di essere dell'assetto di cui all'art. 2381 c.c., tenuto conto che la società deve dotarsi di un'organizzazione adeguata, consonante alla realizzazione di una corretta gestione che vive, tra le sue peculiarità, l'attenzione della "crisi", intesa in senso lato <sup>28</sup>.

I soci partecipano alla creazione dell'assetto ed al suo concreto funzionamento, esprimendo, innanzitutto, un interesse alla sua corretta elaborazione, ed una partecipazione – ove richiesta – affinché esso si realizzi, come

---

<sup>28</sup> Sul tema da sempre, V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 5.

accade quando sono chiamati alla nomina dell'organo di controllo nelle srl e devono realizzare una scelta, non arbitraria, tra "sindaco" e "revisore". Non solo. Essi hanno un diritto di controllo *ex artt.* 2261, 2476, 2408, 2409 c.c. a che vi sia un assetto a presidio dell'equilibrio, quale pietra angolare della loro aspettativa valoriale sulle partecipazioni.

Se questo è vero, una ulteriore forma di partecipazione dei soci è costituita dalla presa di coscienza di vedere arretrare – al cospetto della disfunzione – la propria posizione a vantaggio della massimizzazione degli interessi dei creditori, sì da non ostacolare – in conflitto di interessi con i creditori – le scelte compositive degli amministratori, quale tema di matrice europea in quanto scolpito nella direttiva 1023/2019.

### **3. - Il senso della competenza esclusiva, in capo agli amministratori, della progettazione degli assetti adeguati.**

Come appena visto, il legislatore rivisita i rapporti organici, tra amministratori e soci, in tutti i modelli societari, in seno ai quali si ha cura di dettare regole fondamentali che si esprimono per l'appartenenza della gestione, nel suo *incipit*, costituito dalla progettazione degli archetipi, in via esclusiva, agli amministratori, i quali la realizzano, nel rispetto dell'art. 2086 c.c.

Si tratta di un processo rivoluzionario che incide sulla stessa morfologia dei modelli (arg. artt. 2257 e 2475 c.c.) specie nella società a responsabilità limitata <sup>29)</sup>e che prende le mosse dalla scelta di politica legislativa secondo la quale un corretto approccio alla crisi, momento ineluttabile della gestione, necessita che la gestione stessa – quantomeno nella composizione della disfunzione intesa quale monitoraggio e implementazione dei modelli di cura – sia attribuita, in via esclusiva, all'organo amministrativo, al quale assegnare il precipuo potere e la responsabilità di indirizzarla, secondo una dinamica progettuale e curativa, indipendente da condizionamenti organici, ove l'apporto degli altri organi (organi di controllo, assemblea) è, al limite, un apparato costruttivo e propositivo, ma giammai vin-

---

<sup>29)</sup> R. SANTAGATA, *Assetti organizzativi adeguati e diritti particolari di impresa*, in *Riv. soc.*, 2021, 1453.

colante, fermo restando, si intende, il controllo di legittimità, capace di generare reazioni demolitorie.

Si assiste ad una dinamica che involge – oltre che il dato progettuale – anche quello operativo, visto che gli amministratori hanno la competenza esclusiva anche per quanto attiene l'«adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e della perdita della continuità aziendale».

Il che esalta il significato della regola di cui all'art. 152 l. fall., ripresa in seno agli artt. 44 e 265 c.c.i.i., nel senso che la scelta della cura è appannaggio esclusivo degli amministratori i quali – smarcandosi dai soci – sono tenuti, dianzi alla crisi, ad una gestione che anteponga la soddisfazione degli interessi dei creditori che diviene un *prius*, come espresso anche dal principio generale di cui all'art. 4 c.c.i.i.<sup>30</sup>

Il tema è chiaramente presente nell'ambito delle società di capitali ove la proposta è rimessa testualmente agli amministratori, laddove, per le società di persone, l'approvazione in capo alla maggioranza assoluta del capitale, deve essere depotenziata di significato dalle regole di cui agli artt. 2257 c.c., 4 c.c.i.i., nonché dalla direttiva 1023/2019<sup>31</sup>, le quali restituiscono la prospettiva di un modello nell'esclusiva competenza degli amministratori, ove i soci non possono arbitrariamente impedire soluzioni compositive. Dacché, l'approvazione dei soci è giocoforza espressa in un contesto ove essa, perdendo valore, può spingersi solo a sindacare la legittimità delle scelte, ovvero a prospettare agli amministratori scelte compositive maggiormente soddisfacenti gli interessi dei creditori.

Il dato è esaltato, da un punto di vista del diritto positivo, dalla forza dirompente dell'art. 118 c.c.i.i., stando al quale il debitore (*rectius*, la società) è tenuto a compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla proposta di concordato, subendo un intervento coercitivo esterno in qual-

---

<sup>30</sup> Sul tema G.B. PORTALE-N. DE LUCA, *Interessi primordiali degli azionisti e competenze implicite dell'assemblea*, in *Riv. dir. comm.*, 2020, 39; C. ANGELICI, *A proposito "di interessi" primordiali dei soci e "gestione esclusiva" degli amministratori*, in *Riv. dir. comm.*, 2020, 59.

<sup>31</sup> G. FERRI jr, *Il ruolo dei soci nella ristrutturazione finanziaria dell'impresa, alla luce della proposta di direttiva europea*, in *Dir. fall.*, 2018, 542; A. SANTONI, *Gli azionisti e i detentori di strumenti di capitale nella proposta di direttiva in materia di crisi di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, 335; A. NIGRO, *La proposta di direttiva comunitaria in materia di disciplina della crisi delle imprese*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, 201; L. STANGHELLINI, *La proposta di direttiva UE in materia di insolvenza*, in *Fall.*, 2017, 873.

sivoglia ipotesi concordataria, sia essa concepita dalla società che da terzi creditori, mediante le proposte concorrenti.

Proposta compositiva che – nel coordinamento sistematico con l'art. 2086 c.c. e le disposizioni analoghe – è frutto della scelta esclusiva degli amministratori.

Sicché, questi possono progettare un modello di ristrutturazione che si ponga – nell'ottica della massimizzazione degli interessi dei creditori – in contrapposizione con gli interessi dei soci, prevedendo, ferma restando l'informazione che appartiene alla collaborazione interorganica, operazioni di qualsivoglia tipo siano esse, sul capitale ovvero operazioni straordinarie esponenzializzate dalle prerogative dell'art. 118 c.c.i.i..

Ed i soci, in caso di omologazione, sono tenuti a rispettarle ed eseguirle, dato che, nel caso il commissario giudiziale rilevi che il debitore non stia provvedendo al compimento degli atti necessari a dare esecuzione alla proposta, o ne stia ritardando il compimento, deve, senza indugio, riferire al Tribunale che può attribuire al Commissario stesso il potere di dare esecuzione agli atti richiesti al debitore.

Come si vede la regola – a confronto dell'art. 185 l.fall. – prevede il “potere coercitivo” in ogni ipotesi di proposta, sia essa endogena o concorrente.

Ed i soci devono patirla, ferma restando la possibilità di opporsi, sia per il caso di concordato che di accordi di ristrutturazione, *ex art. 48 c.c.i.i.* assumendo la qualità di “interessati” peraltro informati dalla pubblicazione, presso il registro delle imprese, a norma del comma 1 della regola *de qua*.

Analogamente è per l'art. 285 c.c.i.i. ove i soci possono reagire alle scelte concordatarie che interessino il gruppo, invocando il pregiudizio patito dalle rispettive società, attraverso lo strumento dell'opposizione all'omologazione del concordato di gruppo. Il che non impedisce, al Tribunale, di omologare il concordato nell'ipotesi in cui i “vantaggi compensativi” conseguenti al concordato di gruppo, fagocitano il pregiudizio arrecato alle singole società.

Ancora più incisivo è l'arretramento dei soci in relazione alla liquidazione giudiziale, ove l'art. 264 c.c.i.i. attribuisce, al curatore, i poteri – che traggono la propria matrice nel programma di liquidazione e quindi di

genesi endofallimentare – dell'assemblea nelle operazioni di ristrutturazione, laddove la reazione dei soci è endoconcorsuale *ex art.* 133 c.c.i.i..

La struttura societaria (in stato di disfunzione sia esso crisi, insolvenza, perdita di continuità) – nel contemperamento tra interessi della società, dei soci e dei creditori – è, allora, influenzata dall'avanzamento partecipativo degli interessi dei creditori, esercitato *motu proprio* ovvero con l'intermediazione degli organi concorsuali, laddove la scelta di composizione si orienti per la selezione di una procedura concorsuale, munita di “organi”, cui attribuire la gestione delle crisi <sup>32</sup>.

Ebbene, questi frammenti normativi, costituiscono una prima traccia dell'abbandono delle griglie concettuali passate, a favore di un approccio che si spinge a sacrificare i temi organizzativi sull'altare della massima soddisfazione dei creditori, quale obiettivo da porre in un rapporto di invasività, direttamente proporzionale alla pervasività della crisi di impresa, fino a raggiungere il massimo livello, in caso di insolvenza <sup>33</sup>.

Del resto, tra i principi fondanti del c.c.i.i. – di cui l'art. 2086 c.c. è diretta promanazione visto il suo trascinarsi in tutte le regole di determinazione della governance dei vari modelli – vi è quello di cui all'art. 4 c.c.i.i., stando al quale, nelle vicende compositive, l'imprenditore ha il dovere di «gestire il patrimonio o l'impresa durante la procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza nell'interesse prioritario dei creditori» <sup>34</sup>.

Siffatto dovere nasce, non appena si palesa la “disfunzione” <sup>35</sup>, visto che – a ragionare diversamente – si rimetterebbe, all'imprenditore, il diritto potestativo di antergare la posizione dei creditori, a seconda della scelta di dare corso o meno a percorsi di composizione.

Il che non può essere e vale tanto più ove si consideri che – a norma

---

<sup>32</sup> A. ZOPPINI, *Emersione della crisi e interesse sociale*, cit., 55. G. FERRI jr, *Soci e creditori nella struttura finanziaria della società in crisi*, cit., 105.

<sup>33</sup> P. BENAZZO, *Il Codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'alerta*, cit., 274. Stando all'A., in un quadro di tal genere, sorge spontanea la domanda se la finalità (la causa delle organizzazioni di impresa in forma collettiva) sia ancora e solo egoistica (con o senza lucro soggettivo) o se, per contro, l'interesse – quanto meno dei creditori dell'impresa – non debba traslare da limite esterno e negativo a fine interno e positivo, accanto e in aggiunta all'interesse dei soci alla massimizzazione del valore del proprio investimento e del relativo ritorno in termini patrimoniali e finanziari.

<sup>34</sup> G. D'ATTORRE, *I principi generali del diritto della crisi di impresa*, cit., 1086.

<sup>35</sup> Sia essa probabilità della crisi, crisi, perdita di continuità o insolvenza.

dell'art. 12 c.c.i.i. e come evincibile dall'art. 2086 c.c. – gli stessi obblighi organizzativi, posti a carico dell'imprenditore, sono strumenti di allerta ossia di reazione alla crisi.

Si assiste, ad una prima traccia del «un nuovo diritto per la crisi di impresa»<sup>36</sup>, capace addirittura di obnubilare la posizione dei soci e del disegno organizzativo, da essi progettato, a favore dell'interesse dei creditori, che diviene normativamente, prevalente e fagocitante.

Disegno organizzativo che la governance societaria è tenuta a tratteggiare, nella prospettiva della manifestazione della stessa e della sua cura.

In altri termini – dopo l'arretramento della regola pubblicistica, a vantaggio della autonomia negoziale in cui assume un ruolo da protagonista il tema della privatizzazione e della massimizzazione degli interessi dei creditori, come assunto dalla riforma del 2006 – si assiste, specie alla luce del c.c.i.i. e della spinta comunitaria, all'arretramento della neutralità organizzativa a vantaggio di una pervasività sulla struttura organizzativa delle conseguenze della crisi<sup>37</sup>.

Così, il corpo organizzativo delle società e quindi il suo progetto genetico, sin dal suo concepimento, deve vivere in continua prevenzione e “ponderazione” delle proprie condizioni di salute “economico/finanziaria/patrimoniale”, in guisa che il monitoraggio costante, sia idoneo a percepire eventuali stati di allarme, cui fare fronte attraverso somministrazioni curative adeguate.

“Somministrazioni” che si risolvono in sistemi di composizione, siano essi di matrice endogena, con interventi che non richiedono la collaborazione dei creditori, ovvero dal carattere esogeno (accordi di ristrutturazione, concordati, liquidazione giudiziale, ecc.) ove la pervasività della crisi richiede il coinvolgimento, in termini di ausilio, dei creditori, i quali vedono amplificato il diritto di voce in relazione al contributo, in termini di sacrificio, che il superamento della patologia gli impone.

---

<sup>36</sup> F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi di impresa*, Milano, 2011, 1.

<sup>37</sup> Del resto, il tema della contaminazione tra “settori del diritto” artificialmente separati vive nella misura in cui si assume che la «privatizzazione del diritto della crisi di impresa, incompatibile con la tradizionale presentazione del diritto fallimentare, possa delucidarsi prestando attenzione alla natura negoziale che accomuna contratti e concordati» (F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale*, cit. 40).

La tassonomia, si rileva nell'incipit ove la pervasità, si riscontra nella precisazione che l'art. 2086 c.c. inocula, nella regola generale di cui all'art. 2381 c.c.<sup>38</sup> e, via via, nelle norme omologhe, dettate per gli altri modelli societari.

Si tratta di una *grundnorm* che, ribadisce esplicitamente il principio, invero già desumibile dai criteri di “corretta gestione”, in ragione del quale gli “assetti organizzativi”, vanno asserviti alla tempestiva rilevazione del disequilibrio ed alla individuazione di misure di composizione della stessa<sup>39</sup>.

L'esigenza è riportata anche in seno all'art. 3 c.c.i.i., laddove si ribadisce – ad evidenziazione dell'urgenza – il dovere dell'“imprenditore collettivo” di adozione di un assetto organizzativo adeguato alla tempestiva rilevazione della crisi ed alla assunzione di idonee iniziative di composizione, nonché alla verifica costante della capacità di funzionamento del modello<sup>40</sup>.

Questo in un contesto ove il dato progettuale appartiene, nel tema di divisione dei compiti e dei ruoli, agli amministratori, i quali sono individuati come soggetti, capaci, di realizzare, al meglio, il progetto legislativo di porre, al centro del sistema e secondo un atteggiamento che predilige la massimizzazione degli interessi dei creditori, l'approccio alla ricerca dell'equilibrio.

E solo svincolando e smarcando gli amministratori dalla ingerenza dei soci nella progettazione del modello, si dotano i medesimi degli effettivi poteri

---

<sup>38</sup> G. MERUZZI, *I flussi informativi endosocietari nella società per azioni*, Padova, 2012, 2; P. MONTALENTI, *La corporate governance degli intermediari finanziari: profili di diritto speciale e riflessi sul diritto societario attuale*, in M. CAMPOBASSO-V. CARIELLO-V. DI CATALDO-F. GUERRERA-A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadesse*, Torino, 2014, III, 2167 ss., in part. 2176 ss.; ID., *La società quotata*, in *Tratt. Cottino*, IV, 2, Padova, 2006, 63 s.; G. RIOLFO, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nella Spa: dal sistema tradizionale ai modelli alternativi di amministrazione e controllo*, in G. MERUZZI-G. TANTINI (a cura di), *Le clausole generali nel diritto societario*, in *Trattato Galgano*, LXI, Padova, 2011, 139 ss.; V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità*, cit., 5; M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, 92 ss.

<sup>39</sup> Ritiene che si possa parlare di diritto societario della crisi con riferimento a quelle norme che sono volte ad evitarla, O. CAGNASSO, *Il diritto societario della crisi fra passato e futuro*, cit., 79. In termini generali, il contesto di contaminazione – tenuto conto altresì del tema della svalutazione del capitale sociale – impone, agli amministratori, almeno quale corollario della diligenza, la redazione di *liquidity test* come espressamente richiesto in Germania dal § 19 *InsO*, con relativa accentuazione dei profili di responsabilità.

<sup>40</sup> M. MIOLA, *La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive*, *Riv. soc.*, 2012, 237.

di scelta di cui sono responsabili, sì da porli nella condizione di operare in un contesto di indipendenza e scevri da influenze patologiche di scelte delle quali conservano le responsabilità. Si tratta di una “indipendenza responsabile” che non vive esclusivamente nei temi degli artt. 2086, 2257, 2380-*bis*, 2475 c.c., ma che affonda le proprie radici, tra gli altri, nell’ambito degli artt. 118 e 48 c.c.i.i., nonché nelle regole di matrice comunitaria delle quali ci si occuperà infra.

E che trova un baluardo coercitivo nella nuova dimensione dell’art. 2486 c.c. che disegna un nuovo modello di quantificazione (ovvero una nuova visione) delle responsabilità di amministratori e sindaci <sup>41</sup>.

In questo contesto, allora, l’ordinamento si arricchisce di nuovi elementi normativi. Ciò come testimonia, tra gli altri, la travagliata, seppur breve, evoluzione storica della regola di cui all’art. 2475 c.c., che offre la cifra del suo rilievo in seno al contesto della governance. Ed infatti, come noto, in un primo tempo, la stessa ha insinuato il dubbio che “l’intera” gestione appartenesse esclusivamente agli amministratori, anche in seno alle società a responsabilità limitata, visto il sapore di obliterazione della competenza gestionale dei soci, nel rapporto tra gli artt. 2475 e 2479 c.c., nonché nella rilevanza centrale degli stessi, perno della morfologia variabile <sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> V. DI CATALDO, *La liquidazione del danno nel giudizio di responsabilità degli amministratori* in A. JORIO-R. ROSAPEPE (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali*, Milano 2021, 23.

<sup>42</sup> Sul tema R. SANTAGATA, *Assetti organizzativi adeguati e diritti particolari di ingerenza gestoria dei soci*, cit., 1453. Secondo l’autore siffatta competenza esclusiva recepisce gli esiti del dibattito su doveri e responsabilità degli amministratori in prossimità della crisi d’impresa, consacrando l’esigenza di investire il solo organo amministrativo, in questa fase, di quel delicato conflitto tra interesse dei soci ed istanze dei creditori, con l’effetto di responsabilizzare gli amministratori ad un orientamento della gestione dell’impresa alla salvaguardia delle ragioni di quest’ultimi. In termini più espliciti, si assume che se una simile esigenza di esclusività del potere degli amministratori ha un preciso fondamento per la predisposizione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili, idonei anche ad una tempestiva rilevazione della crisi d’impresa e della perdita di continuità aziendale (cfr. art. 2086, comma 2, c.c.), non può dirsi altrettanto per il generale esercizio della funzione gestoria in una s.r.l. Si ritiene che piuttosto, in un assetto organizzativo della s.r.l. connotato dalla sussistenza di prerogative singolari dei soci di carattere gestorio, un dovere di “stimolo” e di preventiva istruttoria sembra sussistere soltanto se effettivamente sollecitato dai soci privilegiati o se l’omessa assunzione di determinate decisioni sia suscettibile di recare danno all’integrità del patrimonio sociale. Si v. V. CALANDRA BUONAUORA, *Amministratori e gestione dell’impresa nel Codice della crisi*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 8. L’A. propone una rilettura delle norme citate nel testo alla luce del nuovo principio di esclusività della gestione degli amministratori della s.r.l. L. CALVOSA, *Gestione dell’impresa e della società alla luce dei nuovi artt. 2086 e 2475 c.c.*, in *Società*, 2019, 799 ss., G.D. MOSCO, *Il riparto delle competenze gestionali nella S.r.l. dopo il Codice della crisi*, in *Riv. soc.*, 2019, 1036 ss., V. DI CATALDO-S. ROSSI, *Nuove regole generali per l’impresa nel nuovo Codice*

Il vibrante valore “a” sistemico della norma, ha indotto il legislatore ad un *dietrofront*, focalizzato nella precisazione che, nella società a responsabilità limitata, la gestione degli assetti amministrativi risulti di competenza esclusiva degli amministratori<sup>43</sup>.

Il dato esalta comunque il principio per cui la crisi e la sua gestione vengono sottratti ai soci, per appartenere unicamente agli amministratori, i quali dovranno gestirla nell'interesse, a questo punto prioritario, dei creditori.

È evidente come il sistema normativo dianzi tratteggiato, si esprima come patente limite all'autonomia organizzativa delle società, le quali sono tenute a strutturarsi con una attribuzione gestionale, posta nell'esclusiva competenza degli amministratori e tale da essere in grado di intercettare, tempestivamente, segnali di disfunzione ai quali reagire con cure composite altrettanto tempestive.

Si deve poi valutare se l'attribuzione, agli amministratori, significhi – in presenza di più soggetti deputati alla gestione – che la progettazione debba avvenire in via collegiale o possa essere delegata – in un sistema *ex artt.* 2257, 2475, 2381 c.c. – anche ad un singolo amministratore.

---

585

---

Orbene, il dato letterale e quello sistematico devono fare propendere per la prima soluzione, visto che, sotto il primo aspetto, ossia quello della sfera letterale, il legislatore discorre di “amministratori” e non di “organo amministrativo”, come nel comma 5 dell'art. 2475 c.c.

Nella prospettiva sistematica, poi, l'art. 2381 c.c. autorizza, anzi prescrive, la progettazione, in capo agli amministratori delegati, con una doverosa “ingerenza informativa” da parte dei deleganti. Sicché, non si vede, perché altrettanto non possa farsi nel caso in esame, considerando che l'art. 2086 c.c. esprime una esigenza organizzativa che assume carattere particolare, rispetto alla esigenza generale, vissuta dall'art. 2381 c.c., non potendosi

---

*della crisi e dell'insolvenza*, in *Riv. dir. soc.*, 2018, 759, A. BLANDINI, *Categorie di quote, categorie di soci. Considerazioni sui diritti particolari dei soci di società a responsabilità limitata tra struttura personalistica e capitalistica*, Milano, 2009, 108 s.; O. CAGNASSO (nt. 28), 457 ss.; C.M. RIVOLTA, *I regimi di amministrazione nella società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. III, 538 ss.

<sup>43</sup> R. SANTAGATA, *Assetti organizzativi adeguati e diritti particolari di ingerenza gestoria dei soci*, cit., 1453.

ammettere che l'art. 2381 c.c. e l'art. 2086 c.c. concepiscano due assetti diversi, generati da due momenti progettuali distinti.

L'assetto, al contrario, è unico e deve essere adeguato sia per la corretta gestione che per la costante verifica e tensione all'equilibrio quale elemento della corretta gestione stessa.

#### 4. - (*Segue*): l'aspetto contenutistico degli assetti.

Sotto l'aspetto contenutistico, gli assetti e l'adeguatezza rappresentano, invero, una clausola generale che implica il rinvio ad "ordinamenti altri" da cui l'interprete attinge la specifica regola di condotta, sulla cui base valutare la coerenza tra attività svolta e standard operativo richiesto<sup>44</sup>.

E, proprio il criterio di adeguatezza degli assetti, costituisce uno dei casi più evidenti della clausola generale, come tecnica di rinvio che si traduce in un riferimento a regole e prassi operative di buona gestione, di natura amministrativa e contabile che operano in un determinato contesto, in quanto *codificate* in ambito aziendalistico e assunte a buone prassi del mercato<sup>45</sup>.

Il legislatore rinuncia a rigide predeterminazioni affidate a criteri quantitativi, concependo l'organizzazione come un elemento di matrice sartoriale, da cucire, in maniera consona, in relazione alle singole esigenze del corpo imprenditoriale<sup>46</sup>.

Tanto con attribuzione, agli amministratori, di una rilevante "cifra" di "discrezionalità tecnica" laddove, l'opera progettuale non appartiene all'"architettura dell'algoritmo" ma piuttosto ad un sistema ove il dato progettuale è influenzato dalla capacità, dall'esperienza e dalla sensibilità dei

---

<sup>44</sup> G. MERUZZI, *Rilievi parasistemati sul fondamento e sui limiti di costituzionalità delle clausole generali nel diritto societario*, in *Studi in onore di M. Pedrazza Gorlero*, Napoli, 2014, 473.

<sup>45</sup> M. IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni, tra vecchie e nuove clausole generali*, *Riv. dir. soc.*, 2011, 2, 358. In termini sistematici, N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano 1979, *passim*.

<sup>46</sup> Assonime, *Le nuove regole sull'emersione anticipata della crisi e gli strumenti di allerta*, circ. 19 del 2 agosto 2019. Sul tema F. FOGGETTA, *La continuità aziendale nel nuovo ccii, tra scansione temporale e obblighi degli amministratori*, in *Società*, 2020, 921, ove si precisa come, nell'ottica della tempestiva emersione della crisi, a ciascuno degli stati sono stati ricollegati diversi obblighi degli amministratori. In giurisprudenza, per l'autonoma ponderazione della continuità aziendale Trib. Milano, 21 ottobre 2019, in *Società*, 988. Sul tema S. FORTUNATO, *Continuità aziendale, bilanci e crisi da pandemia*, in *Giur. comm.*, 2021, 35.

soggetti deputati alla progettazione di un modello funzionante di organizzazione.

Intimamente connesso al dato appena esposto, vi è quello della sindacabilità delle scelte, in termini di adeguatezza, sì da porre il problema se, come tutte le scelte che implicano una ponderazione manageriale *tout court*, vivano la protezione del principio di cui al *business judgment rule* in guisa che sia consentito sindacare l'adeguatezza – e con essa imputare agli amministratori il contegno anti-giuridico – solo e nella misura in cui se ne dimostri l'irrazionalità.

Un tema strettamente connesso a quello della invasività, attiene infatti, alla colorazione contenutistica dell'“obbligazione” di progettare l'assetto adeguato, monitorarne il funzionamento e attivarsi, con opportuni e appropriati sistemi di composizione, all'insorgere delle disfunzioni.

Ed il profilo contenutistico attiene, non solo al concreto manifestarsi ed alla esigibilità della prestazione, ma anche al livello di sindacabilità e contestabilità della stessa, sì da stabilire, per altra via, se rimanga protetta, come pare preferibile, dall'egida del *business judgment rule* <sup>47</sup>.

Se così non fosse, l'assetto organizzativo si ridurrebbe ad un algoritmo, la cui erronea applicazione matematica, esporrebbe gli amministratori ad un inadempimento, verificabile applicando la formula astratta alla fattispecie concreta, sì da estrarne il risultato che si sarebbe dovuto ottenere. Al tempo stesso, poi, il rispetto dell'algoritmo potrebbe portare assetti non consoni alla realtà concreta.

Questo mortificando la “fantasia” imprenditoriale e la attitudine a governare la dinamicità degli imprevisti, tipici dell'attività economica, quale attività che si svolge in un contesto dinamico.

Dacché, l'invasività della crisi, rispetto alla struttura, è razionalmente equilibrata, sì da non predeterminare, modelli rigidi e preconfezionati di

---

<sup>47</sup> Sull'applicabilità del *business judgment rule* alle scelte organizzative Trib. Roma, 8 aprile 2020, *Società*, 2020,1339. Si tratta, invero, di scelte strategiche A. BARTALENA, *Assetti organizzativi e business judgment rule*, *Società*, 2020,1351. Per la possibilità di applicare la *business judgment rule* anche alle decisioni concernenti gli assetti v., fra gli altri, G. FERRARINI, *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari*, in M. DI NOIA-C. BIANCHINI (a cura di), *I controlli societari*, Milano, 2010, 50 ss.; V. CALANDRA BUONAURO, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, in R. COSTI (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, IV, 4, VI, Torino, 2019, 300 ss.

assetti organizzativi, ma sistemi “liquidi”, capaci di essere realizzati e progettati in una condizione di autonomia, governata unicamente da principi di razionalità e ragionevolezza, rispetto ai quali sarebbe inammissibile una attività di sostituzione tout court, realizzata ex post, da chi si pone in una prospettiva di sindacato dell’operato altrui, sì da attribuire, al giudice, il potere di sostituire la propria discrezionalità tecnica a quella dell’imprenditore.

Il che non si ritiene ammissibile e sarebbe, quanto accadrebbe nell’ipotesi in cui si volesse seguire l’idea della sindacabilità delle scelte in tema di assetti organizzativi.

Si tratta, al contrario – stante vieppiù l’opzione di politica legislativa di non predeterminare il contenuto della prestazione – di una opzione di intima gestione che deve permettersi possa essere realizzata, con i margini di autonomia e sindacabilità, tipici di ogni scelta di tal fatta.

Ne viene, allora, che il contenuto della prestazione non è predeterminato o determinato ma determinabile in ragione di parametri oggettivi del caso concreto, soggettivamente esaltati dalla discrezionalità tecnica degli amministratori.

---

588

Invero, la progettazione e verifica degli assetti non viene disegnata dal legislatore come prestazione a contenuto predeterminato, essendo qualificabile come atto di gestione strategica, da riempire contenutisticamente sul caso concreto.

Meglio, come atto di gestione per eccellenza, nel senso che la creazione ed il continuo monitoraggio degli assetti rappresentano l’incipit della gestione societaria ossia il “*big bang*” della amministrazione di impresa.

Per questo non pare possa essere accolta la diversa impostazione che, sindacando l’osservanza, da parte degli amministratori, del canone dell’adeguatezza degli assetti, ritiene ammissibile uno scrutinio più stringente delle scelte d’impresa, rispetto a quello consentito dal *business judgment rule* <sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> Per una diversa ricostruzione sul tema dell’applicabilità della *business judgment rule* alle decisioni sugli assetti V. MONTALENTI, *Il codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione delle crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, *Giur. comm.*, 2020, I, 829; *Id.*, *La gestione dell’impresa di fronte alla crisi fra diritto societario e diritto concorsuale*, *cit.*, 828; *Id.*, *Le riforme del codice civile: Assetti organizzativi*

La ricostruzione affronta il problema sulla scorta dell'insegnamento che, al fine di delimitare la portata applicativa del *business judgment rule*, valorizza la distinzione fra la violazione di obblighi a contenuto specifico e quella di doveri a contenuto generico: la regola in questione si applicherebbe soltanto a comportamenti e scelte che non sono imposti da norme contenenti un precetto determinato <sup>49</sup>.

Ne viene che, siccome la predisposizione di assetti inadeguati integra, per gli amministratori, la violazione di un obbligo specifico (costruzione e valutazione degli assetti), le decisioni, al riguardo, non potrebbero trovare riparo nella *business judgment rule*, <sup>50</sup>, mancando lo spazio per una scelta imprenditoriale (ovvero discrezionale) <sup>51</sup>.

Ad ogni buon conto – a tacitare la questione – vi è che la prospettiva si sposta sul piano dell'onere della prova, nel senso che l'obbligo della progettazione genera un vincolo di natura negoziale tra la società e gli amministratori, che espone i medesimi ad una responsabilità di natura contrattuale.

Trattandosi di responsabilità contrattuale – ed applicandosi l'art. 1218 c.c. invocabile in ogni ipotesi in cui siano in gioco obblighi di prestazione <sup>52</sup> –

---

societari, in A. JORIO-R. ROSAPEPE (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali*, Milano 2021, 41; E. BARCELLONA, *Business judgment rule e interesse sociale nella crisi. L'adeguatezza degli assetti organizzativi alla luce della riforma del diritto concorsuale*, Milano, 2020, *passim*; C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business judgment Rule*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 643 ss.; R. SACCHI, *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231/2001*, in U. TOMBARI (a cura di), *Corporate Governance e "sistema dei controlli" nella s.p.a.*, Torino, 2013, 304 ss.

<sup>49</sup> Si v. C. ANGELICI, *La società per azioni. I. Principi e problemi*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2012, 407.

<sup>50</sup> M.C.M. MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 740.

<sup>51</sup> Il tema si concentra nella distinzione fra la materia strettamente gestionale, relativa all'esercizio dell'impresa sociale, e la materia organizzativa, che attiene a tutti quei profili strutturali che non possono essere di per sé inquadrati nell'ambito della gestione d'impresa; M. MAUGERI, *Considerazioni sul sistema delle competenze assembleari nella s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2013, 336 ss.; P. ABBADESSA-A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea nelle s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2010, 183 e 269 ss.; S.A. CERRATO, *Il ruolo dell'assemblea nella gestione dell'impresa: il «sovrano» ha veramente abdicato?*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 149 ss.; M. MIOLA, *L'oggetto sociale tra autonomia statutaria ed autonomia gestoria*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 719 ss.; G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 218 ss.; B. LIBONATI, *L'amministratore non socio di società in nome collettivo*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, 426 ss.

<sup>52</sup> U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, 798; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 159; E. NAVARRETTA, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confini fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in N. LIPARI-P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, Milano,

la società, i creditori e la curatela fallimentare ovvero il liquidatore giudiziale *ex art.* 115 c.c.i.i. – visto che il terreno elettivo delle azioni di responsabilità si staglia nelle procedure concorsuali – potranno limitarsi a contestare l’inadempimento, essendo precipuo onere degli amministratori, dimostrare il processo di progettazione di un adeguato assetto organizzativo amministrativo e contabile, la continua verifica del medesimo e la tempestiva adozione di procedure di composizione, nonché il livello motivato di adeguatezza delle scelte.

Tanto secondo un onere probatorio, agevolato dal *business judgment rule* in relazione al quale fare emergere le motivazioni, le premesse logiche su cui si fonda il modello adottato, nonché il suo concreto funzionamento.

In siffatto ambito, la contestazione dell’attore dovrà sporgersi a contestare l’irrazionalità del modello.

L’abbrivio del discorso non può che essere – come si diceva – la determinazione del contenuto dell’obbligo in quanto la sua cifra determinabile (e non aprioristicamente determinata) lascerà comprendere come il medesimo sia pregno di discrezionalità tecnica, incompatibile con l’obliterazione del *business judgment rule*.

Invero, dalla enucleazione ermeneutica dell’art. 2086 c.c., traspare come il legislatore abbia imposto, ai gestori dell’impresa, la progettazione di un modello che sia adeguato secondo una ponderazione che varia, da caso a caso, in ragione della “*natura e delle dimensioni dell’impresa*”.

Non è possibile, allora, fornire uno schema predefinito (una sorta di algoritmo) di assetto visto che – anche qui in una valutazione di azienda-

---

2009, 234. In giurisprudenza si sancisce «La responsabilità degli amministratori, tanto di società di capitali quanto di società di persone, per i danni cagionati alla società amministrata ha natura contrattuale, sicché la società (o il curatore, nel caso in cui l’azione sia proposta l.fall., *ex art.* 146) è tenuto ad allegare le violazioni compiute dagli amministratori ai loro doveri, come pure a provare il danno e il nesso di causalità tra la violazione e il danno, mentre spetta agli amministratori provare, con riferimento agli addebiti contestatigli, l’osservanza dei predetti doveri. A fronte di disponibilità patrimoniali fuoriuscite dall’attivo della società, questa, nell’agire per il risarcimento del danno nei confronti dell’amministratore, può dunque limitarsi ad allegare l’inadempimento, consistente nella distrazione delle dette risorse, mentre compete allo stesso amministratore la prova del suo adempimento, consistente nella destinazione delle attività patrimoniali all’estinzione di debiti sociali (come quelli eventi ad oggetto gli utili di esercizio e i compensi spettantigli) o il loro impiego per lo svolgimento dell’attività sociale, in conformità della disciplina normativa e statutaria». Cass., 12 maggio 2021, n. 12567.

lizzazione del diritto – vengono prediletti schemi mobili, pregni della necessaria discrezionalità tecnica, a sua volta, strumentale al fine di consentire agli amministratori – unici responsabili e legittimati alla dimensione della progettazione – di realizzare un assetto conforme alle necessità del caso concreto.

Nel linguaggio giuridico corrente, la nozione di clausola generale designa diverse categorie di norme, tutte caratterizzate dalla presenza, all'interno del testo normativo, di sintagmi indeterminati, lasciando ampi margini di discrezionalità all'interprete, imponendo giudizi di valore, ove si schiudono diverse tipologie di scelte possibili<sup>53</sup>.

Questo vale tanto più ove si ponga mente al fatto che l'adeguatezza, di cui alla regola, può sfruttare l'esperienza interpretativa dell'art. 2381 c.c. di cui la norma espressa dall'art. 2086 c.c., costituisce un corollario<sup>54</sup>.

Sicché, il dato dell'adeguatezza e quello dell'assetto organizzativo vengono positivamente contaminati dall'applicazione dei principi delle scienze aziendalistiche, per come elaborati anche dalle associazioni di categoria e dai codici di autodisciplina<sup>55</sup>.

Il tema è rilevante in quanto dimostra vieppiù come anche il singolo caso concreto sia influenzato da un ventaglio multiforme di scelte e di possibili alternative progettuali, la cui definizione può dipendere anche dalle capacità degli amministratori. Capacità che tuttavia – laddove non svelino *in nuce* una manifesta incompetenza – non possono valere, di per sé, come elementi di responsabilità, laddove, *ex post*, il giudice riesca a percepire un migliore modello possibile del caso concreto.

Non pare condivisibile, allora, la ricostruzione che nega l'applicazione del *business judgment rule*<sup>56</sup>, visto che, nella specie, è in gioco una decisione

---

<sup>53</sup> In questi termini si esprime L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle scelte organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, 414; ID., *L'applicazione della business judgment rule alle decisioni organizzative: spunti giurisprudenziali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, 284.

<sup>54</sup> V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità*, cit., 5.

<sup>55</sup> L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle scelte organizzative degli amministratori*, cit., 414; ID., *L'applicazione della business judgment rule alle decisioni organizzative: spunti giurisprudenziali*, cit., 284.

<sup>56</sup> Per l'interpretazione che nega l'applicabilità della *business judgment rule* alle decisioni sugli assetti si v. P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nelle società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. Soc.*, 2013, 260; ID., *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi fra diritto societario e diritto concorsuale*, cit., 828. Sul tema M. SPIOTTA, *La responsabilità*, in M.

che attiene al modo di gestire l'impresa e che – al di là di classificazioni linguistiche – non può vivere l'intromissione ingiustificata di terzi che, senza sindacare l'irrazionalità delle scelte, vadano a sostituire, alla discrezionalità degli amministratori, quella propria. Ciò specie, in un contesto ove gli “amministratori” hanno la prerogativa esclusiva della gestione.

Così, il principio del *business judgment rule* trova un ulteriore riferimento nella precisazione normativa in ragione della quale la progettazione dell'assetto *de quo* è di competenza esclusiva degli amministratori, come testimonia il trascinamento dell'art. 2086 c.c. in seno alle regole in tema di amministrazione dei singoli modelli societari.

Il che sta a significare che – nel momento in cui si consente a “terzi” sindacare le scelte, sostituendo la propria discrezionalità tecnica a quella degli amministratori – si attribuisce, ai medesimi, un compito di gestione che è di esclusivo appannaggio degli amministratori censurabile, quindi, solo ove quel potere sia stato esercitato, secondo una patente irrazionalità, ovvero non sia stato affatto esercitato, essendo carente l'esistenza dell'assetto.

---

592

Né pare possibile, in questo contesto, assumere che la scelta attenga ad un obbligo a contenuto specifico (costruzione e valutazione degli assetti). Ed invero, il contenuto dell'obbligo non ha alcuna specificità e determinatezza.

Esso è determinabile in relazione alla disamina ed alla sensibilità di percezione del caso concreto, in una ottica dalla visione strategica che – come si diceva – non può assumere valenza di un algoritmo.

Il tema verosimilmente si sposta sul piano narrativo della prova, dal quale sgorgano due livelli di sindacabilità, in termini temporali.

Il primo livello si manifesta durante la vita della società e, prima ancora, che la stessa sia stata attinta da una procedura concorsuale di matrice liquidatoria, laddove, al sindacato in merito alla corretta realizzazione dell'assetto, si potrà reagire – sebbene nei termini di cui all'art. 1218 c.c. – sì da dare conto della sua predisposizione e del suo corretto funzionamento, insindacabile se non nei limiti della irrazionalità. Sicché, sul piano

---

IRRERA (diretto da), *Diritto del governo delle imprese*, Torino, 2016, 310; R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, cit., I, 304 ss.

probatorio, ove, agli amministratori, si contesti l'inottemperanza all'obbligazione di cui all'art. 2086 c.c., a questi sarà bastevole eccepire e dimostrare l'esistenza di un assetto organizzativo ed il suo concreto funzionamento, laddove graverà, sulla controparte, la dimostrazione dell'irrazionalità del modello, così progettato e realizzato, ovvero il suo mancato funzionamento.

Il secondo livello di sindacato si sviluppa allorché l'impresa collettiva sia stata attinta da una procedura concorsuale liquidatoria, ovvero abbia realizzato, tardivamente, una procedura di composizione.

In questo caso, gli amministratori – anche in virtù del principio della vicinanza della prova – saranno tenuti a dimostrare l'esistenza dell'assetto ed il suo concreto funzionamento dando conto, a tale ultimo fine, del perché, allora, la crisi, o la perdita di continuità non è stata percepita e combattuta, sì da farla degenerare in insolvenza irreversibile. E, come mai, quindi, un assetto che – per assunto – è stato correttamente progettato e di cui si è verificato il concreto funzionamento, alla fine, non abbia funzionato.

Va da sé che, in tal caso, l'esonero dalla responsabilità o meglio la dimostrazione che l'inottemperanza è dovuta ad una causa non imputabile agli amministratori e, si aggiunga, agli organi di controllo, è alquanto ardua, tanto più che essi godono della più ampia competenza nella gestione della crisi visto che le regole in tema di amministrazione, attribuiscono, alla loro esclusiva decisione, la scelta del modello di composizione. Ardua in quanto un sistema correttamente e razionalmente progettato non può avvedersi della disfunzione solo allorché questa sia degenerata in insolvenza, salvo che non abbia assunto caratteri improvvisi e dirompenti. Ne viene che il tema dell'esonero passerà verosimilmente per la dimostrazione di un evento di carattere straordinario ed imprevedibile, capace di trasformare, senza avvisaglie, una condizione di equilibrio in una improvvisa e imprevedibile tempesta finanziaria, della quale non sarebbe stato possibile avvedersi.

Così, allora, il dato della insindacabilità nel merito, viene, di fatto, travolto dal tema della impossibilità di giustificazione di una insolvenza che sia il frutto della degenerazione di disequilibri, non percepiti e composti, dove la questione si trova ad essere travolta dalla considerazione che, un sistema

razionale, non avrebbe permesso la degenerazione della crisi in insolvenza, salvo questa non sia stata una vicenda anomala, improvvisa ed imprevedibile, in un contesto che si mostra in equilibrio.

E la irrazionalità sarebbe allegata in *re ipsa* per il fatto che l'assetto non è stato in grado di percepire l'evento tumorale della crisi, o della perdita di continuità, lasciandole il tempo di degenerare, nella metastasi dell'insolvenza.

Il che non è possibile in un assetto organizzativo razionale.

Ne viene il ridimensionamento del tema del *business judgment rule*, stante la rilevanza del piano probatorio.

Strettamente connesso al tema appena indagato è il profilo di "cosa" o meglio su quale "disfunzione" vada tarato l'assetto organizzativo, preteso dall'art. 2086 c.c., sì da stabilire se il medesimo debba avere un unico grado di sensibilità, ovvero se debba essere strutturato in maniera da intercettare diversi livelli di disfunzione.

La risposta, rompendo gli indugi, deve ritenersi orientata nel senso che il codice genetico della società, costituita dall'assetto organizzativo, deve essere strutturato, sì da potere distinguere i diversi livelli o tipologie di disfunzione in modo che esista la preventiva comprensione e composizione, tanto della "perdita di continuità" che della "crisi" che dell'"insolvenza".

Si tratta di disfunzioni capaci, sebbene con una diversa intensità patologica, di incidere sul dato vitale dell'attività di impresa.

E questo per una serie di ordini di ragioni, che offrono la cifra di come il pensiero della "*neutralità organizzativa*", debba essere abbandonato a vantaggio della *pervasività organizzativa* nel senso che l'organizzazione societaria, sin dalla sua genesi, è condizionata dalla crisi, o meglio da un approccio alla crisi che trova sistemazione diretta, non già nella legislazione speciale, ma in seno al codice civile, impressa nell'art. 2086 c.c. e nelle varie regole sulla governance, di cui il tema costituisce postulato.

Passando, poi, al dato oggettivo delle disfunzioni, su cui deve essere tarato l'assetto, giova osservare quanto segue, in merito alla dignità separata delle stesse.

Per quanto attiene alla probabilità della crisi, alla crisi ed alla perdita della

continuità, la valenza di disfunzioni a “dignità separata” emerge dallo stesso dato letterale.

Invero, il legislatore, in seno all’art. 2086 c.c., pone l’attenzione progettuale degli amministratori e la conseguente componente reattiva, sia rispetto alla crisi che alla perdita di continuità, che, in via residuale, all’insolvenza, dimostrando di considerare i concetti come oggetto di scrutinio separato, in modo da porre, all’attenzione ed alla cura compositiva degli amministratori, sia la “crisi” che la “perdita di continuità”, che l’“insolvenza”, visto che tutte meritano di essere superate e – prima ancora – tempestivamente individuate <sup>57</sup>, questo sebbene, lo si anticipa, la tendenza deve essere quella di percepire la disfunzione nel suo stadio embrionale, laddove l’insolvenza assume valenza residuale, come precisa anche l’art. 2 d.l. n. 118 del 2021 che, impone – dovendo essere coordinato sistematicamente con l’art. 2086 c.c. – accesso alla “composizione negoziata della crisi di impresa” al mero manifestarsi della probabilità della crisi.

Procediamo per gradi.

La considerazione dell’insolvenza è intuitiva e – al di là del raggruppamento concettuale di cui all’art. 160 l.fall., peraltro riferito alle finalità del comma 1 della regola citata – merita una precipua considerazione, presentandosi come la forma di disfunzione più grave, e che quindi, a maggior ragione, è necessario individuare e combattere, relegando, tuttavia, il suo emergere al verificarsi di circostanze eccezionali, in ragione delle quali la condizione dell’attività di impresa passi direttamente – e per eventi imprevedibili – dalla condizione di equilibrio a quella di insolvenza, visto che, ove il disequilibrio avesse assunto la veste primordiale della crisi, o della perdita di continuità, per poi degenerare in insolvenza, l’atteggiamento disinteressato sarebbe imperdonabile.

Ne viene, allora, un concetto che, in un contesto votato all’approccio all’equilibrio, deve essere relegato a fattispecie residuale che si giustifica solo in ipotesi di disequilibri “fulminanti” ed “imprevedibili”, in relazione

---

<sup>57</sup> Per una ricostruzione generale del rapporto tra le varie forme di disfunzione S. FORTUNATO, *Insolvenza, crisi e continuità aziendale nella riforma delle procedure concorsuali*, cit., 14. Si v. G. TERRANOVA, *Le procedure concorsuali*, Torino, 2019, *passim*; F. DI MARZIO, *Obbligazione, insolvenza e impresa*, cit., 79, ss.; Id., *Fallimento. Storia di un’idea*, Miano, 2018, 5.

ai quali l'attività passi direttamente da una condizione di equilibrio ad una di "impotenza strutturale" non potendosi giustificare, in un ordinamento teso al monitoraggio continuo ed efficace dei disequilibri, un'insolvenza frutto della trascuratezza della patologia meno grave, quale la crisi o la perdita di continuità.

La considerazione dell'insolvenza è giustificata solo nella misura in cui la stessa si presenti come evento improvviso e imprevedibile. Ciò nel senso che – in ragione della attenzione curativa e del dovere imposto alla governance – non è tollerabile la percezione dell'insolvenza, quale terminale patologico di un processo, che è iniziato come crisi o perdita di continuità, non percepita o trascurata.

Il che starebbe a significare il fallimento dell'assetto organizzativo, incapace di percepire e comporre tempestivamente la disfunzione, e con esso, responsabilità della governance.

Per questo, in un *sistema della "crisi"* che possa dirsi "avanzato", godendo del progresso scientifico delle misure di composizione attuali, è intollerabile una insolvenza che si manifesti quale involuzione della disfunzione meno grave.

---

596

---

In sostanza, si perdona e giustifica solo l'insolvenza improvvisa e imprevedibile, laddove l'insolvenza progressiva, porta all'aggravio del dissesto e alla considerazione delle responsabilità degli amministratori e sindaci.

E ciò vale a maggior ragione in relazione all'esilio del capitale sociale la cui "dipartita" fa sì che la vera "*sonnette d'allarme*"<sup>58</sup> sia rappresentata dalle condizioni che si esprimono, in termini di dinamicità più immediata rispetto al capitale sociale quale elemento che "misura più che lasciarsi misurare".

Sicché, gli amministratori sono delle guardie, non solo del patrimonio sociale, ma soprattutto dell'equilibrio economico finanziario e della prospettiva della continuazione dell'attività<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> G.B. PORTALE, *Società a responsabilità limitata senza capitale sociale e imprenditore individuale con "capitale destinato" (Capitale sociale quo vadis?)* in *Riv. soc.* 2010, 1237; ID., *La parabola del capitale sociale nella srl (dall'importanza quasi-sacramental al ruolo di ferro vecchio?)*, in *Riv. soc.* 2015, 815; ID., *Dal capitale sociale zero, al capitale sociale zero nelle società di capitali*, I. CAPELLI-S. PATRIARCA (a cura di), *Il nuovo capitale sociale*, Milano, 2016, 9.

<sup>59</sup> Il concetto appena espresso – e con esso l'immagine delle "guardie" – si deve a M. SPIOTTA, *La responsabilità*, cit., XII.

Questo in quanto si preferisce, ad un modello di tutela statico (il capitale), uno dinamico (l'equilibrio) minato dalla crisi, dalla perdita della continuità e dall'insolvenza, quali elementi effettivi e paradossalmente tangibili dello stato dell'impresa che, non vale solo "quanto possiede" ma soprattutto per la sua capacità di mantenersi in equilibrio e combattere le eventuali disfunzioni <sup>60</sup>.

In questa ottica, gli amministratori devono essere capaci di osservare la condizione di impresa e cogliere il momento in cui la medesima viene a porsi sotto il livello di equilibrio. E devono essere capaci di osservare – grazie allo strumentario misuratore degli assetti adeguati – questa dinamicità rispetto a tutte le sue sfumature, in guisa che sia la perdita di continuità che la crisi, assumano il valore e la dignità di vicende a sé stanti che – in una ottica di corretto approccio – non possono essere unificate in un processo di banalizzazione concettuale.

La "crisi", la "perdita di continuità" e l'"insolvenza" sono concetti diversi e, nella loro diversità, vanno individuati e composti, visto che ognuno merita un criterio di riconoscimento proprio, nonché di cure adeguatamente diverse.

---

597

---

Tanto ferma restando la retroguardia culturale che deve appartenere all'insolvenza <sup>61</sup>.

In sostanza, allora, è necessario distinguere i diversi livelli di patologia, visto che il legislatore li considera tutti delle disfunzioni capaci di degenerare e corrodere il corpo aziendale con inevitabile avanzamento degenerativo verso il punto di non ritorno costituito dall'insolvenza.

Ne viene che il sistema organizzativo vive questa prima forma di specificazione, dovendo essere immaginato per comprendere e rispondere, curativamente, alla crisi, alla perdita della continuità ed all'insolvenza.

Prima ancora, però bisogna comprendere quando siffatte patologie aziendali, ricorrano, ossia quali siano i sintomi di manifestazione che consentano il processo di sussunzione dai fatti noti (i sintomi) al fatto ignoto (la diagnosi della disfunzione).

---

<sup>60</sup> G. PRESTI, *Rigore è quando arbitro fischia?*, in *Fall.*, 2009, 27; O. CAGNASSO-L. PANZANI (diretto da), *Stato di crisi e stato di insolvenza*, Torino, 2016, 426.

<sup>61</sup> M. SPIOTTA, *La responsabilità*, cit., 211.

Sicché, il sistema organizzativo dovrà essere dipinto in maniera da riuscire ad avere i codici di accesso per il continuo scrutinio dei sintomi delle diverse disfunzioni, al fine di poterle intercettare tempestivamente e somministrare il più efficace modello di cura, anche esso immaginato su binari predefinitibili, sebbene dalle connotazioni contenutistiche atipiche, oltremodo esponenzializzate dalla atipicità degli accordi ex art. 11 d.l. n. 118 del 2021.

Se questo è vero, il concetto di più immediata percezione rimane quello di “insolvenza” che continua ad essere – anche nella nuova prospettiva dell’approccio alla disfunzione – inteso sempre alla stessa stregua di incapacità dell’imprenditore di fare fronte regolarmente alle proprie obbligazioni, come manifestato da inadempimenti o da altri fatti esteriori.

Il tutto con l’aggiunta di una visione prospettica ove l’indagine, in un sistema che impone un approccio rigoroso, si appunta verso il dato dell’“insolvenza prospettica”, intesa quale disfunzione che si ponga in una prospettiva esistente, in un lasso di tempo futuro, ancorché contenuto, così da potere diagnosticare la decozione allorquando, pur non essendo ancora attuale, possa manifestarsi in un arco temporale ristretto (c.d. insolvenza prospettica) <sup>62</sup>.

Volendo poi ricostruire il concetto di crisi, l’art. 2086 c.c. nomina la fattispecie senza definirla, laddove l’art. 160 l.fall., ne offre una “non definizione” assumendo – con una notazione concettualmente forviante e sebbene per le sole finalità di cui al comma 1 della norma – che “per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza”.

Dacché, è necessaria una ricostruzione o anche un modello di percezione sensoriale, che funga da antecedente concettuale per l’applicazione della regola, in guisa da separare concettualmente le due disfunzioni.

Tanto, posto che ovviamente crisi, insolvenza e perdita della continuità, sono concetti diversi tra loro e, a confonderli, si vanificherebbe l’attuale spirito del codice civile che – in seno all’art. 2086 c.c. ed alle sue derivazioni – recepisce una tensione di allarme e cura della crisi, prima che sfoci nello stadio successivo dell’insolvenza.

La concettualizzazione deve essere ripresa dall’esperienza maturata in

---

<sup>62</sup> Trib. Milano, 3.10.2019; Trib. Benevento, 18.12.2019.

seno all'economia aziendale tenuto conto che, anche il c.c.i.i., ne recepisce, in fatto, l'elaborazione allorquando, all'art. 2 c.c.i.i. la individua come "squilibrio economico finanziario" in un rapporto di probabilità con "lo stato di insolvenza del debitore".

Si tratta di una definizione, come si diceva, ripresa dall'economia aziendale ove da *illo tempore* il fenomeno è individuato come squilibrio economico finanziario destinato a perdurare ed a degenerare in insolvenza, in assenza di opportuni interventi di risanamento <sup>63</sup>.

Si è dianzi ad una disfunzione che si appunta all'aspetto finanziario ed economico e sulla quale – giova dirlo subito – non assume rilievo esimente la condizione positiva del capitale sociale e del patrimonio netto che, anche per questa via, vedono indebolita la loro funzione di monitoraggio. Si tratta di una concezione di carattere generale che impone, all'interprete, di porre l'attenzione sulla situazione di squilibrio e sulla possibilità che questa degeneri in insolvenza <sup>64</sup>.

Altra cosa sono, poi, i sintomi che vengono evidenziati per percepire il ricorrere della patologia e quindi realizzare una diagnosi. Questi (i sintomi), sono un modo di manifestazione della patologia che, comunque, dovrà essere riconosciuta e curata ogni qualvolta si presenti la cognizione dello squilibrio economico finanziario, capace di degenerare in insolvenza, secondo un prospetto di tempestività disegnato, a contrari, dall'art. 24 c.c.i.i.

Anche in questo caso, la dottrina aziendalista e – per riflesso il legislatore aziendalizzato – prospettano taluni elementi di precisazione.

Il primo è naturalmente costituito dalla inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a fare fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate. La sintomatologia generale sta nella ponderazione di una incapacità prospettica di fare fronte alle obbligazioni a dispetto dell'insolvenza, laddove

---

<sup>63</sup> S. SCIARELLI, *Il sistema di impresa*, Padova, 1988, 236.

<sup>64</sup> In questo processo di aziendalizzazione del diritto si individuano quattro stadi della crisi aziendale e quindi l'incubazione, ove si manifestano i primi segnali di disfunzione, senza che si trasformino in perdite, lo stadio maturazione ove si assiste alla perdita di valore, nonché l'insorgere di difficoltà nei rapporti coi creditori. Si arriva poi allo stato di insolvenza ove lo squilibrio è difficilmente rimediabile, fino a giungere al dissesto quale situazione permanente. G. PAOLONE, *Gli istituti della cessazione aziendale* cit., *passim*; L. GUATRI, *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995, *passim*.

l'incapacità non è prognostica, ma attuale, ossia scrutinabile al momento<sup>65</sup> ferma restando la “zona grigia” della “insolvenza prospettica”<sup>66</sup> che rende meno visibili, nella sua teorizzazione, i confini tra le due forme di disequilibrio.

L'art. 13 c.c.i.i. individua così una serie di indicatori e indici della crisi<sup>67</sup> dimostrando – anche in questo caso – di seguire la linea di diagnosi dell'economia aziendale che, per prima, ha prospettato una analisi del fenomeno patologico, avvalendosi di indicatori di bilancio.

Il dato che spicca, è comunque il processo di aziendalizzazione del diritto ove, determinati termini sono oggetto di concettualizzazione secondo le chiavi di lettura offerte dall'economia aziendale. Si aggiunga che la scienza aziendalistica riconduce al termine “crisi” quel “processo degenerativo che rende la gestione aziendale non più in grado di seguire condizioni di economicità a causa di fenomeni di squilibrio o di inefficienza, di origine interna o esterna, che determinano appunto la produzione di perdite, di varia entità, che possono determinare l'insolvenza; l'insorgenza della “crisi” – da questa angolazione – non accresce, in via necessaria, le “probabilità di insolvenza”, ma è, più semplicemente, una situazione che può, in via eventuale, precedere l'“insolvenza”<sup>68</sup>. In questo contesto la “probabilità della crisi” – per come enucleata dall'art. 2 d.l. n. 118 del 2021 – è una condizione che si pone ancora più a monte, riferendosi alla sola probabilità che il detto stato si manifesti.

Discorso ancora diverso è per il concetto di “perdita della continuità” la cui definizione è, ancor più rilevante – e da considerare a priori – visto che

---

<sup>65</sup> Sul tema, S. DE MATTEIS, *L'emersione anticipata della crisi di impresa*, Milano, 2017, 365; G. TERRANOVA, *Insolvenza, stato di crisi. sovraindebitamento*, Torino, 2013, 75; D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna, 2006, 195. M. SANDULLI, *Sub art. 160 l. fall.*, in A. NIGRO-M. SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, 983.

<sup>66</sup> Trib. Milano, 3 ottobre 2019; Trib. Benevento, 18 dicembre 2019.

<sup>67</sup> Per una ricostruzione sul tema R. RUSSO, *Collegio sindacale e imprese in crisi*, Milano, 2021, 200. Nel 2019, il CNDCEC ha pubblicato un documento – Gli indici di Allerta – nel quale è riportato un accurato elenco delle circostanze predittive della crisi; R. DELLA SANTINA, *Indicatori ed indici della crisi nel sistema degli strumenti di allerta: l'interpretazione sistematica e di metodo offerta dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli esperti contabili*, su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 2020.

<sup>68</sup> Così G. PAOLONE, *Gli istituti della cessazione aziendale*, cit., *passim*; S. TOMMASO, *Le crisi aziendali: cause, strumenti previsivi e analisi del fenomeno nel contesto italiano, in economia aziendale. Ricerche e profili evolutivi*, a cura di G. FABBRINI-A. MONTRONE, Milano, 2014, 393 ss.; L. GUATRI, *Crisi e risanamento dell'impresa*, Milano, 1986, 39.

gli organi di gestione e controllo devono essere vigili ed allerta soprattutto rispetto a siffatta disfunzione, tenuto conto che, come si diceva, in un contesto normativo votato *all'early warning*, il successo dell'obiettivo di prevenzione e cura preventiva passa per la composizione del disequilibrio, nella sua fase embrionale, prima che sia diventata crisi o insolvenza.

Soprattutto la perdita di continuità deve essere tempestivamente accertata e curata, con un processo di composizione che serva a ricondurre la società alle condizioni di continuità sul mercato, ovvero a prendere atto che ciò non è possibile, traendo le conseguenze compositive del caso.

Anzi, verosimilmente, in una prospettiva di corretto approccio alla disfunzione, la forma di squilibrio, che deve essere elevata a protagonista delle attenzioni, è proprio la perdita di continuità, quale, in una determinata prospettiva, forma di disequilibrio che manifesta lo stato embrionale della crisi e che merita il più alto livello di attenzione essendo capace, in caso di trascuratezza, di dare vita al processo di degenerazione inarrestabile, che porta all'insolvenza.

In sostanza, esiste l'obbligo di fare in modo che la società non operi in condizioni di disequilibrio mediante apposite strategie di contrasto, sicché, in caso la continuità, non possa essere ritrovata – prendendo atto della impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale, come si vedrà di seguito – la società deve essere posta in liquidazione.

E, la perdita della continuità è, di per sé, una condizione meritevole di intervento a prescindere dalla crisi, visto che ne è il prologo.

Si tratta di un modo di manifestarsi della disfunzione che merita – *mutatis mutandis* – ancora maggiore dignità e considerazione della crisi e dell'insolvenza.

Ciò nel senso che, se effettivamente si vuole fronteggiare il disequilibrio, è necessario che lo stesso sia percepito e curato sin dalla fase embrionale, quando si amplificano le possibilità di successo della cura.

Si tratta di un modo di manifestazione poliedrico che vive, o può vivere, in rapporto con gli altri due nel senso che la perdita di continuità potrebbe essere una conseguenza della crisi o dell'insolvenza, ma, al tempo stesso, potrebbe manifestarsi anche per fattori diversi e quindi palesarsi, sebbene in assenza di crisi, e insolvenza.

Il dato della dignità autonoma della perdita della continuità si evince, del resto, e come cennato, palese dal riscontro normativo.

E, difatti, la lettera dell'art. 2086 c.c. impone la necessità della tempestiva rivelazione della crisi e della perdita di continuità nonché di attivarsi per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale.

La congiunzione “e” non deve essere valorizzata sì da affermare che la perdita di continuità debba essere rilevata e recuperata solo allorquando si accompagna alla crisi.

E, difatti, se si accedesse a siffatta ricostruzione, la detta congiunzione dovrebbe essere rilevante anche nel senso opposto ossia nel senso che la crisi debba essere riconosciuta e combattuta solo quando, ad essa, si accompagna anche la perdita della continuità. Il che sarebbe palesemente e intuitivamente inaccettabile e contro l'intero spirito del nuovo approccio alla crisi, tenuto conto che vi può essere crisi senza perdita della continuità e viceversa.

Approccio che impone una “cultura del benessere”, una “cura dell'impresa” che, intanto funziona ed assume efficienza, allorquando siano colti e non sottovalutati i primi indizi di disfunzione proprio perché è necessario che gli stessi siano tempestivamente affrontati, onde evitarne una loro degenerazione letale in insolvenza.

Ed è indubitabile che la perdita di continuità assuma precipua incidenza causale nella individuazione patologica della condizione di impresa essendo giocoforza consequenziale che, se l'impresa non può continuare a stare sul mercato, è inevitabile che questa trascenda, nel tempo, in crisi per poi degenerare in insolvenza, fermo restando che le stesse non si siano manifestate ancora.

Non bisogna, infatti, trascurare che, anche e soprattutto la forma di perdita di continuità, relativa ad una disfunzione che non presenti connotazioni di natura economica o finanziaria, prima o dopo, se non affrontata, si trasformerà in una metastasi finanziaria, sotto forma di crisi e, a seguire, di insolvenza, ovvero direttamente di insolvenza.

Anche la “perdita di continuità” è, allora, una precisa preoccupazione <sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> Sul tema, F. DI MARZIO, *Obbligazione, insolvenza, impresa*, cit., 33, secondo il quale, nella continuità aziendale sta l'essenza dell'impresa.

che deve allarmare l'attività cognitiva degli amministratori e imporre la progettazione di un sistema, capace di verificarne il recupero, ovvero la presa d'atto che la soluzione di continuità non è componibile, sicché la società è votata alla prospettiva liquidatoria, parendo possibile affermare che – se la perdita di continuità di per sé verosimilmente non costituisce una causa di scioglimento della società – lo diviene la presa d'atto che la stessa non possa essere recuperata, sì da lasciarla nella condizione di non poter sopravvivere in condizioni di equilibrio ossia di non poter continuare l'attività.

Del resto, se una società ha perso la “propria continuità”, significa che “*non può continuare*” a vivere sul mercato.

E, se non può continuare ad operare sul mercato, significa che – se non sono possibili o si attivino procedimenti che la riconducano all'equilibrio che passino, se del caso, per un processo di composizione – deve essere curata col procedimento tipico di liquidazione accompagnata, ove opportuno, da una procedura di composizione.

E si badi che analogamente vale per l'ipotesi in cui la perdita di continuità non intacchi (al momento) la condizione finanziaria della società.

Esempio classico è quello della consapevolezza della perdita irreversibile del “mercato”, associata alla mancanza di volontà di cercare nuovi sbocchi produttivi. In questa ipotesi, ove non vi siano prospettive o interventi che realizzino un ripristino della continuità, è necessario intervenire tempestivamente allorquando il cash flow è ancora positivo e le attività sorpassano le passività, sì da restituire un patrimonio netto capace di soddisfare tutte le pretese creditorie e preservare valori a favore dei soci. Tanto ove, a maggior ragione, sia possibile veicolare il dato aziendale, trasferendolo ad una nuova entità imprenditoriale, capace di riattivarne la continuità.

Si tratta di una società giunta ad un binario morto, la cui ostinazione, nella continuazione, genera verosimilmente e realisticamente un danno costituito dalla inevitabile svalutazione degli assets aziendali e della corrosione finanziaria, sicché è necessario – non avendo senso mantenerla in vita ai fini del regolare svolgimento dell'attività di impresa – quantomeno – e ove non sia richiesta una procedura compositiva al ricorrere di ulteriori disfunzioni – dare corso alle attività indicate dal piano narrativo di cui agli artt. 2485 e ss. c.c.. Come si vedrà infra – allorquando ci si occuperà del

tema della invasività della crisi sulla fase crepuscolare – si ritiene opportuno, rompendo gli indugi, assumere che la “perdita di continuità” – non rimediata – sia qualificabile come una causa di scioglimento per impossibilità del raggiungimento dell’oggetto sociale <sup>70</sup>.

Ed il tema riceve una spinta propulsiva dalle vicende di bilancio visto che, in caso di perdita della continuità, la società – da un punto di vista bilancistico – deve essere trattata secondo i principi di liquidazione *ex art.* 2490 c.c. <sup>71</sup>.

Sicché, nella prospettiva della propria esposizione patrimoniale, finanziaria ed economica, è considerata in liquidazione ed il capitale economico muta passando, nella rappresentazione, da strumento produttivo di reddito a mero insieme di beni, destinati alla monetizzazione, al pagamento dei creditori ed alla (se del caso) ripartizione dell’attivo residuo ai soci.

Il discorso sarà ripreso più innanzi, ma il dato della rappresentazione contabile di un patrimonio in liquidazione avvalorà l’ipotesi della perdita di continuità come disfunzione da monitorare e combattere, ma, al tempo stesso, anche come causa di scioglimento non essendo pensabile che si prenda atto che la società non può continuare la propria attività, sia tenuta a redigere i bilanci secondo il tema dell’art. 2490 c.c. – visto che solo la continuità è postulato per l’utilizzo delle regole ordinarie nella redazione del bilancio di esercizio *ex art.* 2423 ss. c.c. – e non prendere atto del suo scioglimento, facendola vivere nella ostinazione della continuazione fisiologica che, a questo punto, sarebbe un simulacro inaccettabile, offrendo una patologica discrasia tra realtà e rappresentazione.

Il bilancio è rappresentazione della situazione di impresa e, se si abbandonano i criteri di funzionamento a favore di quelli di liquidazione per rappresentarne la realtà, non è possibile continuare a fingere che questa sia viva.

In altra prospettiva, il bilancio si troverebbe a rappresentare una situazione di liquidazione che non corrisponde alla realtà formale della società, pur rispettando il dato sostanziale.

---

<sup>70</sup> Esaustiva la ricostruzione di P. GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, secondo il quale la perdita di continuità non si identifica con una causa di scioglimento.

<sup>71</sup> P. GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, *Scioglimento e liquidazione di società di capitali*, cit., 353.

Società che, invece, continuerebbe a vivere gestita dagli amministratori, senza fini dissolutivi.

Tanto con una inevitabile distonia tra rappresentazione (bilancio), sostanza (perdita di continuità), da una parte e forma (simulacro dell'attività ordinaria) dall'altra <sup>72</sup>.

E con il tradimento di tutti i postulati che tendono a “comporre” sostanza e forma della rappresentazione di impresa, nonché della nuova prospettiva legislativa dell'emersione tempestiva della crisi.

Ne viene che la percezione e composizione della perdita della continuità costituisce la vera “sfida”, il vero “banco di prova” degli assetti organizzativi che devono essere dotati di un sistema sensoriale, capace di percepire siffatto disequilibrio, con un elevato livello di sensibilità.

Ciò posto, a fronte di questa urgenza, il legislatore non offre una definizione di perdita della continuità, che non viene neanche enunciata nel campo definitorio dell'art. 2 c.c.i.i..

Anche in questo caso, allora, è necessario il riferimento alla disciplina aziendalistica in relazione al principio di porosità del diritto o di contaminazione che dir si voglia, che riempie giocoforza, di contenuto, le regole del codice, tenuto conto che qui si tratta di misurare lo stato di salute della realtà imprenditoriale <sup>73</sup>.

La presa di coscienza si ritiene fondamentale in quanto consente di collocarsi in una prospettiva ermeneutica nuova, ove le regole non possono essere più lette da una “prospettiva orizzontale” immaginando il diritto come un luogo chiuso da mura di mattoni giuridici, ma ponendosi idealmente “dall'alto” ad una distanza tale che le mura divisorie non siano percepibili ed il diritto della crisi e quello societario non siano separati ma, in quanto “diritto”, uniti e contaminati anche dall'economia aziendale, sicché pare addirittura riduttivo limitarsi a questionare di neutralità e di integrazione di due settori (societario e fallimentare) del diritto, quando invece bisognerebbe fare i conti con la globalizzazione aziendale del me-

---

<sup>72</sup> Sul punto Trib. Milano, 9 novembre 2015, [www.giurisprudenzadelleimprese.it](http://www.giurisprudenzadelleimprese.it). Stando alla pronuncia è nullo il bilancio espresso secondo il *going concern*, nonostante sia accertata l'impossibilità di proseguire l'attività operativa.

<sup>73</sup> M. SPIOTTA, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, cit., IX; S. DE MATTEIS, *L'emersione anticipata della crisi di impresa*, cit., 122.

desimo e con la necessità di abbandonare le diffidenze a favore del tentativo di conoscenza di altre scienze, l'economia aziendale appunto, essenziali nella conoscenza dei fenomeni giuridici.

Del resto, la conoscenza nasce anche dallo scambio, dal dialogo culturale, anche tra discipline diverse, ma unificate dalla tensione alla comprensione dei fenomeni.

In questo contesto, l'elaborazione dell'economia aziendale restituisce una nozione di "continuità aziendale" che comprende le disfunzioni di natura finanziaria, ma non si esaurisce in esse, delineando un concetto che sussiste a prescindere dalla crisi, potendo essere una situazione antecedente, che in ragione di disfunzioni diverse da quelle finanziarie, sia il prologo delle medesime <sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> G. IVONE, *La continuità di impresa nella procedura di liquidazione giudiziale alla luce della delega n. 155 del 2017*, in *Giustiziavivile.com*, 21 giugno 2018, osserva come l'espressione continuità aziendale abbia assunto un autonomo rilievo giuridico del diritto della crisi di impresa con la introduzione dell'apposita disciplina del concordato in continuità aziendale. Rileva che il fenomeno della continuazione dell'impresa nell'ambito delle procedure concorsuali è tutt'altro che nuovo e anzi ha, da sempre, accompagnato lo sviluppo del diritto di settore. L'alveo in cui si è storicamente sviluppata la disciplina della continuità aziendale nelle procedure concorsuali è nella procedura di fallimento. Evidenzia che le regole sull'esercizio provvisorio della impresa in precedenza condotta dall'imprenditore individuale o collettivo poi dichiarato fallito, integrano il nucleo storico della regolamentazione della continuità dell'attività economica pure in costanza di una procedura concorsuale. L'OIC 11 – (*"Bilancio di esercizio. Finalità e postulati"*). Documento n. 11 della Commissione per la Statuizione dei Principi Contabili – Edizione Aggiornata del documento n. 1 del 1975) evidenzia che «la formazione del bilancio di esercizio inteso come strumento di informazione patrimoniale, finanziaria ed economica dell'impresa in funzionamento, cioè di un'impresa caratterizzata da una continuità operativa, si fonda su principi contabili». In ogni caso, lo IAS1 individua alcuni aspetti di analisi della continuità aziendale di particolare interesse, quali: – nella valutazione del presupposto della continuità aziendale, la direzione aziendale tiene conto di tutte le informazioni disponibili sul futuro, che è relativo ad almeno dodici mesi dopo la data di riferimento del bilancio; – la direzione deve evidenziare in bilancio le eventuali significative incertezze che possono comportare l'insorgere di seri dubbi sulla capacità dell'entità di continuare ad operare come un'entità in funzionamento; – gli amministratori sono chiamati ad effettuare una valutazione circa l'appropriatezza del presupposto della continuità aziendale e qualora riscontrino incertezze che possano comportare dubbi sulla capacità di operare in ipotesi di funzionamento, devono fornire le opportune informazioni nelle note al bilancio; – le incertezze devono essere giustificative ed i dubbi sulla capacità di continuare ad operare devono essere seri ravvisandosi in ciò la volontà del legislatore comunitario di individuare e selezionare quelle situazioni in cui gli eventi o le condizioni occorse rappresentino circostanze gravi e straordinarie; – la valutazione che gli amministratori devono effettuare è un processo che non comporta rilevazioni contabili (tranne, ovviamente, i casi di mancanza del presupposto) ma che spesso implica un'integrazione di informativa proveniente da diverse fonti qualitative e quantitative. Gli amministratori possono, per esempio, basarsi su supporti formalizzati quali ad esempio piani industriali, di rinegoziazione del debito o disponibilità di fonti finanziarie aggiuntive, ma anche informazioni qualitative come, capacità del *management*, storia dell'azienda, ecc. Il grado di analisi

Invero, la definizione mostra come la “condizione” di impresa *de qua*, si presenti quale categoria generale, ossia una sorta di contenitore in seno al quale è dato ricomprendere tutte quelle situazioni in relazione alle quali si ponga in discussione la capacità dell'impresa di operare in un'ottica duratura.

---

dipende dalle specifiche circostanze di ciascuna società. In alcuni casi, può esservi la necessità di considerare una vasta gamma di fattori relativi alla redditività attuale ed attesa, ai piani di rimborso dei debiti e alle potenziali fonti di finanziamento alternative, prima di ritenere che sussista il presupposto della continuità aziendale; – quanto al periodo di riferimento della valutazione, in linea generale, agli amministratori, sul presupposto della continuità aziendale, è richiesta l'espressione di un giudizio, in un dato momento, sull'esito futuro di eventi o circostanze che sono per loro natura incerti. Al riguardo, come detto, lo IAS 1 fa riferimento ad un intervallo di dodici mesi come orizzonte minimo di osservazione. Tale limite è comunemente considerato come riferimento anche nella prassi contabile italiana. Infatti il richiamo è formulato nel Principio di revisione n. 570 emanato dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti (edizione aggiornata ad ottobre 2007) nonché dalla Banca d'Italia, Consob ed Isvap nel documento n. 2 del 6 febbraio 2009, e, per la Consob, con comunicazione n. 9012559 del 6 febbraio 2009. La comunicazione Consob del 6 febbraio 2009 evidenzia anche il chiarimento effettuato dallo IAASB (*International Auditing and Assurance Standard Boards*) nel documento del 20 gennaio 2009 circa il significato da attribuire al concetto di “*incertezza significativa*” incluso anche nel Principio di revisione 570. In questi termini, nel valutare la significatività dell'incertezza, occorre tener conto della probabilità dell'evento incerto, e che il bilancio può essere fuorviante sia per la non conformità ai principi contabili del quadro normativo di riferimento sia per la mancanza della rappresentazione veritiera e corretta. In merito all'informativa da rendere sulle valutazioni in ordine al presupposto della continuità aziendale da parte delle società quotate, il documento congiunto Banca d'Italia, Consob e Isvap (ora Ivass) prevede che, laddove gli amministratori ritengano che, pur risultando appropriato l'utilizzo del presupposto della continuità aziendale, sussistono tuttavia rilevanti incertezze tali da far sorgere dubbi significativi circa la capacità dell'impresa di proseguire la propria attività in continuità aziendale, tali incertezze e i correlati significativi dubbi dovranno essere chiaramente esplicitati, in aderenza a quanto previsto dal principio contabile IAS 1, nelle note esplicative al bilancio. Sul tema anche il Principio di Revisione n. 570 sulla continuità aziendale, che introduce una serie di indicatori che devono essere presi in esame, soprattutto, dal revisore ma che possono essere visti come aiuto degli amministratori dell'ente. Si tratta di: *a*) indicatori finanziari quali, ad esempio, la situazione di deficit patrimoniale o di capitale circolante netto negativo, indicazioni di cessazione del sostegno finanziario da parte dei finanziatori e altri creditori, bilanci storici o prospettici che mostrano *cash flow* negativi ed incapacità di saldare i debiti alla scadenza, incapacità nel rispettare le clausole contrattuali dei prestiti (*covenants*); *b*) indicatori gestionali, quali, tra l'altro, la perdita di amministratori o dirigenti chiave senza riuscire a sostituirli, la perdita di mercati fondamentali, di contratti di distribuzione, di concessioni o di fornitori importanti; *c*) altri indicatori come le fattispecie di cui agli artt. 2482-*bis* e -*ter*, 2446 e 2447 c.c. (riduzione per perdite del capitale sociale di oltre un terzo o al di sotto dei limiti legali); contenziosi legali e fiscali che, in caso di soccombenza, potrebbero comportare obblighi di risarcimento che l'impresa non è in grado di rispettare; modifiche legislative o politiche governative delle quali si attendono effetti sfavorevoli per l'impresa. In tali ambiti, non possono essere trascurati gli elementi di carattere eccezionale che, di volta in volta, vengono introdotti nella normativa generale con norme speciali finalizzate a derogare, temporaneamente per lo più, al principio della immediata ricapitalizzazione secondo il disposto codicistico di cui sopra.

In base a tale presupposto, ed in una prospettiva *a contrari*, l'impresa viene normalmente considerata in grado di continuare a svolgere la propria attività in un prevedibile futuro, intendendo, in questo senso che non vi sia né l'intenzione, né la necessità di metterla in liquidazione, né di cessare l'attività o di assoggettare la azienda a procedure concorsuali come previsto dalla legge o dai regolamenti <sup>75</sup>.

In questi termini, la continuità aziendale è una “*circostanza in atto*”, insita nell'impresa, a durare nel tempo, lungo le direttrici di competitività, coesione ed economicità.

E', in buona sostanza, la capacità dell'impresa di produrre risultati positivi e generare correlati flussi finanziari.

Per privazione del contrario, la nozione può essere desunta agli antipodi di quella di continuità, laddove – stando alla elaborazione aziendalista e con la schematicità che la contraddistingue – un'impresa opera in continuità quando, attraverso la propria attività gestionale, appare in grado di: 1) soddisfare le aspettative dei soci, conferenti il capitale e dei prestatori di lavoro; 2) mantenere un grado soddisfacente di economicità, conservando così l'equilibrio economico della gestione, inteso come capacità stessa dell'impresa di conseguire ricavi, superiori ai costi di esercizio, in modo da consentire una congrua remunerazione per il capitale investito; 3) mantenere l'equilibrio monetario della gestione, inteso come attitudine dell'azienda a preservare i prevedibili flussi di entrate monetarie, con caratteristiche quantitative e temporali idonee a fronteggiare i deflussi di mezzi monetari, necessari per l'acquisizione di fattori di produzione, secondo le modalità indicate nei programmi di gestione <sup>76</sup>.

Questo, secondo un arco temporale che tenga conto di tutte le informazioni disponibili sul futuro, che si stima in dodici mesi dopo la data di riferimento del bilancio.

In tale ambito, in una prospettiva opportunamente rigorosa, soccorre anche lo IAS 1 in ragione del quale il solo dubbio (serio dubbio) in merito alla perdita della continuità dovrebbe essere indicato in bilancio.

---

<sup>75</sup> Fondazione nazionale dei commercialisti, documento 15 ottobre 2015.

<sup>76</sup> Fondazione nazionale dei commercialisti, documento 15 ottobre 2015. Per un'accurata ricostruzione anche S. FORTUNATO, *Continuità aziendale, bilanci e crisi da pandemia*, cit., 35.

Spunti interessanti giungono anche dal documento della Banca d'Italia/Consob/Isvap n. 2 del 6 febbraio 2009 che invita alla disamina di tre contesti in ragione dei quali:

- 1) gli amministratori hanno la ragionevole aspettativa che la società continuerà, con la sua esistenza operativa, in un futuro prevedibile ed hanno preparato il bilancio nel presupposto della continuità aziendale; le eventuali incertezze rilevate non risultano essere significative e non generano dubbi sulla continuità aziendale;
- 2) hanno identificato fattori che possono fare sorgere dubbi significativi, sulla capacità della società di continuare la propria operatività, per un prevedibile futuro, ma considerano che sia comunque appropriato utilizzare il presupposto della continuità aziendale per redigere il bilancio;
- 3) considerano che sia improbabile che la società continui la propria esistenza operativa, in un futuro prevedibile e non ritengono appropriato redigere il bilancio, sul presupposto della continuità aziendale.

Ecco, nello scenario di cui al punto 1, qualora siano riscontrate eventuali incertezze, queste andranno descritte nella relazione sulla gestione *ex art.* 2428 c.c. (e/o nella nota integrativa al bilancio) congiuntamente agli eventi ed alle circostanze che hanno condotto gli amministratori a ritenere tali incertezze superabili sì da assumere raggiunto il presupposto della continuità aziendale.

Sicché, come si vede, esiste una evidenza del concreto funzionamento dell'assetto tenuto conto che, da una parte si rileva una disfunzione, dall'altra il modello di reazione si ascrive all'implementazione di strategie ovvero ad un contegno da attivare sulla base di una prognosi di superamento.

Nello scenario 2 è necessario porre attenzione sulla necessità di indicare, in modo esplicito, nelle note al bilancio, la sussistenza delle eloquenti incertezze riscontrate che possono determinare dubbi significativi sulla continuità aziendale. Dovranno, inoltre, essere descritte, in maniera adeguata, l'origine e la natura di tali incertezze, nonché le argomentazioni a sostegno della decisione di redigere comunque il bilancio, adottando il presupposto della continuità aziendale.

Nello scenario 3, infine, sarà necessario descrivere, con chiarezza e completezza, le motivazioni delle conclusioni raggiunte e le politiche contabili,

adottate per la redazione del bilancio in assenza del presupposto di continuità aziendale.

Le informazioni, fornite dagli amministratori, nei documenti di bilancio, sul presupposto della continuità, potranno essere successivamente oggetto di comparazione con quelle del revisore, contenute nella relazione di revisione, con lo scopo di mettere in evidenza convergenze o diversità di interpretazione delle circostanze, che fanno, sussistere o meno, il principio della continuità aziendale.

Orbene, è conseguenziale che, a siffatte prese di posizione bilancistiche, devono far seguito anche strategie di reazione nel rispetto dell'egida di cui all'art. 2086 c.c. Tenuto conto che, altrimenti, ne sarebbe apertamente violato il precetto laddove si prendesse atto della disfunzione, senza mettere in campo alcuna reazione.

Non basta. La prassi aziendale ha sviluppato "riferimenti di processo e di contenuto" per potere tempestivamente monitorare e reagire, soprattutto nell'ottica dei controlli, alle situazioni di incertezza di operatività futura, elaborando sistemi contabili di indagine. Il che è in sintonia con le imposizioni normative; anzi ne costituiscono la concretizzazione, visto che, da un punto di vista contenutistico, siffatte elaborazioni rappresentano elemento di riferimento, onde dotarsi di strumenti progettuali di riferimento. Tra questi spicca il principio di revisione ISA Italia 570, "continuità aziendale", ove la mancanza del presupposto della continuità è realizzato in ragione dell'emergenze di bilancio, ovvero di altri indicatori quali indicatori finanziari, ma anche indicatori gestionali.

Ciò, dopo avere definito il presupposto della continuità aziendale, come principio fondamentale in ragione del quale l'impresa viene normalmente considerata in grado di continuare a svolgere la propria attività in un prevedibile futuro.

Esempi di indicatori gestionali, a dimostrazione della ampiezza del concetto, sono la perdita di amministratori o dirigenti chiave, senza riuscire a sostituirli, perdita di mercati fondamentali, di contratti di distribuzione, di concessioni, di fornitori importanti, difficoltà nell'organico del personale o difficoltà nel mantenere il normale flusso di approvvigionamento da importanti fornitori, comparsa di concorrenti di grande successo, l'incapacità di innovare prodotti e processi.

Si tratta di indicatori che aprono a scenari futuri di estrema criticità, connotati da una precipua caratteristica di insidiosità data dalla circostanza che difficilmente possono essere conosciuti dagli stakeholders, rispetto ai quali gli organi amministrativi e di controllo vedono spostare il baricentro degli interessi a favore dei creditori, antergati rispetto a quello dei soci. In questa situazione, in assenza di misure di contrasto che consentano, alla società, di recuperare la prospettiva di rimanere in equilibrio sul mercato, è giocoforza necessario intervenire tempestivamente ed evitare la continuazione dell'attività in prossimità di un equilibrio corrosivo. Laddove “gli altri indicatori” – anch'essi di matrice non numerica – sono, ad esempio, contenziosi legali e fiscali che, in caso di soccombenza, potrebbero comportare obblighi di risarcimento che l'impresa non è in grado di rispettare, modifiche legislative o politiche governative dalle quali si attendono effetti sfavorevoli all'impresa.

La ponderazione è poi espressa in un arco temporale futuro di almeno dodici mesi.

In questa attività di indagine, attingendo alla esperienza elaborata in economia aziendale, si nota come la peculiarità della perdita della continuità si accentui nella sua valenza di stato pre-embrionale della crisi ove la matrice alfanumerica non attenga necessariamente ad uno squilibrio di ordine finanziario ed economico, ma ad una disfunzione organizzativa che – sebbene sia presente in un contesto di equilibrio economico finanziario – si appresti a determinare processi degenerativi di disequilibrio, che tendono a spalancarsi nei temi della crisi e dell'insolvenza.

Si tratta – nel senso suo proprio – dell'incapacità di gestire le risorse aziendali <sup>77</sup> ovvero nella assenza di risorse umane.

Nell'attuale contesto economico, il “valore di impresa” è fondato, soprattutto, sul valore e sulla valenza degli intangibles, quali la capacità di innovazione, il *know how*, la capacità di cogliere le opportunità e gestire il cambiamento.

Sicché, la perdita di continuità in senso proprio <sup>78</sup> è quella forma di

---

<sup>77</sup> S. SCIARELLI, *Il sistema di Impresa*, cit., 263.

<sup>78</sup> G. PAOLONE, *Gli istituti della cessazione aziendale* cit., *passim*; G. BRUGGER, *Commento all'art. 160 l.fall.*, in A. JORIO (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2007, 2304; L. GUATRI,

disfunzione che non necessariamente affonda le proprie radici in una condizione di squilibrio economico finanziario visto che, in quel caso, sarebbe una conseguenza dello stato patologico di crisi o di insolvenza. Essa, tuttavia, ne è il prologo necessario, visto che, una società che non è in grado di *stare sul mercato*, se non è già in crisi o insolvente, lo diverrà in un arco temporale prossimo.

La perdita della continuità, si presenta nella sua individualità – e merita di essere riconosciuta e composta – nella misura in cui fonda le proprie radici su indicatori collegati al livello di competitività dell'impresa, che si sostanzia nella dannosità della sua continuazione.

Del resto, il sistema del c.c.i.i. è finalizzato alla allerta rispetto ai “fondati indizi della crisi” e quindi il solo rischio della crisi assume precipua rilevanza<sup>79</sup> come testimonia altresì l'art. 2 d.l. n. 118 del 2021

Al tempo stesso, come si diceva, la continuità è un tema strettamente collegato alla rappresentazione della realtà di impresa identificata nel bilancio visto che, in presenza di “continuità”, il bilancio viene redatto secondo i principi del *going concern*.

---

612

Ma – in assenza di essa – il bilancio deve essere redatto in guisa da applicare i criteri di liquidazione *ex art.* 2490 c.c. in quanto deve rappresentarsi, all'esterno, che la società – avendo perso la continuità – è votata alla dissoluzione.

Sicché, il postulato di bilancio di cui all'art. 2423-*bis* c.c., in ragione del quale la valutazione delle voci di bilancio deve essere realizzata nella prospettiva della continuazione dell'attività, vale a condizione che la continuità non sia persa.

La perdita della continuità è, allora, un momento che, nell'ordine letterale e logico della regola, di cui all'art. 2086 c.c., assume dignità e rilevanza a sé. Ed è, come si diceva, la sfida della percezione della continuità, la sfida più importante e su cui si misura la vera riuscita dell'impianto normativo, votato all'approccio alla crisi.

È agevole (o almeno dovrebbe esserlo) infatti, avvedersi dell'insolvenza.

---

*Patologia aziendale*, cit., 2; *Id.*, *All'origine delle crisi aziendali*, cit., 3; *Id.*, *Crisi e risanamento delle imprese*, Milano, 1986, *passim*.

<sup>79</sup> S. DE MATTEIS, *L'emersione anticipata della crisi di impresa*, cit., 365 che parla di rischio del rischio di insolvenza ovvero rischio al quadrato.

Siffatta percezione di un evento macroscopico non necessita la progettazione di un assetto particolarmente sofisticato perché il fenomeno si presenta prepotentemente evidente. Quello che più interessa è che il modello sia in grado di percepire disfunzioni embrionali che – se non combattute – possano degenerare in una impotenza strutturale e irreversibile.

Tanto come traspare dalla circostanza che la progettazione e la ponderazione del concreto funzionamento sono rimessi alla competenza esclusiva degli amministratori, i quali hanno l'obbligo di attivarlo, secondo un modello gestionale, ove il legislatore impone la scelta ma non il contenuto concreto, essendo la sua determinazione sfuggente e percepibile, solo nella valutazione del caso concreto e sindacabile, solo ove non realizzato affatto, ovvero realizzato secondo una manifesta irragionevolezza.

Si aggiunga poi che, come rilevato, la scelta attiene alla predeterminazione degli effetti, tipica delle scelte imprenditoriali che non esauriscono i loro ambiti immediatamente e non sono legate a valutazioni che esauriscono la loro efficacia nel presente, ma presuppongono anche una valutazione prognostica sulle future necessità organizzative della società, così come sull'attitudine delle scelte compiute a soddisfarle <sup>80</sup>.

##### **5. - L'organo di controllo e la sua partecipazione all'obbligazione di cui all'art. 2086 c.c.**

Il sistema di cooperazione alla creazione dell'assetto adeguato – la cui obbligazione come visto grava sulla società – si avvantaggia anche dell'organo di controllo che monitora e verifica, che le disposizioni di cui all'art. 2086 c.c. abbiano concreta ed effettiva applicazione.

Depone, in tal senso, per quanto attiene al collegio sindacale, ovvero all'organo di controllo ed al revisore nelle srl, il disposto di cui all'art. 2403 c.c., che assume una ulteriore valenza precettiva, proprio per il riferimento all'art. 2086 c.c.

Invero, l'organo di controllo – nella spa, come nella srl, stante il rinvio di cui all'art. 2477 c.c. – è tenuto a vigilare sull'adeguatezza dell'assetto

---

<sup>80</sup> L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle scelte organizzative degli amministratori*, cit., 414.

organizzativo amministrativo e contabile, adottato dalla società, e sul suo concreto funzionamento.

La regola, nella misura in cui impone il detto monitoraggio, non può non fare riferimento anche al tema dell'art. 2086 c.c., visto che, come si è già rimarcato in premessa, non esistono due diversi assetti organizzativi, di cui uno rispondente al tema dell'art. 2381 c.c. e l'altro all'art. 2086 c.c., ma esiste un unico assetto, che deve essere progettato nella corretta prospettiva gestionale che non può non includere anche la prospettiva dell'*early warning* della crisi. Del pari, ove nella srl, la scelta cada in capo al revisore, la verifica nasce dall'art. 14 c.c.i.i., nonché dal principio in ragione del quale il monitoraggio della crisi e della perdita di continuità influisce sulla rappresentazione contabile e comunque una corretta rappresentazione contabile impone di verificare se l'assetto organizzativo sia in grado di rilevare la disfunzione.

Ciò detto, l'apporto dell'organo di controllo alla creazione ed al concreto funzionamento degli assetti, deve essere ponderato in una visione costruttiva e dialogica, visto che il suo corretto esercizio, ex ante, è un valido ausilio e stimolo, per gli amministratori, che possono godere di una verifica costruttiva della loro opera di progettazione, sì da intervenire su sollecitazione del collegio sindacale, nella dimensione del contraddittorio, ove la verifica sia momento di riflessione, dubbio e rimediazione delle scelte, in guisa da realizzare un intervento tempestivo. Si vuole dire che l'organo di controllo (inteso nella sua accezione ampia) non può sostituirsi, di certo, agli amministratori, nella determinazione degli assetti e nella verifica del concreto funzionamento. Cionondimeno, una corretta verifica si esprime anche nella segnalazione, ai manager, dei correttivi che il detto organo – composto sovente da soggetti dotati di precipe competenze professionali – ritenga opportuni (se non doverosi) e che gli amministratori ritengano opportuno recepire. Si tratta di una forma di controllo, dalla matrice preventiva e propositiva, che si realizza ex ante nella prospettiva del miglior assetto possibile dove, “uno” decide (gli amministratori) senza disdegnare la ponderazione delle osservazioni altrui (organo di controllo o soci).

Si tratta di una forma di controllo che “coadiuva” l'operato degli amministratori.

Invero bisogna abbandonare l'idea del controllo come fattispecie cui è assegnata il ruolo di "cerbero". Piuttosto il controllo deve essere assunto, prima ancora, in un'ottica *ex ante*, secondo un tema che esponenzializzi l'assistenza del collegio sindacale alle decisioni amministrative, sì da amplificare il significato dell'art. 2405 c.c., ove il collegio sindacale non vede limitata la propria funzione, nella partecipazione ai consigli di amministrazione, alle riunioni del comitato esecutivo ed alle assemblee, ad una assistenza passiva, ma consegua una immediata forma di intervento all'atto della elaborazione della decisione <sup>81</sup>. Intervento che – in caso di violazioni di legge – è così quantomai tempestivo.

Solo in un secondo momento si assiste alla prospettiva *ex post*, ove il manifestarsi delle deficienze nell'assetto – siano esse la mancata soluzione, ovvero la mancata percezione – impongono un tempestivo intervento, volto ad evitare che si verifichino danni da aggravamento del disequilibrio. Sotto quest'ultimo rilievo, la cifra di attenzione alla organizzazione votata alla "prevenzione" della crisi ed al suo superamento, si amplifica, attraverso l'espresso coinvolgimento degli organi di controllo, ai quali è riservato un ruolo centrale ed una partecipazione indotta – secondo il sistema della teoria dei giochi – in una conformazione rivisitata del "dilemma del prigioniero".

Tanto visto che il mancato intervento genera una forma di responsabilità *ex artt.* 2407 e 2486 c.c.

In questa ottica, la centralità dell'organo di controllo è testimoniata dall'ampliamento dei profili di obbligatorietà della sua presenza su cui campeggia il dato dell'art. 2477 c.c. e dalla correlata accentuazione delle relative responsabilità, potenziata dalla funzione dinamico comminatoria che consegna, ai medesimi, non solo compiti di vigilanza sulla condizione della società, ma anche il "potere dovere" di denunciare le condizioni di crisi, finalizzate alle procedure di allerta, *ex art.* 14 c.c.i.i., nonché a quelle di negoziazione *ex art.* 15 D.L. 118/2021, con la legittimazione in merito alla istanza di liquidazione giudiziale (*arg. ex art.* 37 c.c.i.i.), e l'applicazione

---

<sup>81</sup> Come è stato rilevato, la partecipazione esprime una forma di controllo *ex ante* in quanto i sindaci hanno il potere-dovere di partecipare alle decisioni, esprimendo, *in itinere*, il loro compito di verifica. G.U. TEDESCHI, *Il Collegio sindacale*, in *Trattato Schlesinger*, Milano, 1992, *passim*; G. FRÈ, *Società per azioni*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Roma-Bologna, 1982, 562.

dell'art. 2409 c.c. anche alle società a responsabilità limitata, secondo la rivalutazione di una regola, utilizzabile anche per contrastare le carenze, in merito alla applicazione dell'art. 2086 c.c., palesando le stesse “gravi irregolarità”, suscettibili di arrecare danno alla società, nell’egida della “denuncia al Tribunale”<sup>82</sup>.

Il legislatore, allora, si esprime nel senso della consapevolezza della centralità dell’organo di controllo, in seno alla gestione della crisi di impresa, sia in un’ottica *ex ante* che *ex post*.

Da questa consapevolezza, dipana l’articolato disciplinare che possiamo suddividere in tre punti focali, costituiti dall’amplificazione delle ipotesi di obbligatorietà dell’organo di controllo nella società a responsabilità limitata, ossia nel modello societario maggiormente diffuso nel nostro sistema economico; dall’amplificazione della funzione dinamico comminatoria, attribuendo, all’organo di controllo, precipui poteri/doveri (e con essi responsabilità) nella emersione e gestione della crisi, pena l’applicazione dell’art. 2486 c.c.; nella previsione di un modello di esonero della responsabilità, in presenza dell’assunzione di “comportamenti virtuosi”, finalizzati alla tempestiva emersione della “crisi” come prescritto, ad esempio, dall’art. 14 c.c.i.i..

Una prima traccia della centralità dell’organo di controllo, con riferimento alla gestione della crisi, vive allora nella amplificazione statistica della presenza del medesimo in seno alla srl, quale modello più diffuso all’interno del nostro sistema economico.

Tanto come disposto dall’art. 2477 c.c., stando al quale innanzitutto si prevede la possibilità di istituire un sistema di controllo “organico” su base volontaria.

Il che potrebbe costituire una opzione “doverosa” nella misura in cui, a prescindere dall’obbligatorietà, la presenza di un organo di controllo sia necessaria per dare vita ad un assetto adeguato.

Ove poi siano superati i limiti dimensionali, allora la norma impone la nomina dell’organo di controllo o del revisore.

---

<sup>82</sup> Invero, si sancisce che «le condotte degli amministratori non in linea con i doveri gestori oggi predicati dall’art. 2086 c.c. costituiscono una grave irregolarità della gestione cui è collegata l’applicazione dell’art. 2409 c.c.» (Trib. Milano, 21 ottobre 2019, in *Società*, 2020, 988).

Si tratta di una scelta apparentemente libera ma che, in realtà, impone la ponderazione del “se” e quale tipologia di nomina soddisfi effettivamente l'interesse sotteso all'obbligo di dotarsi di assetti adeguati.

La regola *de qua* solo in apparenza consente una alternanza tra la scelta dell'organo di controllo e del revisore, laddove il primo vede la propria disciplina forgiata sul dato disciplinare del collegio sindacale delle spa, mentre il secondo deve ritenersi ripeta la propria disciplina dalle regole, dettate per il revisore legale, con un “raggio di azione” più limitato di quello che appartiene al collegio<sup>83</sup>.

Invero, l'organo di controllo svolge funzioni di “controllo della legalità della gestione” oltre che il controllo contabile insito nella relazione al bilancio, laddove il revisore si concentra sulla revisione contabile, con un campo di operatività più limitato, sebbene abbia precipuo rilievo nella

---

<sup>83</sup> Sul tema F. INNOCENTI, *Composizione e nuovi poteri/doveri dell'organo di controllo e del revisore nelle srl tra vecchi e nuovi interrogativi*, *Giur. comm.*, 2021, I, 145. In questi termini, si evidenzia come il legislatore avrebbe perso ancora una volta l'occasione per affrontare tale nodo irrisolto. Le innovazioni recate nell'art. 2477 c.c. dal d.lgs. n. 14 del 2019 non interesserebbero la questione del tipo di controllo che deve essere attivato quando si verificano i presupposti che lo rendono obbligatorio (o quando comunque lo si scelga facoltativamente), lasciando così il dubbio se la società sia libera di scegliere non solo il soggetto “controllore”, ma anche la funzione di controllo attivabile. Per un verso si tratta di vedere se nominato l'organo di controllo sindacale, questo debba svolgere anche la funzione di revisione legale dei conti, prerogativa di regola appannaggio del revisore esterno secondo la disciplina di cui al d.lgs. n. 39 del 2010. Per altro verso si deve stabilire se, nominato il revisore, ad esso possa competere anche la funzione di controllo sulla legalità sulla gestione, prerogativa che costituisce il proprium della vigilanza sindacale *ex artt.* 2403 ss. c.c. Ci si deve anche chiedere se, ai fini della soluzione delle predette questioni, rilevi la circostanza dell'obbligatorietà o meno della nomina dell'organo di controllo o del revisore secondo i dettami dell'art. 2477 c.c.. Per quanto riguarda i doveri e i poteri del revisore si ritiene che, pur in mancanza di alcuno specifico richiamo alla disciplina della Revisione legale dei conti, questi dovrebbero ricavarsi implicitamente dagli artt. 14 ss. d.lgs. n. 39 del 2010. Andando per ordine, la latitudine dei poteri e dei doveri dell'organo sindacale nella s.r.l. sarà ritagliata sugli artt. 2403 ss. c.c.: all'organo sindacale competono, dunque, il dovere di controllo di legalità sulla gestione, ergo la vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto, la verifica del rispetto dei principi di corretta amministrazione, con particolare riguardo all'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il loro concreto funzionamento (si v. art. 2403 c.c.), oltre alle altre numerose prerogative commesse alla funzione dell'organo sindacale. Quanto alla natura del dovere di vigilanza e alla modalità di adempimento del suddetto dovere sembra doversi sostenere, che il controllo appannaggio del collegio sindacale risulti ormai da tempo emancipato da una mera verifica *ex post* sull'operato degli amministratori (che concreterebbe un controllo di tipo “censorio”); la funzione di vigilanza sindacale avrebbe piuttosto come fine quello di assicurare *ex ante* che l'attività sociale venga svolta nel pieno rispetto delle regole e nella consapevolezza dei rischi assunti da parte degli amministratori, anche in funzione preventiva rispetto a una possibile fase di crisi. Una vigilanza preventiva, quindi, piuttosto che successiva.

verifica della crisi anche *ex art. 14 c.c.i.i.* che impone al medesimo la verifica dell'equilibrio economico finanziario. Verifica imposta anche dall'art. 15 d.l. n. 118 del 2021, laddove il legislatore parla genericamente di *organo di controllo societario*, con una espressione letterale da intendersi non limitata, a quella utilizzata in seno all'art. 2477 c.c., visto che il riferimento non può che essere anche al collegio sindacale della spa e quindi – nella sua genericità – comprensivo anche del revisore della srl che è, appunto, qualificabile nel *genus* dell'organo di controllo. Così, non bisogna sottacere che la scelta, tra revisore e organo di controllo, non è totalmente libera in quanto deve essere assunta sì da ottemperare l'obbligo che grava sulla società – e quindi su tutti i suoi organi – di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato, ai fini della corretta gestione, nonché della tempestiva percezione delle situazioni di squilibrio e la solerte composizione delle stesse, sì da dotare la società di un adeguato assetto organizzativo sindacabile, nel merito, solo in termini di irrazionalità.

Ne viene che – la scelta del revisore in luogo dell'organo di controllo, da parte dei soci – potrebbe palesarsi come tesa a progettare un assetto organizzativo razionalmente non adeguato, laddove si mostri evidentemente necessario strutturarsi secondo un modello che preveda un organo forgiato sull'egida del collegio sindacale, invece che del revisore, il quale gode di limitate funzioni proattive rispetto al primo.

Tanto in guisa da far emergere l'evidente irrazionalità delle scelte.

Evidente irrazionalità che dovrebbe essere fatta valere anche dagli amministratori, tenuti ad impugnare la delibera di nomina dell'organo di controllo o del revisore, per violazione dell'art. 2086 c.c. sì da denunciare l'incapacità dell'opzione ad ottemperare al disposto della norma, restituendo un sistema irrazionale.

Ed invero, la paternità esclusiva della progettazione degli assetti, attribuisce il compito formale della decisione all'assemblea, la quale è tenuta tuttavia ad operare la stessa secondo i crismi della adeguatezza la cui ponderazione è rimessa infine agli amministratori.

Sicché, nel contemperamento tra gli interessi assembleari e poteri degli amministratori, questi ultimi prevalgono nella misura in cui dimostrino che l'assetto adeguato, secondo le prerogative dell'art. 2477 c.c., non risponde, nel caso concreto, alle esigenze sottese all'art. 2086 c.c.

Questo nell'ipotesi in cui i soci, non condividendo l'opzione organizzativa degli amministratori e quindi della loro proposta, nominino un revisore anziché un organo di controllo, visto che la regola di cui all'art. 2477 c.c. coordinata con l'art. 2086 c.c. non si limita a prevedere la nomina di una qualsiasi forma di controllo ma di un "organo" che soddisfi i dati dell'adeguatezza.

Il secondo dato di rilievo è costituito dalla amplificazione della funzione dinamico comminatoria in cui si innesta la funzione proattiva dell'organo di controllo, secondo quel processo di amplificazione delle prerogative proattive, attribuite ai sindaci e, con esse, ad un ampliamento del sistema di responsabilità che si genera laddove si dimostri che il danno non si sarebbe prodotto se l'organo di controllo avesse agito in conformità ai doveri imposti dalla carica, laddove la responsabilità si allevia nella misura in cui la denuncia, sia tempestiva come testimoniano anche gli artt. 14 c.c.i.i. e 15 d.l. n. 118 del 2021.

Invero, maggiori sono le possibilità di intervento, maggiori i profili di responsabilità, secondo un riferimento esemplificativo agli artt. 2043, 2405, 2406, 2446/2482-bis, 2447/2482-ter, 2485/2487, 2393, 2409 c.c.

---

619

---

Accanto alle funzioni dinamico comminatorie testé citate il c.c.i.i. rompe gli indugi ed affida, all'organo di controllo ed al revisore, precipui compiti in seno alla crisi, introducendone esplicitamente altri, esponenzializzando il tema delle *best practice* delle varie associazioni professionali.

In primo luogo è attribuita agli organi di controllo la segnalazione nelle procedure di allerta come disciplinato dall'art. 14 c.c.i.i.<sup>84</sup> nonché la segnalazione a norma dell'art. 15 d.l. n. 118 del 2021

Vi è poi la legittimazione in merito all'accertamento dello stato di crisi o insolvenza del debitore chiedendo anche le misure cautelari di cui all'attuale art. 15 l.fall., ovvero 54 c.c.i.i.

Il tutto con un livello che innesca un dato esplosivo di responsabilità.

L'esercizio di siffatto potere/dovere, in capo ad amministratori e sindaci (*rectius* organi di controllo), viene incentivato, come si diceva, attraverso la previsione di un modello di responsabilità che – invertendo il rapporto tra

---

<sup>84</sup> G. DOMENICHINI, *Ruolo del collegio sindacale nelle procedure di allerta*, in A. JORIO-R. ROSAPEPE (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali*, Milano, 2021, 34.

gli artt. 1223 e 1226 c.c. e con valenza amplificata – genera, *ex art.* 2486 c.c., un sistema risarcitorio forgiato sul dato della c.d. “differenza tra i patrimoni netti” ovvero della “differenza tra attivo e passivo” fallimentare<sup>85</sup>. Il dato sanzionatorio ha funzione servente e propedeutica alla effettività delle regole organizzative *ex art.* 2086 c.c., che non devono rimanere petizione di principio.

E tale funzione servente rende effettiva la regola e ne impedisce il rilievo di “mera” petizione di principio.

La concretezza si ravviva laddove la portata delle regole sia suscettibile di amplificazione nell’ipotesi in cui il meccanismo di quantificazione non sia limitato alla fattispecie di “*scioglimento tout court*” *ex art.* 2484 c.c. ma si ritenga suscettibile di una interpretazione estensiva<sup>86</sup>.

Interpretazione estensiva che, come cennato e come si vedrà, potrebbe giungere, secondo un primo piano narrativo, alla individuazione della “perdita di continuità” quale causa di scioglimento per l’impossibilità del conseguimento dell’oggetto sociale.

Per questa via, la mancata rilevazione di siffatta causa di scioglimento, potrebbe generare, quale conseguenza, le responsabilità risarcitorie *ex art.* 2486 c.c., rientrando, a pieno titolo, nell’egida risarcitoria della regola, che si presenta come reazione alla violazione dei doveri di conservazione dell’integrità del patrimonio.

Il secondo piano narrativo, che potrebbe condurre all’estensione della fattispecie, trova la matrice<sup>87</sup> nella ratio sottesa al meccanismo di quantificazione *de quo*.

---

<sup>85</sup> R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell’impresa societaria*, U. TOMBARI (a cura di), *Diritto societario e crisi di impresa*, Torino, 2014, 109.

<sup>86</sup> Il nostro sistema, del resto, non è nuovo a tali forme di ingerenza come nell’ipotesi di *bail in*. Sul tema D. VATTERMOLI, *Il bail-in*, in M.P. CHITI-V. SANTORO (a cura di), *L’Unione bancaria europea*, Pisa, 2016, 511; E. RULLI, *Il bail-in. Il capitale (degli altri) come capitale di riserva*, in *Riv. banc.*, 2016, 67; I. DONATI, *La ricapitalizzazione “interna” delle banche mediante bail-in*, in AGE, 2016, 597; G. PRESTI, *Il bail-in*, in *Banca impr. soc.*, 2015, 339; G. GUZZA, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?*, in *Corr. giur.*, 2015, 1485; A. GARDELLA, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del Meccanismo di Risoluzione Unico*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, 587.

<sup>87</sup> Per la ricostruzione del fenomeno nella matrice giurisprudenziale cfr.: Trib. Milano, 10 dicembre 2018; Cass., 20 aprile 2017, n. 9983; Trib. Milano, 6 giugno 2018; Trib. Torino, 4.7.2018; Trib. Milano, 7 gennaio 2019; Trib. Bologna, 14 gennaio 2019; Trib. Milano, 19 aprile 2018.

Invero, il modello nasce quale forma di reazione a quei contegni antigiu-ridici perseveranti, ove il danno non è frutto di un'unica o singola operazione, ma è il risultato di un'attività ove i singoli contegni perdono addirittura la loro individualità dannosa, per confluire in un'attività dannosa, dacché il nocumento è il risultato della continuazione di una attività che non poteva essere continuata in quelle condizioni. In altre parole, lungi dall'essere il portato di singole operazioni, è il risultato dell'attività.

Ora, dianzi al tenore dell'art. 2086 c.c. un'attività di impresa continuata, in condizioni di perdita della continuità, crisi o insolvenza, non rilevata, a maggior ragione ed ancor più dello scioglimento, genera un danno da aggravamento del dissesto.

È intuitivo che la perdita di continuità, la probabilità della crisi, la crisi, l'insolvenza amplifichino la loro capacità di nocumento al trascorrere del tempo, in assenza di un intervento compositivo, con una lesività maggiore dell'ipotesi di scioglimento non rilevata. Del resto, se una impresa non è più in grado di continuare la propria attività in condizioni di equilibrio, è palese che la continuazione genera il perseverare (*rectius* aumentare) del *deficit* finanziario al pari di una emorragia che non viene arrestata.

E quindi non si vede perché non applicare il dato dell'art. 2486 c.c., tanto più necessario nell'ipotesi che ci occupano, rispetto ad una condizione di scioglimento *ex* art. 2486 c.c. che, in assenza di crisi, potrebbe anche determinarsi in condizioni di equilibrio e quindi in circostanze meno urgenti. Il dato assume ulteriore rilievo ove si pensi alla circostanza che, alla responsabilità degli amministratori, si aggiunge quella dell'organo di controllo sul modello dell'art. 2407 c.c.

Il tutto senza contare la responsabilità dei soci che abbiano intenzionalmente deciso, ovvero autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi *ex* art. 2476, comma 8, c.c., e quelle da direzione e coordinamento ove la mancata composizione sia il frutto di un indirizzo perverso, dal punto di vista dei principi di corretta gestione, imposto dalla dominante.

Non basta.

Il dato della valenza incentivante della responsabilità è esponenzializzato dall'art. 115 c.c.i.i., laddove – in caso di concordato con cessione dei beni –

il liquidatore esercita oppure se pendente, continua, l'azione di responsabilità, ferma restando la legittimazione dei creditori, *ex art.* 2394 c.c.<sup>88</sup>.

Ciò, con l'aggiunta dirimente, quale ulteriore traccia dell'abbandono della neutralità, che ogni patto contrario ovvero ogni diversa previsione, contenuta nella proposta o nel piano, sono inopponibili al liquidatore ed ai creditori sociali. Accanto ad un sistema di incentivazione, dal connotato "sanzionatorio", il legislatore pone, agli antipodi, una sollecitazione premiante offrendo una way out, laddove la denuncia della crisi sia tempestiva<sup>89</sup>.

Tanto come emerge dalla disciplina delle misure premiali di cui all'art. 14, comma 3, c.c.i.i., con la previsione, a vantaggio degli organi di controllo societari e del revisore, di un esonero da responsabilità, in caso di tempestiva segnalazione della condizione di crisi, in seno al percorso delle "procedure di allerta", come accade, in termini analoghi, in seno al disposto dell'art. 15 d.l. n. 118 del 2021.

Si tratta, allora, di un modello organizzativo imposto, che vive secondo elevati livelli di pervasività che richiedono, all'imprenditore collettivo, di "gestire il patrimonio o l'impresa durante la procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza nell'interesse prioritario dei creditori" (arg. art. 4 c.c.i.i.).

Il modello organizzativo assume, sebbene in via embrionale, il rango di procedura di allerta, ossia l'incipit di soluzione procedimentalizzata della crisi, dato che l'art. 12 c.c.i.i. ha cura di precisare che «costituiscono procedure di allerta, gli obblighi di segnalazione (...), unitamente agli obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore dal codice civile».

Si palesa, allora, un primo baluardo, che tuttavia assume valenza centrale, della invasività della crisi, o meglio del nuovo approccio alla crisi, rispetto

---

<sup>88</sup> Sul tema A. LOLLI, *Situazione finanziaria e responsabilità nella governance di spa*, Milano, 2019, 125 ss.; A. VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 128; A. NIGRO, "Principio" di ragionevolezza e regime degli obblighi e delle responsabilità degli amministratori di spa, cit., 472; A. ROSSI, *Il valore dell'organizzazione nell'esercizio provvisorio dell'impresa*, Milano 2013, 137; A. MUNARI, *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano 2012, 84; M. MIOLA, *La tutela dei creditori ed il capitale sociale, realtà e prospettive*, cit., 275; A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum A. Piras*, Torino, 2010, 813; F. BRAZZI, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori*, *Riv. dir. comm.*, 2008, 1046.

<sup>89</sup> R. ROSAPEPE, *La procedura di composizione assistita della crisi – le misure premiali*, in A. JORIO-R. ROSAPEPE (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali*, Milano, 2021, 115.

all'assetto societario. Un baluardo che incide sul dna della struttura societaria, sull'impalcatura dell'organismo societario.

Un telaio cioè dove la governance deve vivere nella consapevolezza (più che nella angoscia) della crisi e la cui progettazione non è affidata alla sola "buona volontà" degli amministratori, essendo garantita da una serie di misure di controllo, nonché afflittive e premiali, che ne incentivano l'adozione, in guisa che la visione legislativa, non sviscila a petizione di principio.

Il tema costituisce un'esemplare testimonianza del nuovo approccio normativo teso al superamento della neutralità organizzativa, visto che il legislatore condiziona lo stesso dna della organizzazione societaria, imponendo una struttura orientata alla centralità di un certo modo di concepire gli assetti in un processo catartico, che tende, appunto, ad una continua attività di prevenzione, monitoraggio e pianificazione delle condizioni di disequilibrio.

Struttura la cui progettazione si sostanzia in una scelta legislativa, di competenza esclusiva degli amministratori, sindacabile nella sola prospettiva del *business judgment rule*, ossia quando trasudi in irrazionalità.

Struttura che poi è completata con la partecipazione, in termini di verifica degli organi di controllo e dei soci con l'aggravio della responsabilità e nella prospettiva di misure premiali, ove si sia agito in conformità della costante tensione all'equilibrio.

## **6. - I soci: la posizione attiva di controllo e la soggezione alla crisi.**

Come detto, la progettazione dell'assetto grava sugli amministratori ma l'obbligazione ricade, in generale, sul debitore, ossia sulla società<sup>90</sup>.

E non si tratta di una contraddizione o di un arretramento ma piuttosto di una precisazione normativa, che serve ad affermare come tutti gli "organi sociali" sono coinvolti nella determinazione dell'assetto adeguato, ed hanno l'obbligo di fare in modo che si realizzi.

---

<sup>90</sup> D. VATTERMOLI, *La posizione dei soci nelle ristrutturazioni*, cit., 858. L'autore sottolinea la particolare delicatezza del tema, allorché rileva che i soci per un verso, essendo titolari del capitale sociale, possono essere assimilati al debitore, e, per il resto, avendo una aspettativa giuridicamente rilevante sul patrimonio netto, possono essere idealmente collocati nella medesima categoria concettuale in cui si collocano i creditori dell'ente. Sulla posizione dei soci quali titolari di una aspettativa giuridicamente rilevante rispetto al capitale G.B. PORTALE, *Gruppi e capitale*, AA.VV., *I Gruppi di società*, III, Milano, 1996, 1823.

Anche i soci partecipano alla determinazione dell'assetto controllando e paradossalmente arretrando, laddove la perdita di equilibrio fagociti il valore della partecipazione, residuando valori solo per i creditori, ossia per la massimizzazione degli interessi dei medesimi, ed in ogni caso, ogni qualvolta vi sia da soddisfare l'interesse prioritario dei creditori.

L'opzione esegetica di creare un diaframma rispetto ai soci – e cui si è fatto cenno – non può, infatti, escludere il controllo dei medesimi rispetto alla adeguatezza degli assetti.

Non bisogna dimenticare, invero, che i soci sono i primi interessati all'equilibrio visto che è in gioco il loro investimento, sicché, se vanno neutralizzati, nella contrapposizione di interessi, rispetto ai creditori, devono essere tutelati nell'esercizio dei poteri di controllo *ex art.* 2476 c.c., nonché *ex artt.* 2408 e 2409 c.c.<sup>91</sup>.

Non solo. In un'ottica di cooperazione interorganica i soci hanno diritto a ricevere informazioni delle strategie compositive, progettate dagli amministratori.

Questo onde potere intervenire in un percorso costruttivo che gli permetta di porre, all'attenzione degli amministratori, eventuali scenari argomentativi e compositivi che, nell'amplificare la massimizzazione degli interessi creditori, tendano a prevenire o alleviare il pregiudizio patito dai soci, con riferimento, ad esempio, al tema delle proposte concorrenti, sì da prospettare – anche mediante immissione di nuove risorse – livelli di soddisfazione che impediscano la formulazione di “proposte predatorie”. Ovvero a rendere possibili proposte concordatarie di cui all'art. 84, comma 4, c.c.i.i., sulla base di apporti di nuova finanza.

Sotto un ulteriore aspetto, la posizione dei soci può essere vista in termini di soggezione, nella misura in cui questi non devono ostacolare le procedure di composizione, decise dagli amministratori e conformi a legge, in quanto non irrazionali secondo l'egida del *business judgment rule*<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> R. SANTAGATA, *Assetti organizzativi adeguati e diritti particolari di ingerenza gestoria dei soci*, cit., 14, Secondo l'A., *a fortiori*, deve reputarsi compatibile, con l'obbligo di adeguatezza degli assetti, la previsione di un diritto particolare del socio di ricevere, dagli amministratori, informazioni qualitativamente migliori, con cadenza periodica e maggiore dettaglio, sull'andamento della gestione o su specifiche iniziative da questi assunte.

<sup>92</sup> Sul tema D. VATTERMOLI, *La posizione dei soci nelle ristrutturazioni*, cit., 858. L'autore rileva che, scorrendo la legge fallimentare, ci si avvede immediatamente, invero, di come il socio sia

Tanto in modo da evincere un obbligo, in capo ai soci, di astenersi da contegni che impediscano soluzioni compositive, capaci di generare la massima soddisfazione dei creditori e, per converso, la sterilizzazione delle loro prerogative amministrative, sì da portarli a perdere anche il vessillo di ciò che già, nella sostanza valoriale, non esiste più<sup>93</sup>.

Lo stato di crisi ed in particolare di insolvenza, abbattono la barriera organizzativa che normalmente preclude, ai “non possessori” di aliquote del capitale sociale, di interferire nelle scelte gestorie e autoregolamentari degli organi della società<sup>94</sup>.

Se questo è vero, il ragionamento, per essere assunto, deve tuttavia fondare su dati di diritto positivo che accompagnino e giustifichino la detta soggezione<sup>95</sup>.

Invero, come visto in premessa, il primo dato di diritto positivo, che

---

trattato alla stregua di uno sconosciuto, una sorta di spettatore indifferente, all'interno del concorso sul patrimonio della società.

<sup>93</sup> Sul tema G. BERTOLOTTI, *Poteri e responsabilità nella gestione di società in crisi*, cit., *passim*; V. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, cit., 123 ss.; M. SPIOTTA, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, cit., 10 e ss.; L. BENEDETTI, *La posizione dei soci nel risanamento della società in crisi*, cit., 725 ss.; O. CAGNASSO, *Le interferenze tra il diritto societario e il diritto fallimentare*, cit., 2616 ss.; Id., *Il diritto societario della crisi fra passato e futuro*, op. cit., 33 ss.; V. CALANDRA BUONAURO, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. CAMPOBASSO-V. CARIELLO-V. DI CATALDO-F. GUERRERA-A. SCIARRONE ALIBRANDI, III, Torino, 2014, 2593 ss.; N. ABRIANI, *Socius ad factum precise cogi potest? Diritto societario della crisi e proposte concorrenti*, in *ilsocietario.it*, 18 aprile 2016; Id., *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, cit., 365 ss.; Id., *Proposte e domande concorrenti nel diritto societario della crisi*, cit., 270 ss.; F. GUERRERA, *La ricapitalizzazione “forzosa” della società in crisi*, cit., I, 420 ss.; C. IBBA, *Il nuovo diritto societario tra crisi e ripresa (diritto societario quo vadis?)*, *Dir. Fall.*, 2016, spec. 1031 ss.; G. MEO, *I soci e il risanamento*, cit., I, 286 ss.; A. ROSSI, *La governance dell'impresa in fase di ristrutturazione*, in *Fall.*, 2015, 253 ss.; A. NIGRO, *Riduzione o perdita del capitale della società in crisi*, cit., 569 ss.; Id., *“Principio” di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di spa*, cit., 457 ss.; Id., *Diritto societario e procedure concorsuali*, cit., 177 ss.; G. FERRI jr., *Soci e creditori nella struttura finanziaria della società in crisi*, cit., 95 ss.; Id., *La struttura finanziaria della società in crisi*, cit., 477 ss.; P. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, cit., 820 ss.; R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, cit., I, 304 ss.; A. ZOPPINI, *Emergenza della crisi e interesse*, cit., 49 ss.; F. GUERRERA-M. MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di “riorganizzazione”*, cit., 17 ss.; A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1993, *passim*.

<sup>94</sup> F. GUERRERA-M. MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di “riorganizzazione”*, cit., 17.

<sup>95</sup> C. ANGELICI, *Fra «mercato» e «società»: a proposito di venture capital e drag-along*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, 211; A. NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 881; F. D'ALESSANDRO, *Il conflitto di interessi nei rapporti tra socio e società*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 9.

costituisce prologo della vicenda, è costituito dall'art. 2086 c.c. che pone, quale soggetto passivo delle obbligazioni tese alla percezione della crisi ed alla composizione delle stesse, la società (l'imprenditore che operi in forma societaria) e quindi tutti gli organi che la compongono e la rendono "struttura di diritto".

Corollario della regola è l'attribuzione esclusiva, agli amministratori delle scelte organizzative e compositive (arg. 2257, 2380-bis, 2475 c.c.) il che già depone per un arretramento dei soci, specie nei contesti a morfologia variabile.

A ciò si aggiunga – in correlazione sistematica – la possibilità che la misura di composizione sia il frutto di una decisione degli amministratori, sia essa relativa al concordato preventivo, agli accordi di ristrutturazione, alla liquidazione giudiziale.

Rispetto alle strategie compositive progettate dagli amministratori, i soci hanno, quali interessati, *ex art. 48 c.c.i.i.*, il potere di opporsi lamentando la compromissione dei loro interessi di "creditori residuali".

Alla stessa stregua, i soci sono tenuti a non impedire ma a collaborare all'esecuzione del concordato, come implica la valenza obbligatoria del tema di cui all'art. 118 c.c.i.i. che assume una portata coercitiva realizzabile (in ogni caso) di proposte, siano esse realizzate dalla società ovvero assumano la prospettiva di proposte concorrenti.

Tanto fino a giungere al massimo livello nelle operazioni di ristrutturazione *ex art. 264 c.c.i.i.* con attribuzione, al curatore, dei poteri assembleari, ove così deciso in seno al programma di liquidazione ossia in un atto di matrice concorsuale e rispetto al quale i soci hanno una forma di reazione, che si sostanzia nel reclamo *ex art. 133 c.c.i.i.*

In altri termini, gli amministratori hanno la competenza esclusiva nella progettazione del modello di composizione.

I soci, dal canto loro, possono reagire, al medesimo, *ex art. 48 c.c.i.i.*, e – laddove, la fattispecie di soluzione della crisi sia omologata – sono tenuti a non ostacolarla, collaborando alla sua realizzazione.

In caso contrario, vive l'intervento coercitivo e suppletivo *ex art. 118 c.c.i.i.*, con attribuzione, al commissario, di poteri necessari a provvedere, in luogo del debitore, agli atti necessari a dare esecuzione alla proposta.

Il livello di pervasità si amplifica nella liquidazione giudiziale, ove gli

organi della procedura, in seno all'atto di pianificazione della liquidazione, possono immaginare le operazioni di ristrutturazione ritenute più consone, con attribuzione, al curatore, dei poteri dell'assemblea. Ai soci residua un modello di impugnativa che percorre il contenuto degli artt. 2377 ss. c.c., nonché l'art. 2479-ter c.c., ma convogliato in seno al reclamo al Tribunale <sup>96</sup>.

La peculiarità della fattispecie sta, appunto, nel fatto che – ove la deliberazione assembleare, non risulti conforme alla legge ovvero all'atto costitutivo – la forma di reazione campeggia nell'applicazione dell'art. 133 c.c.i.i. rispetto al quale le regole tipiche di cui agli articoli da 2377 a 2379-ter e 2479-ter c.c. si applicano solo in caso di compatibilità e comunque nel contesto contenutistico di cui alla regola concorsuale.

I riferimenti normativi sono esaltati dal contesto ambientale dell'art. 4 c.c.i.i., ove è espresso il principio, teso alla massimizzazione degli interessi dei creditori che impongono, all'imprenditore collettivo, di “gestire il patrimonio o l'impresa durante la procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza nell'interesse prioritario dei creditori” (arg. art. 4 c.c.i.i.). Si tratta di una imposizione, anche in questo caso, che interessa il debitore e – con esso – tutti gli organi che lo compongono e che viene esaltata dalla circostanza che i soci vengono allontanati dalla gestione della società visto che, un sistema votato all'approccio alla crisi, deve affidarsi unicamente agli amministratori e non può vivere le ingerenze conflittuali dei soci che possono (essendo creditori residuali) trovarsi in contrapposizione ai creditori stessi.

Così, i soci vengono imbrigliati dalla organizzazione di cui fanno parte <sup>97</sup> e non è possibile che i medesimi rendano vana, in violazione della regola di correttezza e buona fede, la vicenda concordataria e, con essa, la massimizzazione dei diritti dei creditori.

---

<sup>96</sup> Analogamente a proposito della scissione in G. NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società per azioni*, in diretto da G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE, *Trattato delle s.p.a.*, 7, 1997, 448; U. BELVISO, *La fattispecie della scissione*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 524.

<sup>97</sup> D. VATTERMOLI, *La posizione dei soci nelle ristrutturazioni*, cit., 858. L'A. sottolinea la particolare delicatezza del tema, allorquando rileva che i soci per un verso, essendo titolari del capitale sociale, possono essere assimilati al debitore, e, per il resto, avendo una aspettativa giuridicamente rilevante sul patrimonio netto, possono essere idealmente collocati nella medesima categoria concettuale in cui si collocano i creditori dell'ente. Sulla posizione dei soci quali titolari di una aspettativa giuridicamente rilevante dei soci rispetto al capitale G.B. PORTALE, *Gruppi e capitale*, cit., 1823.

Ma del resto – da un punto di vista della analisi economica del diritto e prima ancora della logica – è possibile affermare che se si accerta che gli *assests* (comprensivi dell'avviamento) dell'impresa in crisi, non siano in grado di dare soddisfazione completa ai creditori chirografari, è da escludere che i soci, quali *residual owners*, possano considerarsi ancora titolari dell'aspettativa al patrimonio netto, anche ove la procedura di composizione raggiungesse il massimo dei risultati possibili, in quanto il massimo dei risultati possibili implica comunque un sacrificio dei creditori, tenuto conto che l'adempimento non si raggiungerebbe comunque<sup>98</sup>.

I soci intanto godono di prerogative in quanto – parificati *latu sensu* a dei creditori ovvero a titolari di una aspettativa rispetto al patrimonio netto – la partecipazione, da essi posseduta, assuma un valore patrimoniale positivo.

Una volta svuotate di contenuto valoriale, le partecipazioni non attribuiscono più, ai loro titolari, alcuna prerogativa<sup>99</sup> rispetto ad una gestione della crisi, conflittuale con gli interessi dei creditori (artt. 2257, 2475, 2380-*bis* c.c.).

---

628

Essi possono reagire con modelli di opposizione endoconcorsuale, ove l'attività compositiva, monopolio degli amministratori, sia palesemente irrazionale o contraria a singole regole di diritto, ovvero ove non vi sia stata alcuna informazione, da parte degli amministratori e purché i soci dimostrino che il loro coinvolgimento dia corso a fattispecie recanti maggiore grado di soddisfazione per i creditori, secondo una sorta di “prova di resistenza”.

In siffatto contesto, una forma di reazione dei soci ed un ostacolo da questi frapposto – sul feticcio del diritto di voto – alla vicenda compositiva della crisi, si esprimerebbe secondo i canoni dell'abuso del diritto e quindi non dovrebbe trovare accoglienza nel nostro ordinamento<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> D. VATTERMOLI, *La posizione dei soci*, cit., 873 ss.

<sup>99</sup> D. VATTERMOLI, *La posizione dei soci*, cit., 889 ss.

<sup>100</sup> Sul tema D. VATTERMOLI, *La posizione dei soci nelle ristrutturazioni*, cit., 874, ed il correlativo riferimento alla *residual owner doctrine*. Al tempo stesso però (cfr. 875) ritiene che la soluzione – pur essendo quella più aderente alla residual owner doctrine – non sia aderente al nostro sistema di diritto positivo, dacché deve essere formulata una risposta negativa, tenuto conto che il sistema si costruisce sulle norme positive e non su di una idea anche la più sana ed economicamente razionale. Vigerebbe, allora, il principio della neutralità organizzativa, non

Esso prima ancora, si porrebbe in contrasto diretto, coi temi degli artt. 2086 c.c. e dell'art. 4 c.c.i.i..

I soci – stante il disposto dell'art. 48 ovvero dell'art. 264 c.c.i.i. – non avrebbero alcun titolo per ostacolare le scelte compositive degli amministratori in guisa che la loro posizione sarebbe obliterata e potrebbe riattivarsi solo in ipotesi di violazione di legge, e quindi, violazione di singole norme imperative, violazione del *business judgment rule*, violazione del dovere di informazione da parte degli amministratori, allorquando però i soci dimostrino di poter prospettare soluzioni maggiormente soddisfacenti per i creditori <sup>101</sup>.

Nella crisi, allora, il rapporto fra interesse dei soci e interessi dei creditori si esponenzializza.

Questi ultimi assumono rango primario, mentre quelli dei soci degradano a mero limite esterno dell'azione della società, ormai orientata al tema del massimo e miglior soddisfacimento dei creditori <sup>102</sup>, come richiesto dall'art. 4 c.c.i.i.

La “legislazione delle crisi” è, inoltre, capace di determinare la retrocessione della posizione dei soci, in sede di aumento di capitale sociale, anche nell'ottica degli artt. 163 e 185 l.fall. <sup>103</sup>, (si veda pure l'art. 90 c.c.i.i.)

---

esistendo alcuna norma che consente di sovvertire l'ordinamento corporativo. Questo sebbene il ccii offra utili spunti per ritenere superato il principio di neutralità organizzativa.

Sul tema, si v. G. MEO-L. PANZANI, *Procedure unitarie “di gruppo” nel codice della crisi*, 2019, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di imprese nel c.c.i.i.: fra unità e pluralità*, in *Società*, 2019, 427.

<sup>101</sup> F. GUERRERA, *Il rapporto tra gli organi sociali e gli organi della procedura concorsuale nelle ristrutturazioni delle società in crisi*, *Dir. fall.*, 2018, 1082; R. RANALLI, *Proposte di concordato concorrenti, trasferimento del controllo ed esenzione dall'obbligo di OPA per salvataggio “ostile”*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, 1; G. MEO, *I soci e il risanamento*, cit., I, 286; A. BLANDINI-O. DE CICCO-E. LOCASCIO ALIBERTI, *Socio e società nella società per azioni, (in crisi) dal diritto di opzione al bail in*, in *Riv. dir. soc.*, 2016, 749; F. FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. soc.*, 2010, 79. Sul tema G. FERRI JR., *Il ruolo dei soci nella ristrutturazione finanziaria dell'impresa alla luce di una recente proposta di direttiva europea*, cit., 531 ove si realizza un parallelismo (e non una assimilazione completa) tra il socio e il invitato di pietra. A. NIGRO, *Il “diritto societario della crisi”: nuovi orizzonti?*, cit., 1209; A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi di impresa*, Bologna, 2017, 292; O. CAGNASSO, *Il diritto societario della crisi tra passato e futuro*, cit., 33; M. RESCIGNO, *Rapporti e interferenze tra riforma societaria e fallimentare*, in A. JORIO, *Il nuovo diritto fallimentare*, 2007, II, 2120.

<sup>102</sup> R. SACCHI, *Sul così detto diritto societario della crisi*, cit., 1280.

<sup>103</sup> Si assume, con riferimento a detta norma, che benché l'opinione consolidata circoscriva la portata di tale precetto alla sola decisione originaria sulla proposta di concordato preventivo, non può trascurarsi che tale impostazione – fondata, in ultima analisi, sull'idea della neutralità organizzativa delle procedure concorsuali – è destinata a subire l'impatto di una

attribuendo il diritto alla detta modifica, in capo al terzo creditore, redattore della proposta concorrente, con obliterazione della posizione dei soci <sup>104</sup>.

Si tratta, in altre parole, di norme che, in tema di proposte concorrenti, permettono la realizzazione di un aumento di capitale con esclusione o limitazione del diritto di opzione, ovvero l'espresso dovere del debitore di compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla proposta concorrente, con la relativa possibilità di revoca degli amministratori e nomina di un amministratore giudiziario, cui attribuire il potere di compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla detta proposta, ivi incluso, per

---

norma – l'art. 185, comma 6, l.fall. – che assegna, all'omologazione, la forza di adeguare le regole governanti i processi decisionali societari al vincolo di stretta necessità che caratterizza, nel diritto concorsuale, l'attuazione di un piano concordatario omologato. Nonché si aggiunga l'intervento del Tribunale su istanza degli amministratori teso all'adeguamento cfr. V. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, cit., 100; Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, Massima n. 58, Aumento di capitale nel concordato preventivo a seguito del d.l. n. 83 del 2015, consultabile sul sito [www.consiglionotarilefirenze.it](http://www.consiglionotarilefirenze.it); cfr., in particolare, G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Fall.*, 2015, 1163 ss.; S. AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); M. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); A. ROSSI, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo* (prime riflessioni), in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); N. ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, cit., spec. 383 ss.

<sup>104</sup> Il tema è amplificato dal disposto dell'art. 118 c.c.i.i. Rilevante è l'evoluzione del diritto tedesco che, con la riforma dell'*Insolvenzordnung*, introdotta nel 2012 con l'Esug, ha dichiaratamente perseguito l'obiettivo di rimuovere il potere di veto dei soci in funzione del miglior soddisfacimento dei creditori. In tal senso, però, si esprimono i §§ 217 e 225 InsO, ove si prevede una esplicita inclusione nell'*Insolvenzplan* dei soci con la conseguenza che tutte le operazioni straordinarie, contemplate nel piano, restano sottratte alle regole di approvazione previste dal diritto societario sostanziale, alle quali si sovrappongono le regole del diritto concorsuale: diritto concorsuale che, coerentemente, viene ora a coinvolgere i soci, raggruppati in un'apposita classe, nel procedimento di approvazione dell'*Insolvenzplan* – e, dunque, delle operazioni strutturali contemplate – e li legittima ad opporsi all'omologazione, essendo peraltro, a tal fine, necessario dimostrare che con l'approvazione del piano sarebbero sottoposti ad un trattamento deteriore rispetto alla sua mancata approvazione. In Francia si veda la *loi Macron* del 10 luglio 2015 che, per le società di maggiori dimensioni (con almeno cento-cinquanta dipendenti), arriva a prevedere una procedura coattiva di intervento sul capitale sociale e finanche una forma di esproprio delle partecipazioni, laddove la modifica dell'assetto proprietario rappresenti l'unica soluzione che permetta di evitare gravi danni all'economia e consenta la prosecuzione dell'attività d'impresa (e si v. il nuovo art. 631-19-2 del code de commerce). Nella stessa direzione, si colloca la legislazione concorsuale spagnola, che ha introdotto una specifica fattispecie di responsabilità dei soci (e degli amministratori) per aver determinato o aggravato l'insolvenza impedendo “*sin causa razonable*” operazioni straordinarie. Per la ricostruzione dell'atteggiamento legislativo nei vari ordinamenti N. ABRIANI, *Socius ad factum precise cogi potest?*, cit.

l'ipotesi di aumento di capitale, il potere di convocare e votare nella assemblea dei soci, con un patente arretramento della posizione di questi e conseguente declino della primazia assoluta dei soci con riferimento alle decisioni sulla struttura organizzativa e finanziaria della società in crisi<sup>105</sup>. Caratteristiche capaci di incidere, in maniera significativa, sull'autonomia gestionale dell'imprenditore collettivo, ammesso alla procedura, derogando alle ordinarie regole societarie<sup>106</sup>).

Continuando nella ricerca dei temi di diritto positivo, l'influenza sull'organizzazione vive anche con riferimento alle operazioni straordinarie, rispetto alle quali è necessario – anche alla luce degli interrogativi che pone la recente giurisprudenza<sup>107</sup> – verificare i sistemi di compatibilità delle regole impresse nel codice civile, ove il tema diventa urgente, con riferimento alla patologia delle stesse.

Si tratta di una tensione al coordinamento che confluisce in seno all'art. 116 c.c.i.i. laddove l'adattamento è nel senso che – se il piano prevede il compimento, durante la procedura, oppure dopo la sua omologazione, di operazioni di trasformazione, fusione o scissione della società debitrice – la validità di queste, può essere contestata, dai creditori, solo con l'opposizione alla omologazione.

---

631

---

Il che comunque incide sulla struttura societaria che riceve siffatto livello protettivo.

Il legislatore prevede, poi, una stabilità delle operazioni – in termini di effetti – nel senso che – anche in caso di risoluzione o annullamento del concordato – questi rimangono irreversibili, salvo il risarcimento del danno *ex art. 2500-bis*, comma 2, *2504-quater c.c.*, comma 2, *2506*, comma 5, c.c.

Residua, poi, anche qui a riprova della invasività, un rinvio di compatibilità nel senso che trovano applicazione, in quanto compatibili, le disposizioni contenute nel capo X del titolo V del libro V del codice civile. Il che incide inevitabilmente sulla posizione dei titolari del capitale i quali – come componente organico della società – sono tenuti, come questa, a

---

<sup>105</sup> G. PRESTI, *Il bail-in*, cit., 53; N. ABRIANI, *Socius ad factum precise cogi potest?*, cit.

<sup>106</sup> P. PISCITELLO, *Riflessioni su concordati predatori e offerte concorrenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 756.

<sup>107</sup> Trib. Roma, 24 marzo 2020, in *Società*, 2020, 955.

realizzare le operazioni conseguenti al concordato *ex art.* 118 c.c.i.i. ed *ex art.* 185 l. fall.

Orbene, in ogni caso, l'impegno alla valutazione di compatibilità delle regole del capo X del Titolo V del libro del codice civile, conferma la visione di adattamento delle regole societarie ai temi concorsuali.

Il dato è arricchito dal disposto dell'art. 264 c.c.i.i. ove – ponendo la norma nell'egida delle operazioni straordinarie – si assiste al tema dell'attribuzione, al curatore, dei poteri dell'assemblea.

Attribuzione che trova la propria fonte in un atto progettato dalla stessa curatela con la partecipazione del Giudice delegato e del comitato dei creditori. Tanto in guisa da attribuire, al curatore, il potere di compiere atti ed operazioni relativi alla struttura finanziaria della società, previsti nel programma di liquidazione, dandone adeguata e tempestiva informazione ai soci che hanno quale modello di reazione la vicenda dell'art. 133 c.c.i.i. Al tempo stesso, in una progressione di ingerenze, il programma di liquidazione potrebbe prevedere l'attribuzione, al curatore, per determinati atti ed operazioni, dei poteri dell'assemblea, con una forma di reazione di questi, in ogni caso, di invalidità delle delibere, che vive nell'ambito dell'art. 133 c.c.i.i. ed il rinvio di una compatibilità in tema di invalidità delle delibere assembleari.

Il tema dell'arretramento della posizione dei soci, si esponenzializza, poi, a livello comunitario.

La Direttiva Europea 1023/2019<sup>108</sup> prevede che gli Stati membri *provvedano* affinché, qualora sussista una probabilità di insolvenza, gli azionisti e gli altri detentori di strumenti di capitale, aventi interessi nel debitore, non possano impedire irragionevolmente l'adozione o l'attuazione di un piano di ristrutturazione che ripristinerebbe la sostenibilità economica dell'impresa (art. 12 §1).

Vi è che l'adozione di un piano di ristrutturazione sia svincolato dall'accordo dei detentori di strumenti di capitale, quando essi siano *out of the*

---

<sup>108</sup> G. FERRI jr, *Il ruolo dei soci nella ristrutturazione finanziaria dell'impresa, alla luce della proposta di direttiva europea*, cit., 542; A. SANTONI, *Gli azionisti e i detentori di strumenti di capitale nella proposta di direttiva in materia di crisi di impresa*, cit., 335; A. NIGRO, *La proposta di direttiva comunitaria in materia di disciplina della crisi delle imprese*, cit., 201; L. STANGHELLINI, *La proposta di direttiva UE in materia di insolvenza*, cit., 873.

money, ossia si trovino in una situazione ove, in base ad una valutazione d'impresa, non riceverebbero alcun pagamento o altro corrispettivo, se fosse applicato il normale grado di priorità nella liquidazione.

Tanto senza considerare che i soci – specie in ipotesi di patrimonio netto negativo – hanno avuto la possibilità di deliberare un aumento del capitale tale da generare la soddisfazione dei creditori sociali e preservare il valore della partecipazione sociale. Possibilità che evidentemente non è stata sfruttata.

Non è possibile che i soci (interna corporis del debitore)<sup>109</sup> vanifichino, “da intranei”, l’obiettivo dell’asservimento alla massima soddisfazione dei creditori rinnegando i principi della residual *owner doctrine* sposati dalla Direttiva 1023/2019, il cui quarantatreesimo considerando, auspica il diritto di voto dei soci, in merito al piano di ristrutturazione si da convogliarli in una sorta di classe, così relegando la loro partecipazione al fenomeno compositivo<sup>110</sup>.

La concezione che si va affermando in ragione dei detti riferimenti normativi, è quella che vede la società in crisi come *bankruptcy asset* e dei creditori sociali e quindi proprietari sostanziali dell’impresa insolvente<sup>111</sup>, cui devono essere orientati gli amministratori laddove la fase di

---

<sup>109</sup> Fermo restando che considerando 53 della Direttiva 1023/2019 chiede agli Stati membri di verificare se per debitore possa intendersi anche una maggioranza dei soci. D. VATTERMOLI, *La posizione dei soci nelle ristrutturazioni*, cit., 874. E, del resto, nel caso di crisi (o peggio di insolvenza) gli interessi che verrebbero maggiormente pregiudicati sono quelli dei creditori sociali. Sul punto L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto e economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, *passim*; D. VATTERMOLI, *La posizione dei soci nelle ristrutturazioni*, cit., 858. L’autore sottolinea la particolare delicatezza del tema, allorquando rileva che i soci per un verso, essendo titolari del capitale sociale, possono essere assimilati al debitore, e, per il resto, avendo una aspettativa giuridicamente rilevante sul patrimonio netto, possono essere idealmente collocati nella medesima categoria concettuale in cui si collocano i creditori dell’ente. Sulla posizione dei soci quali titolari di una aspettativa giuridicamente rilevante dei soci rispetto al capitale G.B. PORTALE, *Gruppi e capitale*, cit., 1823.

<sup>110</sup> Sul tema N. ABBRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, cit., 365, (cfr. 376) laddove si ritiene non azzardato prefigurare una evoluzione interpretativa che consenta, alle proposte concordatarie, di incidere sulla struttura organizzativa della società anche contro la volontà dei soci, ove si realizzi la massimizzazione degli interessi dei creditori.

<sup>111</sup> F. GUERRERA, *Il rapporto tra gli organi sociali e gli organi della procedura concorsuale nelle ristrutturazioni delle società in crisi*, cit., 1082; N. ABBRIANI, *Proposte e domande concorrenti nel diritto societario della crisi*, cit., 308; G. PRESTI, *Concordato preventivo: dal monopolio del debitore alle proposte concorrenti fino all’iniziativa dei terzi*, in M. ORATO-G. DOMENICHINI (a cura di), *Le proposte per una riforma della legge fallimentare*, Milano, 2017; M. RANIELI, *Prove di contendibilità nel concordato preventivo e fallimentare*, Milano, 2017; M. ARATO, *Il concordato preventivo*, in O.

*emerging insolvency* giustifica l'emergere di un dovere fiduciario, in capo agli amministratori, non solo nei confronti dei soci, ma soprattutto (e prima ancora) dei creditori, dacché, sui soci e sugli amministratori da loro scelti, rimane integro il potere di gestione, ma tale potere va esercitato nell'interesse dei creditori<sup>112</sup>.

In questo modo, si opera in guisa da trasferire al di fuori della società – e quindi ai creditori ed agli organi concorsuali – i poteri necessari a riorganizzare la società ed a modificarne l'assetto proprietario.

Il dato assume rilievo anche in seno alla disciplina dei gruppi ove l'art. 285, comma 5, c.c.i.i. consente, ai soci, di reagire alle forme di riorganizzazione che generano lo spostamento di risorse infragruppo, mediante l'opposizione in sede di omologazione del concordato<sup>113</sup>.

Concludendo, allora, il dato dell'art. 2086 c.c., costituisce un elemento di precipuo rilievo nell'affermazione dell'abbandono della neutralità, proprio perché l'archetipo societario è invaso da un sistema organizzativo che impone la realizzazione dell'equilibrio e della tempestiva reazione alla perdita dello stesso.

Tanto imponendo l'adozione di assetti e distribuendo la prerogativa progettuale in capo agli amministratori, con la verifica proattiva dell'organo di controllo ed il contestuale arretramento delle posizioni dei soci che, nel sistema dell'impresa in crisi, patiscono il depotenziamento dei loro diritti.

---

CAGNASSO-L. PANZANI (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, tm. 3, Torino, 2016, 3181; F. GUERRERA, *La ricapitalizzazione "forzosa" delle società in crisi*, cit., 420; M.L. VITALI, *Profili di diritto societario delle "proposte concorrenti" nella disciplina del concordato preventivo*, in *Riv. soc.*, 2016, 870; G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, cit., 1163; A. ROSSI, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, op. cit.; A. ZOPPINI, *Emergenza della crisi e interesse sociale*, cit., 55. Sul tema A.M. LUCIANO, *La gestione della srl nella crisi preconcorsuale*, in *Riv. soc.*, 2017, 405; ID., *La gestione della spa nella crisi preconcorsuale*, Milano, 2016, 16. N. ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, cit., 365, ove, a 377, si evidenzia come l'osmosi soci amministratori generi il rischio di scelte che tendano a procrastinare l'emergenza e la denuncia della crisi, con conseguente mortificazione degli interessi dei creditori.

<sup>112</sup> F. GUERRERA, *Il rapporto tra gli organi sociali e gli organi della procedura concorsuale nelle ristrutturazioni delle società in crisi*, cit., 1082; V. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, cit., 100; R. SACCHI, *Le operazioni straordinarie nel concordato preventivo*, *Riv. Dir. soc.*, 2016, 776; G. FERRI jr, *Soci e creditori nella struttura finanziaria della società in crisi*, cit., 105; G. FERRI, *La struttura finanziaria della società in crisi*, cit., 477.

<sup>113</sup> R. SACCHI, *Sui trasferimenti di risorse nell'ambito del concordato dei gruppi nel ccii*, in A. JORIO-R. ROSAPEPE (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali*, Milano 2021, 292

## 7. - L'invasività della crisi sulla struttura finanziaria.

Intimamente strutturato al tema organizzativo, ossia alla determinazione di un modello organizzativo, amministrativo e contabile, votato alla percezione dei disequilibri, è la visione della struttura finanziaria, o meglio della predisposizione di una equilibrata struttura finanziaria nel rapporto "fonti-impieghi"<sup>114</sup>.

---

<sup>114</sup> Sul tema S. FORTUNATO, *La società a responsabilità limitata. Lezioni sul modello societario più diffuso*, Torino, 2020, 81; F. BRIOLINI, *I finanziamenti dei soci*, in C. IBBA-G. MARASÀ (a cura di), *Le società a responsabilità limitata*, Milano, 2020, II, 1206 ss.; F. PACILEO, *Continuità*, cit., 502 ss.; M. MAUGERI, *Sottocapitalizzazione di s.r.l. e "ragionevolezza" dei finanziamenti soci*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, I, 178; Id., *Finanziamenti "anomali" dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, Milano, 2005, 158 ss.; M. RUBINO DE RITIS, *Commento all'art. 2467*, in *Delle società - Dell'azienda - Della concorrenza*, artt. 2452 ss., D.U. SANTOSUOSSO, (a cura di), *Commentario Gabrielli*, Torino, 2015, 278 s.; M.G. PAOLUCCI, *Commento all'art. 2467*, in A.L. SANTINI-L. SALVATORE-L. BENATTI-M.G. PAOLUCCI, *Della società a responsabilità limitata*, in *Commentario Scialoja-Branca*, artt. 2462-2483, Bologna, 2014, 294 s.; G. GUERRIERI, *I finanziamenti dei soci*, in M. BIONE-R. GUIDOTTI-E. PEDERZINI (a cura di), *La nuova società a responsabilità limitata*, Padova, 2012, 75; M. CAMPOBASSO, *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, in *S.r.l.*, in A. DOLMETTA-G. PRESTI (a cura di), *Commentario Dedicato A Giuseppe B. Portale*, Milano, 2011, 241 s.; Id., *Finanziamento del socio*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2008, I, 444; E. MEZZANOTTE, *Graduazione del rischio d'impresa e finanziamenti concessi a società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2011, I, 82 ss.; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2010, I, 460 s.; G. PRESTI, *Commento all'art. 2467*, in P. BENAZZO-S. PATRIARCA (diretto da), *Codice commentato delle s.r.l.*, Torino, 2006, 110; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2006, 58 s.; A. LOLLI, *Commento all'art. 2467*, in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, III, 1813 s.; M. IRRERA, *Commento all'art. 2467*, in G. COTTINO-C. BONFANT-O. CAGNASS-P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna-Roma, 2004, 1791 s.; E. FAZZUTTI, *Commento all'art. 2467*, in M. SANDULLI-V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, vol. III, Torino, 2003, 49; M. PRESTIPINO, *Diritto al rimborso e postergazione nella disciplina dei finanziamenti dei soci*, Milano, 2015, 77. Per altre considerazioni sui presupposti della postergazione di cui all'art. 2467, comma 2, c.c. G. TERRANOVA, *Commento all'art. 2467*, in G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, Napoli, 2004, 1459, per il quale però il criterio dell'eccessivo squilibrio dell'indebitamento assume il ruolo di principio generale, e dunque di contenuto più ampio, rispetto a quello della c.d. ragionevolezza del conferimento; G. TANTINI, *I versamenti dei soci alla società*, in G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 2004, 798; M. TRONTI, *I finanziamenti dei soci alla società. Problemi e prospettive*, Torino, 2007, 24 ss.; G. OLIVIERI, *Investimenti e finanziamenti nelle società di capitali*, Torino, 2008, 84 ss.; Id., *Capitale e patrimonio nella riforma delle società*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 267; G. DE FERRA, *La postergazione del credito del socio finanziatore*, in *Riv. soc.*, 2010, I, 189 s.; S. LOCORATOLO, *Postergazione dei crediti e fallimento*, Milano, 2010, 17 ss.; M. MIOLA, *La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive*, cit., 256, nt. 59; D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Milano, 2012, 142 ss.; D. ARCIDIACONO, *I prestiti dei soci nelle società di capitali*, Torino, 2012, 77 ss.; F. GALGANO - G. SBISA, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario Scialoja-Branca*, art. 2497-2497 septies, c.c., Bologna-Roma, 2014, 319 ss.; M.S. SPOLIDORO, *La parziale liberalizzazione della disciplina del capitale*, in V. CARCANO-M.C. MOSCA-M. VENTORIZZO (a cura di), *Regole del mercato e mercato delle regole. Il diritto societario e il ruolo del legislatore*, Milano, 2016, 224 s.; M. FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su compensazione e postergazione*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2019, I, 57, nt. 65; G. BALP, *I*

Si tratta di una vicenda che, del pari, oblitera il dato della neutralità organizzativa ed impone, alla società i determinate scelte organizzative.

Incipit e premessa di qualsivoglia assetto, votato alla percezione degli squilibri è l'assunzione di scelte finanziarie che tendano a combinare, oculatamente, capitale proprio e capitale di terzi, nella composizione delle fonti di finanziamento con le quali – mutuando un termine ragionieristico – si intendono “sovvenzionare” gli impieghi.

Così l'assetto organizzativo, votato alla tempestiva percezione della crisi ed alla sua composizione, è anche, soprattutto, e prima ancora “oculata organizzazione finanziaria”<sup>115</sup>.

Invero, prima ancora che scoprirle e comporle, è necessario che la crisi, la perdita di continuità e l'insolvenza siano prevenute, sicché compito primigenio degli “assetti adeguati”, ex artt. 2381 e 2086 c.c., è quello di mantenere la società in una condizione di equilibrio<sup>116</sup>.

Il sistema congegnato dall'art. 2086 c.c. non è concepibile come un modello di “attesa passiva” di una disfunzione che, inevitabilmente, dovrà palesarsi. L'assetto è prima ancora un modello di gestione, volto a prevenire disfunzioni secondo uno sforzo teso ad evitare che le stesse si presentino.

E tale modello di prevenzione è meglio espresso in un sistema di impresa

---

*finanziamenti dei soci «sostitutivi» del capitale di rischio: ricostruzione della fattispecie e questioni interpretative*, Riv. soc., 2007, 362 s.; M. CAMPOBASSO, *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, in *S.r.l.*, cit., 248 ss. Cass., 20 giugno 2018, n. 16291. Sul tema C. IBBA, *Il nuovo diritto societario tra crisi e ripresa, (diritto societario quo vadis?)*, cit., 1047; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato Cottino*, V, tm. 1, Padova, 2007, (rist. 2014), 106 s.; G.S. BALP, *I finanziamenti dei soci “sostitutivi” del capitale di rischio: ricostruzione della fattispecie e questioni interpretative*, in *Riv. soc.*, 2007, 404 s.; G.B. PORTALE, *I «finanziamenti» dei soci nelle società di capitali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, I, 680 s., Id., *Capitale sociale e ragionevolezza nelle società di capitali*, in F. BARACHINI (a cura di), *Lezioni pisane di diritto commerciale*, Pisa, Pisa University Press, 2014, 64 ss.); F. VASSALLI, *Sottocapitalizzazione delle società e finanziamenti dei soci*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, 265 e 268 ss.

<sup>115</sup> M. MAUGERI, *Finanziamenti “anomali” dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 45, ed ivi ampia ricostruzione del fenomeno.

<sup>116</sup> È come se l'equilibrio fosse il bene dell'impresa ed il disequilibrio il male in un'ottica Crociana. Invero: «per definire il rapporto tra il bene ed il male Croce, usa un linguaggio naturalistico, che richiama il nesso – decisivo per lui – tra sanità e malattia. La malattia, il male sono parte integrante della vita stessa, e la sanità e il bene devono continuamente lottare per affermarsi. L'attività etica consiste proprio in questa lotta contro il male, il quale non sarà astrattamente considerato, ma assumerà sempre una forma particolare: il male sarà nell'attività speculativa del falso, nella contemplazione estetica il brutto e nell'attività pratica l'inutile e il dannoso», P. BONETTI, *L'etica di Croce*, Roma, 1991, 158.

dove “indebitamento” e “mezzi propri” si pongano in una prospettiva di corretto esercizio ed applicazione dei temi della leva finanziaria e quindi le disfunzioni si trovino, ad essere, con maggiore probabilità, prevenute.

L'adeguatezza, allora, non si sostanzia unicamente in un sistema di indagine sulla “condizione” della realtà di impresa teso a verificare lo stato di salute della stessa, onde intervenire tempestivamente.

Adeguatezza vuole dire innanzitutto “organizzare” l'attività di impresa secondo modelli di scelte finanziarie che siano equilibrate e ragionevoli, sì da scongiurare l'avvento del disequilibrio.

Scongiurare l'avvento incidendo sul primo momento di incubazione della crisi, costituito da una errata scelta di “alimentazione finanziaria”.

È preciso dovere dell'organo amministrativo – sotto l'egida delle verifiche dell'organo di controllo – organizzare l'attività di impresa in guisa che le scelte finanziarie siano oculate, visto che scelte disequilibrate, da un punto di vista finanziario, costituiscono l'antecedente strutturale e logico della crisi, ossia il suo bacino di incubazione.

Il tema assume precipuo rilievo e accentua la sensibilità normativa con riferimento a tale aspetto dell'organizzazione di impresa, tant'è che il legislatore – oltre a imporre un assetto organizzativo adeguato con chiaro rinvio alle scelte finanziarie – interviene, in termini correttivi, sulle scelte finanziarie, quantomeno riqualificando temporalmente i finanziamenti dei soci, nonché strutturando una peculiare disciplina delle operazioni sul capitale e delle operazioni straordinarie.

In altri termini, al legislatore, non basta dettare delle “regole di principio” ma, affinché queste non si svalutino in “petizioni di principio”, stabilisce dei momenti normativi “correttivi” tesi a concretizzarne l'applicazione.

Si assiste ad una ingerenza <sup>117</sup> nelle scelte di struttura finanziaria, laddove i soci – ossia coloro che sono deputati, in termini naturali, ad intervenire

---

<sup>117</sup> Il nostro sistema, del resto, non è nuovo a tali forme di ingerenza come nell'ipotesi di *bail in*. Sul tema L. STANGHELLINI, *La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 75, 2014, 148; G. PRESTI, *Il bail-in*, cit., 339; G. GUZZI, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie*, cit., 1485; D. VATTERMOLI, *Il bail-in*, cit., 511; A. GARDELLA, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del Meccanismo di Risoluzione Unico*, cit., 587; E. RULLI, *Il bail-in. Il capitale (degli altri) come capitale di riserva*, in *Riv. banc.*, 2016, 67; I. DONATI, *La ricapitalizzazione “interna” delle banche mediante bail-in*, cit., 597.

immettendo capitale proprio – assumano, da “intranei” le vesti di un “estraneo”.

In questa ottica (anzi anche in questa ottica) trova innanzitutto una delle proprie ragioni il trattamento della qualificazione dei versamenti dei soci, secondo un dato qualificatorio votato, nel dubbio, a prediligere interpretazioni, degli stessi, quali versamenti in conto capitale <sup>118</sup> ovvero, nel caso non sia possibile la prima sussunzione, come finanziamenti postergati, al ricorrere dei presupposti di cui all’art. 2467 c.c., in tema di postergazione dei finanziamenti, con una rilevante invasività qualificatoria sulle scelte dei soci.

Il valore precettivo della regola qualificatoria si esponenzializza nella misura in cui le si attribuisce una connotazione transtipica, sì da ritenerla applicabile a qualsivoglia fattispecie societaria e non solo nel suo habitat naturale, codificato nella società a responsabilità limitata e nella direzione e coordinamento.

Del pari, ulteriore amplificazione promana dalla portata sostanziale <sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> Sul tema M. RUBINO DE RITIS, *Gli apporti «spontanei» in società di capitali*, Torino, 2001; L. PARRELLA, *Versamenti in denaro dei soci e conferimenti nelle società di capitali*, Milano, 2000; M. RAGNO, *Versamenti in conto capitale, versamenti in conto futuro aumento di capitale e prestiti subordinati effettuati dai soci di società di capitali*, in *Riv. Soc.*, 2000, pt. I, 763 ss.; M. IRRERA, *I «prestiti» dei soci alla società*, Padova, 1992; G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Riv. soc.*, 1991, 29 ss.; G. TANTINI, *I «versamenti in conto capitale»: tra conferimenti e prestiti*, Milano, 1990; P. ABBADESSA, *Il problema dei prestiti soci nelle società di capitali: una proposta di soluzione*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 497 ss. Per un esame delle soluzioni giurisprudenziali offerte dalla giurisprudenza prima della riforma del diritto societario cfr., *ex multis*, M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, cit., 45 ss.

<sup>119</sup> Per la valenza sostanziale delle regole Cass., 20 agosto 2020, n. 17421, in *Giur. it.*, 2021, 1135, n. E. FREGONARA. In questo senso cfr. O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit., 109; M. CAMPOBASSO, *La postergazione dei finanziamenti dei soci*, in *S.r.l.*, cit., 252; G. BALP, *I finanziamenti dei soci «sostitutivi» del capitale di rischio*, cit., 365; N. ABRIANI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e regole di corretto finanziamento nella società a responsabilità limitata*, in P. BENAZZO-M. CERA-S. PATRIARCA (diretto da), *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di G. Zanarone*, Torino, 2011, 9; G. PRESTI, *sub art. 2467*, in P. BENAZZO-S. PATRIARCA (diretto da), *Codice commentato delle s.r.l.*, Torino, 2006, 118; M. RUBINO DE RITIS, *Art. 2467*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del Codice Civile, Delle società dell'azienda della concorrenza*, D.U. SANTOSUOSSO (a cura di), *Artt. 2452-2510*, Milano, 2015, 286; M. MAUGERI, *Finanziamenti anomali*, cit., 271; E. MARCHISIO, *I finanziamenti anomali tra postergazione e prededuzione*, in *Riv. not.*, 2012, I. In senso conforme in giurisprudenza: Cass., 15 maggio 2019, n. 12994, ove la Corte osserva che la postergazione finisce per operare come una condizione legale integrativa del regolamento negoziale circa il rimborso, la quale statuisce l'inesigibilità del credito in presenza di una delle situazioni contemplate dall'art. 2467, comma 2, c.c.; Trib. Roma, 6 febbraio 2017, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, II, 374, con nota di A. MESSORE, e in

della regola capace di inibire, a prescindere dall'avvento di un fenomeno concorsuale, la restituzione.

Si assiste così ad un primo livello di ingenza nella struttura (organizzativa) finanziaria della società, tenuto conto che la scelta di combinare i mezzi propri e i mezzi di terzi, viene riqualificata in guisa che le risorse, versate dai medesimi, sono postergate nella soddisfazione, sì da porsi, in un contesto di vicinanza al patrimonio netto, piuttosto che all'indebitamento. Ed invero, giova anticipare che – sebbene le dette risorse continuino a costituire formalmente indebitamento – nella sostanza sono, al perdurare della crisi, poste del patrimonio netto visto che, in costanza di disequilibrio, non sono affatto distribuibili.

Così il legislatore reagisce alle scelte di politica finanziaria incidendo sulla struttura organizzativa del rapporto mezzi propri mezzi dei terzi.

I finanziamenti dei soci sono oggetto della appostazione di una condizione sospensiva legale alla esigibilità dell'obbligazione, nel senso che l'obbligazione contratta diviene esigibile se (a condizione) – e nella misura in cui – la società, finanziata in condizioni di squilibrio, dovesse trovare l'equilibrio.

Fino a quel momento le somme non possono essere distribuite sì da assumere un carattere di definitività, onde essere acquisite all'attivo in caso di fallimento della società e conseguente verosimile incapacità di soddisfazione integrale dei creditori.

Il che implica, un potenziamento dell'area di operatività della regola che non mira solo alla redistribuzione dell'attivo, sfuggito alle regole della par condicio, ma persegue il prioritario obiettivo della prevenzione della crisi, con una tecnica di integrazione delle risorse finanziarie <sup>120</sup>.

---

*www.ilsocietario.it*; Trib. Torino, 18 marzo 2016, in *Società*, 2016, 900; Trib. Milano, 5 febbraio 2014, in *Società*, 2014, 748; Trib. Milano, 15 gennaio 2014, in *Società*, 2014, 619; Trib. Milano, 10 gennaio 2011, in *Giur. it.*, 2011, 547; Trib. Milano, 11 novembre 2010, in *Società*, 2011, 635, con nota di V. SALAFIA, e in *Giur. comm.*, 2012, II, 123.

<sup>120</sup> T. DI MARCELLO, *La postergazione societaria dei finanziamenti dei soci*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, 639. La ricostruzione è stata sposata dalla Suprema Corte, stando alla quale «La postergazione disposta dall'art. 2467 c.c. opera già durante la vita della società e non solo nel momento in cui si apra un concorso formale con gli altri creditori sociali, integrando una condizione di inesigibilità legale e temporanea del diritto del socio alla restituzione del finanziamento, sino a quando non sia superata la situazione prevista dalla norma. La società è tenuta a rifiutare al socio il rimborso del finanziamento, in presenza della situazione di difficoltà economico-finanziaria indicata dalla legge, ove sussistente sia al momento della concessione del finan-

Tanto secondo una linea interpretativa corroborata dalla circostanza che la prededuzione si ottiene – a questo punto – ove il tema del finanziamento sia innescato in seno ad una ipotesi di soluzione della crisi di impresa *ex art. 182-quater l.fall.*, ovvero 102 c.c.i.i.<sup>121</sup>.

La portata della norma, insomma, si amplifica nella misura in cui – risolvendo positivamente i temi della transtipicità e quelli della valenza sostanziale – le si attribuisca la connotazione di regola a presidio del “*corretto finanziamento delle società*”<sup>122</sup>, quale disposizione, consonante ad una pro-

ziamento, sia al momento della richiesta di rimborso, che è compito dell’organo gestorio riscontrare mediante la previa adozione di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società. In caso di azione giudiziale di restituzione proposta dal socio, il giudice del merito è chiamato a verificare se la situazione di crisi prevista dall’art. 2467, comma 2, c.c. sussista, oltre che al momento della concessione del finanziamento, altresì al momento della sua decisione. Lo stato di eccessivo squilibrio nell’indebitamento o di una situazione finanziaria in cui sarebbe stato ragionevole un conferimento, prevista dall’art. 2467, comma 2, c.c., è fatto impeditivo del diritto alla restituzione del finanziamento operato dal socio in favore della società, rilevabile dal giudice d’ufficio, in quanto oggetto di un’eccezione in senso lato, sempre che la situazione predetta risulti provata *ex actis*, secondo quanto dedotto e prodotto in giudizio» (Cass., 15 maggio 2019, n. 12994).

<sup>121</sup> Sul regime stabilito da questa disposizione e sul relativo ambito di applicazione cfr. S. FORTUNATO, *La Società*, cit., 87 s.; U. TOMBARI, *Principi e problemi “di diritto societario della crisi”*, cit., 1138 ss., e in U. TOMBARI (a cura di), *Diritto societario e crisi di impresa*, Torino, 2014, 1149 ss.; F. BRIOLINI, *Concordato preventivo e nuova finanza. Note sui “finanziamenti autorizzati” a norma dell’art. 182-quinquies, commi 1-3, legge fallim.*, in *Dir. fall.*, 2015, I, 1 ss.; Id., *I finanziamenti alle società in crisi dopo la legge n. 134/2012*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, I, 692 ss.; P. VALENSISE, *Commento all’art. 182 quater*, in A. NIGRO-M. SANDULLI-V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma. Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione. Liquidazione coatta amministrativa*, tm. III, Att. 160-215. *Disciplina transitoria*, Torino, 2014, 2337 ss.; A. BARTALENA, *Crediti concordati in funzione od in esecuzione del concordato preventivo o dell’accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182 quater l. fall.)*, in *Società, banche e crisi di impresa, Liber amicorum Pietro Abbaddessa*, cit., 2953 ss.; F. ACCETTELLA, *I finanziamenti alle imprese in regime di (pre) concordato dopo la legge n. 132/2015*, in *Dir. fall.*, 2016, I, 59 ss.; P.D. BELTRAMI, *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2015, I, 51 ss.; F. PACILEO, *Continuità*, cit., 499 ss.; M. ROSSI, *Sul trattamento concorsuale dei finanziamenti concessi dai soci durante il concordato preventivo*, in *Riv. dir. soc.*, 2015, 408; M. CAMPOBASSO, *La postergazione*, cit., 263; L. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2010, 1364; M. FABIANI, *L’ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l’incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fall.*, 2010, 906; D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati*, cit., 164-165.

<sup>122</sup> In questo senso, O. CAGNASSO, *Le società a responsabilità limitata*, in G. COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2007, 119, M. IRRERA, *sub art. 2467*, in G. COTTINO-C. BONFANTE-O. CAGNASSO-P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario. Commentario*, Bologna, 2004, 1790; Id., *L’art. 2467 c.c.: limiti di applicazione di una norma transtipica ad una “srl transtipica”*, in M. IRRERA (a cura di), *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del codice della crisi*, *Scritti in onore di O. Cagnasso*, Torino, 2020, 397; G.B. PORTALE, *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, I, 681; M. MAUGERI, *Finanziamenti anomali dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, Milano, 2005, 237; M. RESCIGNO, *Problemi aperti in tema di srl, i finanziamenti dei soci, la responsabilità*, in *Società*,

spettiva di prevenzione della crisi, applicabile a qualsivoglia modello societario ed in qualsivoglia momento della vita societaria <sup>123</sup>.

Il suo substrato concettuale deve, infatti, oggi coordinarsi sistematica-

---

2005, 15; E. DESANA, *La sollecitazione all'investimento, i finanziamenti dei soci, i titoli di debito*, in *Le nuove srl*, diretto da M. SARALE, Bologna, 2008, 192; U. TOMBARI, *Apporti spontanei e prestiti dei soci nelle società di capitali*, in P. ABBADESSA-G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum G.F. Campobasso, Torino, 2007, I, 563; E. FREGONARA, *I finanziamenti dei soci e infragruppo nelle società in bonis e nella procedura di liquidazione giudiziale*, in M. IRRERA (a cura di), *La società a responsabilità limitata un modello transittipico alla prova del codice della crisi*, Scritti in onore di O. Cagnasso, Torino, 2020, 385; Nello stesso senso nella giurisprudenza di merito Trib. Milano, 9 giugno 2019, in *Leggitalia*; Trib. Bologna, 31 gennaio 2019, in [www.ilsocietario.it](http://www.ilsocietario.it); Trib. Milano, 14 marzo 2014, in *Dejure*; Trib. Venezia, 10 febbraio 2011; Trib. Udine, 21 febbraio 2009, in *Riv. dir. impr.*, 2011, con nota di A. POSTIGLIONE; Trib. Pistoia, 21 settembre 2008. Tale lettura ha trovato anche importanti conferme nella giurisprudenza di legittimità Cass., 20 giugno 2018, n. 16291, in *Foro it.*, I, 2018, 2750; Cass., 7 luglio 2015, n. 14056, in *Giur. it.*, 2016, 894, con nota di T. CAVALLIERE, *La questione dell'applicabilità analogica dell'art. 2467 c.c. alle società per azioni*. Con riguardo alle società di persone cfr. L. VITTONI, *Questioni in tema di postergazione dei finanziamenti soci*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 393. L'autore ritiene che l'art. 2467 c.c. sia applicabile alle società di persone ricorrendo la duplice comune ratio della presenza di un ampio patrimonio di informazioni sulla situazione finanziaria della società in capo al socio e la frequente sovrapposizione del ruolo di socio e di amministratore. In quest'ultimo senso Trib. Pescara, 22 settembre 2016, in *Giur. comm.*, 2018, II, con nota di M. FERRO.

<sup>123</sup> F. BRIOLINI, *Verso una nuova disciplina delle distribuzioni del netto?*, in *Riv. soc.*, 2016, 64. Secondo l'A. l'interesse dell'art. 2467 c.c. è duplice. Da un lato, tale norma assume rilievo in quanto racchiude – come concordemente si riconosce – un ampio principio di corretto finanziamento dell'impresa costituita in forma societaria (o, perlomeno, in forma di s.r.l.), onde proteggere il ceto creditorio di fronte ad operazioni che potrebbero rendere più difficile il soddisfacimento delle relative ragioni, o addirittura impedirlo. Dall'altro, molto significativa è la circostanza che l'art. 2467 c.c. imponga agli amministratori della sovvenuta un vero e proprio test di solvibilità, se si preferisce un *solvency test* di diritto italiano. Sul tema M. CAMPOBASSO, *La disciplina dei finanziamenti dei soci postergati dopo il correttivo al codice della crisi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, 171. Sicché, deve ritenersi applicabile il principio giurisprudenziale che sancisce «La circostanza che l'art. 2467 c.c. sia inserito tra le norme che disciplinano il funzionamento della società a responsabilità limitata non esclude di per sé la sua applicabilità alle società per azioni, costituendo la postergazione un principio generale di corretto finanziamento dell'impresa che deve operare anche per le s.p.a. allorché, per le peculiari caratteristiche del fatto concreto, il socio finanziatore non sia un mero investitore ma sia titolare di una posizione, pur non necessariamente dominante, ma comunque assai influente all'interno della società partecipata, tale da condizionarne la politica gestionale» (Trib. Venezia, 10 febbraio 2011, in *Società*, 2011, 5, 594). Si tratta di un principio consolidato che dà corretta portata alla ratio della disposizione, tesa a imporre il corretto finanziamento delle società, a salvaguardia dei «creditori meno informati» e dei «creditori involontari» e, per il corretto finanziamento di tutte le società con soci a responsabilità limitata, deve ritenersi possibile l'applicazione in via analogica di siffatta norma, ogni qualvolta la s.p.a., ma anche l'accomandita per azioni, presenti una struttura «chiusa» analoga a quella delle s.r.l., ossia di una società con base azionaria ristretta, con soci partecipi all'attività economica e comunque coinvolti nella sua gestione, e non meri «investitori», soci, quindi, che per la «misura», o anche solo la «qualità», della loro partecipazione siano assimilabili a quelli di s.r.l. (Trib. Roma, 15 settembre 2015).

mente con i temi dell'art. 2086 c.c., nonché con la scelta di politica legislativa che assegna, agli amministratori, il potere e la responsabilità esclusiva della predisposizione e concreto funzionamento degli assetti.

In quest'ottica, la postergazione sposta il proprio baricentro conoscitivo della condizione di crisi, dai soci agli amministratori, in guisa che su questi gravi il preciso obbligo – dianzi ad una situazione di disequilibrio all'atto del finanziamento ed a quello della restituzione – di non dare corso a rimborsi, capaci di pregiudicare la posizione dei creditori, tenuto conto che, al cospetto del disequilibrio, la posizione dei soci lascia il campo alla massimizzazione degli interessi dei primi.

Dianzi ad una condizione di squilibrio, del resto, i nuovi finanziamenti – ove non convogliati in seno ad una procedura compositiva – sono suscettibili di aggravare la condizione di disequilibrio dell'attività di impresa, nel momento in cui vengono distratti dal sistema patrimoniale.

Sicché delle due l'una: o gli amministratori fanno confluire i detti “apporti” in seno ad una procedura di composizione il cui modello di verifica permette, a certe condizioni, la prededuzione, ovvero il finanziamento è postergato e potrà essere restituito solo ove sia stato utile a generare un riequilibrio come potrebbe accadere nell'ipotesi in cui la crisi possa essere superata, sol che si immetta nuova liquidità, a basso costo nel ciclo produttivo <sup>124</sup>.

Il cambiamento di prospettiva induce a ritenere poi, che gli amministratori debbano perseguire un equilibrio di natura finanziaria che reca con sé l'idea della qualificazione postergata dei finanziamenti dei soci, in qualsivoglia forma societaria vengano erogati.

Sicché, il problema si sposta, al limite, nel rapporto tra amministratori e soci, allorquando i primi sono tenuti a informare che – stando al dato normativo ed alle condizioni della società – l'erogazione del finanziamento assumerà valenza postergata ovvero addirittura di versamento in conto capitale. Piano informativo che tuttavia – se vale nei rapporti che legano

---

<sup>124</sup> Sul tema N. BACCETTI, *La gestione delle società di capitali in crisi tra perdita della continuità aziendale ed eccessivo indebitamento*, in *Riv. soc.*, 2016, 639 ss., il quale si riferisce anche ai piani attestati ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. d), l.fall. Più in generale, per un riferimento alla «“ragionevolezza” qualificata» dei finanziamenti prededucibili effettuati nell'ambito del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione omologati, F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015, 208.

amministratori e soci – non può ricadere su creditori sociali che, in questo caso, assumono una prerogativa antergata, rispetto a quella dei soci.

All'uopo un elemento sistematico, della transtipicità, si rinviene nel rapporto tra l'art. 2467 c.c. e l'art. 164 c.c.i.i.<sup>125</sup>.

La prima norma vede l'amputazione del profilo restitutorio, che trasmigra nelle regole di cui all'art. 164 c.c.i.i., ove si prevede l'inefficacia del rimborso dei finanziamenti, senza porre in essere alcuna forma di distinzione, tra i vari tipi sociali e ove il rinvio all'art. 2467 c.c., vive al solo fine di dettare una regola di riferimento, tesa a comprendere quando un finanziamento può dirsi postergato, sicché il rinvio non può ritenersi abbia valenza escludente la transtipicità<sup>126</sup>.

Del resto – e affinché la regola di condotta di cui all'art. 2086 c.c. non rimanga petizione di principio e costituisca viceversa espressione di un principio di corretto finanziamento dell'impresa quale premessa logica di un qualsivoglia modello adeguato – è necessario dare massima espansione ed efficacia alla stessa, onde proteggere il patrimonio di qualsivoglia società – con una identità di ratio che non può essere limitata solo alle srl – dalle mire aggressive dei soci, che si pongono in contrapposizione di interessi rispetto alle aspettative dei creditori sociali i quali, in una condizione di crisi, vanno privilegiati.

E se l'art. 2467 c.c. contribuisce ad evitare condizioni di disequilibrio, ponendosi al centro della scena degli assetti, non pare possibile applicarlo

---

<sup>125</sup> Per una analisi delle conseguenze applicative della regola in termini di transtipicità M. PALMIERI, *I finanziamenti dei soci alla luce del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2020, I 1004. T. DI MARCELLO, *Effetti della liquidazione giudiziale sul rimborso dei finanziamenti dei soci*, in *Giur. comm.*, 2021, 125, secondo il quale il testo dell'art. 164, comma 2, c.c.i.i. prevede l'inefficacia del rimborso di finanziamenti anomali compiuto nel periodo sospetto senza distinguere tra i diversi tipi societari e, in particolare, senza circoscrivere espressamente l'ambito di applicazione della norma alla società a responsabilità limitata. La disposizione richiama infatti l'art. 2467 c.c. solo per quanto previsto nel relativo comma 2, ossia unicamente per limitare l'inefficacia ai rimborsi di finanziamenti dei soci concessi in un momento in cui risultava un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto, oppure in una situazione finanziaria nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento. Per una valutazione comparatistica A. NIGRO, *Il "diritto societario della crisi": nuovi orizzonti?*, cit., 1209. *Ex multis*, G. TERRANOVA, *Sub art. 2467*, in G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, Napoli, 2004, III, 1459 ss.; C. ANGELICI, *I finanziamenti dei soci nel tempo e nello spazio*, in M. CAMPOBASSO-V. CARIELLO-V. DI CATALDO-F. GUERRERA-A. SCIARRONE ALIBRANDI (diretto da), *Società, banche e crisi di impresa*, Liber amicorum Pietro Abbadessa, Torino, 2014, I, 445 ss.

<sup>126</sup> Sul tema M. CAMPOBASSO, *La disciplina*, cit., 171.

esclusivamente, alla società a responsabilità limitata, in quanto questo vorrebbe dire negare che il principio di corretto finanziamento valga per ogni fattispecie societaria.

Il che è un assurdo <sup>127</sup>.

Il dato dell'applicazione delle regole a tutti i modelli societari si sposta dal piano soggettivo della ristrettezza della compagine sociale a quello oggettivo della crisi ed a quello soggettivo del primato dei creditori, che vanno tutelati, in caso di crisi, a prescindere dalla prossimità dei soci all'amministrazione.

Non basta. Un'ulteriore spinta propulsiva si ritiene generata, accogliendo l'idea che la postergazione riguardi ogni forma di rimborso dei valori e quindi anche le riserve e gli utili e financo il capitale, al di là dell'applicazione degli artt. 2445 e 2482 c.c., in quanto il principio del corretto finanziamento impone, dianzi alle crisi, sempre ed in ogni caso, di evitare la distribuzione di risorse a vantaggio di soci ed a scapito dei creditori, qualsiasi sia la loro genesi formativa.

E la soluzione si ritiene debba essere positiva almeno per due ordini di ragioni.

---

644

---

La prima è collegata al tema dell'art. 2086 c.c. che raccoglie, in capo agli amministratori, le misure di composizione della crisi. Misure che si esprimono, non solo nell'adozione di strumenti messi a disposizione delle leggi concorsuali, ma anche attraverso un impegno gestionale continuo che, senza ricorso a procedure concorsuali, ristabilisca l'equilibrio. Il che implica impedire la distribuzione (*rectius* distrazione) di risorse in un contesto in cui devono prediligersi gli interessi dei creditori, con conseguente potere degli amministratori di impugnare le delibere di distribuzione degli utili o di risorse anche a mezzo della riduzione del capitale, per violazione dell'art. 2086 c.c.

La seconda ragione attiene fatto che il principio del corretto finanziamento scongiura le distribuzioni lesive dei creditori, qualsiasi esse siano. Lo stesso vale infatti per la delibera di riduzione reale del capitale che, a prescindere dalla consapevolezza oppositiva dei creditori, potrebbe non

---

<sup>127</sup> In giurisprudenza: Trib. Napoli, 19 luglio 2019, n. 7315; Trib. Milano, 3 giugno 2019, n. 5259.

essere in linea col corretto finanziamento e quindi illegittima, per violazione degli artt. 2086 e 2467 c.c., e come tale, oggetto di reazione da parte degli amministratori e sindaci *ex art.* 2377 e ss. e 2479-ter c.c.

Un ulteriore tema, che impone una interpretazione estensiva, strettamente collegato al primo, tende a condurre la postergazione in una “concezione sostanziale”<sup>128</sup> e non meramente “processualistica”.

Il che è congeniale ad un sistema votato alla prevenzione della crisi, che non può fondarsi unicamente su reazioni postume, ma deve essere elaborato secondo tecniche di prevenzione, tese ad evitare che – in condizioni di crisi ove è d'uopo privilegiare gli interessi dei creditori rispetto a quelle dei soci – si distraggano “risorse limitate”, avvantaggiando questi ultimi.

Sicché, se i soci finanziano la società in un contesto di crisi, la restituzione è possibile solo ove gli stessi canalizzino i versamenti in un dato compositivo, sì da realizzare una dualità dei temi, nel senso che i finanziamenti, ovvero la distribuzione di risorse realizzati, in una condizione di crisi “non composta”, vivono una inibizione alla restituzione, laddove quelli posti in essere in un contesto compositivo possono vivere le conseguenze benefiche della prededuzione<sup>129</sup>.

---

645

---

In sostanza, allora, la prospettiva dell'approccio alla crisi, illumina di nuova luce i temi della valenza dell'art. 2467 c.c., che diviene norma generale, transtipica e sostanziale a presidio del corretto finanziamento, quale pietra angolare dell'“equilibrio” e quindi della prevenzione della crisi.

La vera prospettiva della regola – avvalorata dalla linfa impressa dall'art.

---

<sup>128</sup> F. VASSALLI, *sottocapitalizzazione*, cit., 267; M. MAUGERI, *Finanziamenti anomali dei soci e tutela del patrimonio*, cit., 97 ss. e 170 s.; N. ABBRIANI, *Finanziamenti anomali*, cit., 335; F. BRIOLINI, *I finanziamenti dei soci*, cit., 1236.

<sup>129</sup> Per un'analisi sul tema si v. le varie possibilità applicative elaborate da M. CAMPOBASSO, *op. cit.*, 77; F. BRIOLINI, *Verso una nuova disciplina delle distribuzioni del netto?*, cit., 64. In altri termini, deve crederci che, finché dura la società, la regola della postergazione chiami gli amministratori a un giudizio prospettico – come tale rivolto al futuro – in ordine alle conseguenze del rimborso del finanziamento “anomalo”; e che pertanto gravi sui primi, per ripristinare la gerarchia fra le varie pretese che s'appuntano sul patrimonio sociale, l'obbligo di non addivenire al secondo, tutte le volte in cui la distrazione a favore dei soci delle risorse necessarie per l'adempimento di tale debito rischi – a diligente giudizio dei gestori, formulato sulla base dei bilanci e dell'analisi dei dati finanziari (innanzitutto: dei flussi di cassa in entrata e in uscita), ma comunque godendo del presidio della *Business Judgment Rule* – di spogliare la società dei mezzi per soddisfare, alla scadenza, (tutti) gli altri creditori.

2086 c.c. – consiste nell’evitare che ricada sui creditori, con locupletazione dei soci, il rischio generato dall’impresa in crisi, nel solco del principio generale desumibile dai temi comunitari e dall’art. 4 c.c.i.i. secondo il quale, d’anzi alla limitazione di risorse, è necessario privilegiare la massimizzazione dei creditori ove il concetto di massimizzazione assume la valenza di ossimoro nel senso che i creditori, ai quali viene riservato il “massimo”, non vengono soddisfatti integralmente dovendosi tenere a mente che la massimizzazione esprime comunque un nocumento, in capo agli stessi, i quali invece hanno diritto alla esatta prestazione, laddove l’ottica massimizzante del legislatore significa, pur sempre, pregiudicare, gli stessi, il minimo possibile, ma comunque pregiudicarli non offrendo loro l’esatto adempimento<sup>130</sup>. Ecco, che, d’anzi a tale forma di inadempimento, espressa nella massimizzazione, non si tollerano contegni capaci di ridurre siffatta prerogativa, avvantaggiando i soci e svantaggiando i creditori,

Si tratta di un principio di carattere generale, che non giustifica alcuna forma di discriminazione.

---

646

Non solo.

La capacità espansiva della regola deve colpire qualsiasi forma di distribuzione di risorse e dirigersi verso un profilo sostanziale, essendo inibito, agli amministratori, dare corso alla distrazione durante la vita della società, sì da porre la loro responsabilità ed il profilo recuperatorio in capo ai soci, anche secondo la regola della ripetizione dell’indebitto, tenuto conto che si restituiscono risorse in presenza di una condizione, non avverata, che inibisce la restituzione.

Condizione che implica la non distribuibilità.

Concludendo, è necessario dotare la regola di una efficacia espansiva che tenda a offrire egida normativa a tutte le fattispecie di rimborsi di finanziamenti, sussumibili alla fattispecie di cui all’art. 2467 c.c.

---

<sup>130</sup> Si afferma invero che la massimizzazione implica il sacrificio dei creditori, prima che mirare al loro soddisfacimento. F. GUERRERA, *Atti contratti e operazioni infragruppo*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, 89. P. MONTALENTI, *Diritto dell’impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*; in *Giur. comm.*, 2018, I, 62; F. DI MARZIO, *Contratto e deliberazione nella gestione della crisi di impresa*, F. DI MARZIO - F. MACARIO, (a cura di), in *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, Milano, 2010, 73.

L'invasività – e con essa l'arretramento dei temi della neutralità organizzativa – trova precipui riferimenti anche con riguardo alla struttura del capitale della società.

Anche in questo caso, invero, gli assetti societari risultano oltremodo influenzati dalla crisi<sup>131</sup>.

Giova il riferimento alle disposizioni di cui agli artt. 163 e 185, l. fall.<sup>132</sup> ed, in particolare, alla possibilità che – in seno alle stesse – i creditori possano dare vita a proposte che prevedano un aumento di capitale, con esclusione o limitazione del diritto di opzione.

Tanto secondo un modello di invasività di palmare evidenza<sup>133</sup>, capace di generare un duplice rilievo di intromissione in quanto, sotto un primo aspetto, gli amministratori vengono esautorati dalla gestione compositiva visto che il disegno, da essi immaginato, è sostituito da un percorso esterno capace di dare maggiore soddisfazione ai creditori nel senso che la proposta concorrente si paventa come modello compositivo idoneo a sostituire la scelta della governance.

Il secondo livello esponenzializza il concetto che la società in crisi – ove il livello di disequilibrio assuma una pervasività tale da non consentire di proporre ai creditori la percentuale minima di soddisfazione indicata

---

<sup>131</sup> F. GUERRERA, *La ricapitalizzazione «forzosa» delle società in crisi*, cit., 426 Id., *Commento sub art. 152 l. fall.*, in A. JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, vol. II, 2202 s.; G. PALMIERI, *Operazioni straordinarie «corporative» e procedure concorsuali: note sistematiche e applicative*, in *Fall.*, 2009, 1096 s. F. GUERRERA, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*, cit., 1123 s.; U. TOMBARI, *Principi e problemi di «diritto societario della crisi»*, cit., 1138-1161; V. CALANDRA BUONAURO, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, cit., 2613.

<sup>132</sup> Sul tema M. FABIANI, *Riflessioni sistematiche sulle addizioni legislative in tema di crisi di impresa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 10 ss.; N. ABRIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere delle società di adempiere agli obblighi concordatari*, cit., 365 ss.; S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo alla luce della «miniriforma» del 2015*, in *Dir. fall.*, 2015, I, 359 ss. e spec. 373 ss.; G. BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, in [www.fallimentiesocietà.it](http://www.fallimentiesocietà.it), 2015, 7 ss. e spec. 17, 44 e 66, ove specifici riferimenti all'ipotesi di proposta concorrente che contempra un aumento di capitale sociale con esclusione del diritto di opzione.

<sup>133</sup> M.L. VITALLI, *Profili di diritto societario delle «proposte concorrenti» nella «nuova» disciplina del concordato preventivo*, in *Riv. soc.*, 2018, 870. In merito, si osserva che la circostanza, poi, che le nuove disposizioni possano comportare – nel contesto di proposte alternative di concordato preventivo – il ricorso a istituti disciplinati dal diritto societario contribuisce, in modo significativo, a riproporre – pur sotto un diverso profilo e con le peculiarità proprie delle norme di nuova introduzione (e su cui appresso) – il controverso rapporto tra le disposizioni che, nell'ambito della legge fallimentare, disciplinano le crisi delle imprese esercitate in forma societaria e il sistema delle regole del diritto societario «comune».

normativamente – vede ridimensionate le prerogative dei soci, rispetto al capitale sociale, tenuto conto che il ridimensionamento, ovvero l’obliterazione della partecipazione dei soci è condizionata dalla possibilità di terzi soggetti di “insinuarsi nel patrimonio” mediante aumenti del capitale sociale, capaci di annullarne ovvero ridimensionarne la partecipazione degli stessi <sup>134</sup>.

Del resto, in un ambiente votato alla tempestiva percezione delle condizioni di squilibrio, la regola è finalizzata ad incentivare proposte di composizione tempestive nella considerazione che una offerta di pagamento dei crediti, in una percentuale inferiore al 40 per cento – capace di inibire proposte concorrenti – è indice del presumibile fallimento, ovvero della trascuratezza del binomio “percezione”, “composizione” della crisi essendo lontana dal concetto di esattezza dell’adempimento, tenuto conto della avversione che l’ordinamento nutre nei confronti dell’adempimento parziale, come dimostra il dato dell’art. 1181 c.c.

E, tra l’altro, ponendosi nella prospettiva empatica del creditore, già il pagamento del solo 40 per cento si presenta come grave nocumento, tenuto conto che questi rinuncia alla maggior parte del credito, sicché parlare, in questo ambito, della massimizzazione dei suoi interessi, significa offrire una visione linguisticamente beffarda.

In effetti, allorquando la società cada in una situazione di insolvenza in termini di sbilancio patrimoniale (insufficienza dell’attivo a coprire il passivo) o sia prossima ad essa, i soci non possono più vantare alcuna aspettativa sul patrimonio della società, mentre, ai creditori, spetta ogni incremento del suo valore, almeno sino a che il patrimonio non recuperi la propria pienezza <sup>135</sup>.

Il dato dell’invasività è esponenzializzato, nella società a responsabilità limitata, tenuto conto che l’art. 2481-*bis* c.c. consente la possibilità di

---

<sup>134</sup> Sui dubbi di costituzionalità della regola: L. PANZANI, *Introduzione, in Il nuovo diritto della crisi d’impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica. Disciplina, problemi, materiali*, a cura di S. AMBROSINI, Bologna, 2016. Sul tema anche F. GUERRERA, *La ricapitalizzazione “forzosa” delle società in crisi*, cit., I, 420 ss., con particolare riferimento alla previsione del soprapprezzo.

<sup>135</sup> F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, cit. 95; G. SANDRELLI, *Orientamenti della giurisprudenza del Delaware in tema di doveri degli amministratori verso i creditori di società insolvente*, in *Riv. soc.*, 2014, 1445 ss. Tale decisione si segnala, peraltro, per aver escluso il predetto conflitto nelle ipotesi in cui il *downside risk* gravi prevalentemente o interamente sui creditori.

offrire azioni a terzi solo se prevista nell'atto costitutivo e giammai per l'ipotesi di cui all'art. 2482-ter c.c.

Orbene, stante il tenore dell'art. 163 l. fall., siffatta previsione trova una precisa deroga in seno alla regola de qua, che consente l'eliminazione o la riduzione del diritto di opzione con espresso riferimento alle srl.

E la previsione è ancora più forte nella misura in cui si ritiene di sterilizzare anche il diritto di recesso dei soci dissenzienti visto che la proposta opera su un piano differente dalla matrice endosocietaria ove la vicenda è stata il frutto di una dialettica legislativa.

Qui la dialettica è normativa ed espressa nel fatto che la società non è in grado di assicurare il livello di soddisfazione minimo dei creditori.

Non solo. Una società che offre meno del 40 per cento del credito vive una condizione di patrimonio netto negativo anche perché se vi fossero plusvalori, i medesimi, nelle proposte concordatarie, dovrebbero essere considerati a comporre il valore distribuibile.

Essa è poi, sostanzialmente insolvente.

In sostanza, la fattispecie di cui all'art. 163 l.fall., sarebbe qualificabile come una diversa ed, a sé stante, ipotesi di esclusione del diritto di opzione <sup>136</sup> non sussumibile ad alcuna delle fattispecie contemplate nell'art. 2441 c.c. e tantomeno nell'art. 2482-ter e 2482-quater c.c.

E ciò visto anche il mancato rinvio alle dette regole ad esaltarne la peculiarità <sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> Sul tema G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, cit., 1169 ss.

<sup>137</sup> Contra M.L. VITALI, *Profili di diritto societario delle «proposte concorrenti» nella «nuova» disciplina del concordato preventivo*, cit., 870. Ove si sottolinea che nessuna delle fattispecie di esclusione del diritto di opzione previste dall'art. 2441 c.c. pare presentare profili di incompatibilità con le possibili finalità di un piano concordatario. Il dato si esprime anzitutto, con riferimento all'ipotesi del comma 5 dell'art. 2441 c.c., posto che l'aumento di capitale sociale riservato può al contempo risultare strumentale sia per la soddisfazione dei creditori, sia al fine di consentire la "continuità" d'impresa. La medesima conclusione può essere raggiunta anche per il caso in cui il piano concordatario «concorrente» preveda che l'operazione di aumento riservato del capitale sociale sia effettuata (anche solo parzialmente) mediante un conferimento in natura (con conseguente applicazione dell'art. 2440 c.c.): ben potrebbe infatti, secondo l'autore prospettarsi l'ipotesi in cui la domanda concordataria, presentata dal creditore, preveda di abbinare a un aumento di capitale sociale da eseguirsi in denaro anche un conferimento in natura (si fa l'esempio del conferimento di un ramo d'azienda che risulti essenziale per garantire la continuità aziendale della società debitrice o per migliorare, secondo le attese del creditore, le performance della società debitrice la quale, per ipotesi, sia già titolare di licenze o autorizzazioni, valorizzabili in modo significativo grazie all'oggetto del conferimento). Analogamente, pare all'autore che vada valutata in senso positivo anche la

L'esaltazione dell'invasività vive anche ove si affermi il ridimensionamento dei poteri assembleari<sup>138</sup> e quindi l'obbligo dei soci di deliberare l'aumento, pena le prerogative sostitutive attribuite all'amministratore giudiziario *ex art.* 185 l.fall.<sup>139</sup>.

La didascalia della regola offre un doppio livello di ingerenza sulla struttura societaria, visto che i soci sono tenuti ad esprimersi in un simulacro di assemblea, ove dare corso all'aumento del capitale, pena l'attribuzione del medesimo all'amministratore giudiziario<sup>140</sup>.

La valenza invasiva della norma si amplifica nella misura in cui, al pari di quanto succede in seno all'art. 118 c.c.i.i., la si ritenga applicabile ad ogni proposta anche a quelle che non sono concorrenti. Invero, il riferimento testuale dell'art. 185 l.fall., "alla suddetta proposta" – in una ottica che tenda ad incentivare la soluzione della crisi – deve essere inteso sia alla proposta del comma 5 che alla proposta del comma 3, visto che non esiste un rinvio circostanziato ad un preciso comma da parte della norma di cui al comma 6. In altri termini, il legislatore, al comma 3 e 4, dispone che il debitore è tenuto a compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla proposta di concordato presentata da uno o più creditori, qualora sia stata

---

possibilità, per il creditore concorrente, di richiamare, nel proprio piano, la fattispecie di esclusione del diritto di opzione prevista dalla seconda parte del comma 4 dell'art. 2441 c.c. per le sole società quotate. D'altro canto, la *ratio* di tale disposizione è da doversi ricondurre proprio all'esigenza di facilitare la raccolta di risorse finanziarie; circostanza la quale ben potrebbe realizzarsi attraverso un collocamento privato (di cui, nel caso di specie, sarebbe destinatario il creditore) sebbene, in tale caso, sia ragionevole ritenere che l'aumento del capitale sociale possa essere eseguito solamente a fronte di un conferimento in denaro e che, in determinati casi, la misura percentuale contemplata dalla disposizione potrebbe rivelarsi insufficiente per consentire al creditore concorrente di formulare una proposta concordataria sufficientemente competitiva per essere approvata dai creditori.

<sup>138</sup> La legge 2015-990 del 6 agosto 2015 (c.d. «Loi Macron») ha introdotto un nuovo articolo (L. 631-19-2) nel *Code du Commerce*. La disposizione prevede, in particolare, che – al verificarsi di determinate condizioni correlate al mantenimento dei livelli occupazionali e alla necessità di garantire la continuità aziendale – qualora si registri il rifiuto, da parte dei soci, di deliberare le operazioni di aumento del capitale previste dal piano, sia possibile designare un «mandataire chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter l'augmentation de capital en lieu et place des associés ou actionnaires ayant refusé la modification de capital, à hauteur du montant prévu par le plan».

<sup>139</sup> G. FERRI, *Ristrutturazioni societarie e competenze organizzative*, in *Riv. soc.*, 2019, 233.

<sup>140</sup> G. PRESTI, *Concordato preventivo: dal monopolio del debitore alle proposte concorrenti fino all'iniziativa dei terzi*, in M. ARATO-G. DOMENICHINI (a cura di), *Le proposte per una riforma della legge fallimentare. Un dibattito dedicato a Franco Bonelli*, Milano, 2017, 97, R. SACCHI, *Le operazioni straordinarie nel concordato preventivo*, in M. ARATO-G. DOMENICHINI (a cura di), *Le proposte per una riforma della legge fallimentare. Un dibattito dedicato a Franco Bonelli*, cit., 37.

approvata e omologata. Nel caso in cui il commissario giudiziale rilevi che il debitore non sta provvedendo al compimento degli atti necessari a dare esecuzione alla proposta o ne sta ritardando il compimento, deve senza indugio riferirne al tribunale. Il tribunale, sentito il debitore, può attribuire al commissario giudiziale i poteri necessari a provvedere in luogo del debitore al compimento degli atti a questo richiesti, laddove al comma 5 dispone che il soggetto che ha presentato la proposta di concordato approvata e omologata dai creditori può denunciare al tribunale i ritardi o le omissioni da parte del debitore, mediante ricorso al tribunale notificato al debitore e al commissario giudiziale, con il quale può chiedere, al tribunale, di attribuire, al commissario giudiziale, i poteri necessari a provvedere, in luogo del debitore, al compimento degli atti a questo richiesti.

Il comma 6 pone un rinvio di applicabilità alla “suddetta proposta” senza distinguere tra proposta endogena o concorrente, sicché in un’ottica estensiva, che trova linfa anche nella scelta di campo operata dall’art. 118 c.c.i.i., pare doversi ritenere che il potere coercitivo si applichi sempre. E, del resto, l’applicazione della norma costituisce anche la risposta alla ricerca di un sostegno normativo rispetto alle regole (anche comunitarie) che impongono, ai soci, di non ostacolare le ipotesi compositive. Così pare potersi esaltare contemporaneamente il dato del comma 4, dell’art. 185 l.fall., allorquando dispone che il Tribunale sentito il debitore può attribuire al commissario giudiziale i poteri necessari a provvedere in luogo del debitore al compimento degli atti a questo richiesti. Ecco, nulla impedisce agli amministratori di progettare una soluzione che preveda un aumento di capitale offerto a terzi. In questo caso, il “debitore” e quindi tutti i suoi organi, sono tenuti ad eseguire le proposte, sicché l’ostacolo frapposto dai soci può essere superato attribuendo al commissario i poteri dell’assemblea, quali “poteri necessari”.

Il profilo di ingerenza e condizionamento della struttura finanziaria sia essa influenzata dall’aumento di capitale, che dalle operazioni straordinarie trova ulteriore linfa nell’art. 118 c.c.i.i. che amplia il portato “coattivo” espresso dall’art. 185 l.fall., estendendolo esplicitamente ad ogni proposta di concordato e quindi, non solo a quella presentata da un creditore quale proponente concorrente.

Ora il monopolio delle scelte compositive appartiene agli amministratori

sicché, una volta che questi le hanno progettate, i soci sono tenuti ad eseguirle, patendo, in caso contrario, le condizioni coercitive di cui alla norma, e salvo che non si realizzi l'opposizione *ex art. 48 c.c.i.i.*. Tanto senza contare, come visto sopra, il potere coercitivo attribuito al curatore fallimentare nella determinazione delle operazioni straordinarie, capaci di obliterare la posizione dei soci per come congegnata nell'atto endofallimentare quale è il programma di liquidazione.

Come si vede, allora, la pervasità della crisi esprime un'ingerenza assoluta sulla struttura finanziaria. La regola della postergazione diviene espressione del dovere del corretto finanziamento applicabile, con valenza sostanziale, ad ogni modello societario, in guisa da inibire qualsivoglia forma di restituzione ai soci delle risorse finanziarie delle società in una situazione di squilibrio ed in danno dell'interesse prioritario dei creditori.

L'aumento di capitale e le operazioni straordinarie – di cui si è detto al § 6 – divengono strumenti utilizzabili in seno alla vicenda compositiva ove la posizione dei soci e le regole comuni (si pensi al diritto di opzione) sono accantonate a vantaggio delle regole concorsuali, che tendono ad accentuare il protagonismo degli amministratori e relegare il potere dei soci ad interventi endoconcorsuali sul modello dell'art. 133 c.c.i.i.

---

652

## 8. - L'invasività sugli assetti di gruppo.

Anche le disposizioni in tema di organizzazione dei gruppi<sup>141</sup> devono necessariamente coordinarsi con il dato della crisi, quale evento patologico, che incombe nella fisiologia di qualsivoglia struttura imprenditoriale<sup>142</sup>.

Si pensi alla necessità che la visione dell'assetto adeguato interessi anche il gruppo, individuato quale insieme di modelli societari, suscettibili della contaminazione del disequilibrio.

La doverosità del coinvolgimento dell'intero "gruppo" in seno alla procedura di composizione ed in particolare alla liquidazione giudiziale impone

---

<sup>141</sup> G. SCOGNAMIGLIO, *I profili innovativi del codice della crisi e dell'insolvenza in materia di gruppi*, in A. JORIO-R. ROSAPEPE (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali*, Milano, 2021, 297.

<sup>142</sup> M. RESCIGNO, *Il concordato di gruppo: Considerazioni sparse tra fisiologia e patologia dell'istituto*, in A. JORIO-R. ROSAPEPE (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali*, cit., 269.

un approccio alla crisi che preveda, nella sua organizzazione, tutto il gruppo societario.

Si pensi, in disparte alle scelte di dei “concordati, accordi o piani di gruppo”, alla possibilità di dare vita ad un ricorso che coinvolga tutte le società rientranti nel perimetro della direzione e coordinamento *ex art.* 287 c.c.i.i.. Tanto secondo un obiettivo di massimizzazione degli interessi dei creditori individuati come “creditori delle diverse imprese del gruppo” nonché agli obblighi di informazione e cooperazione che ricadono, *ex art.* 289 c.c.i.i. su di una impresa del gruppo, che intenda dare corso ad una domanda di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

Ciò a riprova che la crisi – e la sua composizione – coinvolge e comprende il gruppo, come “entità imprenditoriale collettiva”<sup>143</sup> in una prospettiva confermata dall'art. 13 D.L 118/2021

Il tema allora assume precipua rilevanza sotto molteplici aspetti.

Innanzitutto, la disciplina tende a colmare un vuoto normativo che ha afflitto il piano narrativo della legge fallimentare<sup>144</sup>, orfano di una compiuta normazione della crisi dei gruppi, nella consapevolezza che – in seno

---

<sup>143</sup> Sul tema: O. CAGNASSO, *La domanda di accesso al concordato preventivo di gruppo in continuità*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2020, 141 ss.; L. PANZANI, *Il concordato di gruppo*, in *Fall.*, 2020, 1341 ss.; Id., *La disciplina della crisi di gruppo tra proposte di riforma e modelli internazionali*, in *Fallimento*, 2016, 1153 e ss.; C.B. VANETTI, *Il concordato di gruppo nel codice della crisi d'impresa: una sintesi e alcune osservazioni*, in G.A. RESCIO-M. SPERANZIN (a cura di), *Patrimonio sociale e governo dell'impresa*, Torino, 2020, 250 ss.; G. D'ATTORRE, *I concordati di gruppo nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2019, 277 ss.; M. ARATO, *Regolazione della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese*, in *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, a cura di S. SANZO e D. BURRONI, Bologna, 2019, 305 ss.; L. FARENGA, *Prime riflessioni sull'insolvenza di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 1003 ss.; F. GUERRERA, *La regolazione negoziale della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese sul mercato nel nuovo CCH*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 1318 ss.; R. SANTAGATA, *Il concordato di gruppo nel progetto Rordorf: prima impressioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2016, 681 ss.

<sup>144</sup> G. SCOGNAMIGLIO, *Clausole generali, principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Riv. dir. priv.* 2011, 522. Id., *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 2008, 527. Sull'estensione agli organi della holding dell'obbligo sull'adeguatezza degli assetti in rapporto alle informazioni provenienti dalle società eterodirette aventi ad oggetto quantomeno le loro condizioni patrimoniali, economiche e finanziarie, si v. G. SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 1091, 1097 ss., per la quale il principio menzionato nel testo rientra nella clausola generale di cui all'art. 2497, comma 1, c.c.; P. MONTALENTI, *Organismo di vigilanza 231 e gruppi di società*, in *Age*, 2009, 383 ss.; N. ABRIANI, *Assetti proprietari modelli di governance e operazioni straordinarie nella società a partecipazione pubblica: profili di danno erariale*, in *Riv. dir. impr.*, 2009, 543 ss.; F. GUERRERA, *I regolamenti di gruppo*, in *Società, banche, procedure concorsuali*, 2, Torino, 2014, 1511 ss., ad avviso del quale ai poteri della capogruppo corrispondono «per quanto concerne gli organi di amministrazione e controllo (e i dirigenti) delle società eterodirette (...) doveri di informazione»; N.

a siffatto modello di organizzazione dell'attività di impresa – la prospettiva atomistica delle singole società, offre una visione miope della realtà e, con essa, una risposta debole – da un punto di vista normativo – ad una esigenza aziendale che, invece, tende a valorizzare, specie nella “cattiva sorte”, i rapporti esistenti tra le società del gruppo.

Ed invero, la crisi – in seno al contesto ristretto del gruppo ed in ragione dei rapporti esistenti inevitabilmente tra le varie società – ha intuitivamente una maggiore capacità di propagazione, da una individualità societaria all'altra.

Sotto altro aspetto, è altrettanto intuitivo che la possibilità di sfruttare – ai fini compositivi della crisi – le varie cointeressenze ed i vari rapporti esistenti, in seno al gruppo, amplifica le possibilità di composizione e soluzione delle disfunzioni, specie ove possano sfruttarsi i vantaggi compensativi e le interrelazioni economico finanziarie, in guisa che le società possano dare corso a sinergie utili al superamento della crisi complessiva del gruppo, ovvero alla composizione di disfunzioni che, a vario titolo e vario livello, possano colpire le società medesime.

---

654

Il dato assume ancora più valore e vigore se si pone mente al fatto che l'ordito disciplinare, tratteggiato in seno al c.c.i.i., assume immediato merito precettivo quantomeno in termini di influenza ermeneutica, forte dell'orientamento giurisprudenziale in ragione del quale le regole del c.c.i.i. – sebbene non ancora entrate in vigore – assumono immediata valenza di ausilio ermeneutico nel governo delle fattispecie concrete<sup>145</sup>. Il tutto avvalorato alla luce della spinta, assunta dall'art. 13 d.l. n. 118 del 2021.

Tanto più che non si scorgono elementi normativi che impediscono, al Tribunale, a prescindere dalla attualità della regola – specie dianzi a “piani reciprocamente collegati e interferenti” – di utilizzare un trattamento simile alle disposizioni di cui agli artt. 285 c.c.i.i. e ss., nominando un unico commissario e un unico Giudice Delegato.

Non solo. La disposizione in esame, al comma 2 ed a riprova del prisma

---

ABBRIANI-L. PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi di società*, in O. CAGNASSO-L. PANZANI (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, cit., II, 2016, 2292 ss..

<sup>145</sup> Cass., 23 luglio 2019, n. 19881; Trib. Ivrea, 10 aprile 2020.

dell'invasività, prevede che il piano o i piani concordatari possono altresì prevedere operazioni contrattuali e riorganizzative, inclusi i trasferimenti di risorse infragruppo, purché un professionista indipendente attesti che dette operazioni sono necessarie ai fini della continuità aziendale per le imprese per le quali essa è prevista nel piano e coerenti con l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo.

Come si vede, si autorizza lo spostamento di risorse in un'ottica "collettivista" dei crediti, visto che si tiene in conto l'idoneità delle "operazioni" al migliore soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo. Tanto con un approccio legislativo che lascia indeterminati la natura, la tipologia, la struttura e le cause dell'operazione<sup>146</sup>. Il dato si esponentializza alla luce dell'arretramento dei soci, tenuto conto che l'art. 285 c.c.i.i., dispone, al comma 5, che i soci possono far valere il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale dalle operazioni di cui ai commi 1 e 2, esclusivamente attraverso l'opposizione all'omologazione del concordato di gruppo ed il tribunale omologa il concordato se esclude la sussistenza del predetto pregiudizio in considerazione dei vantaggi compensativi, derivanti alle singole imprese dal piano di gruppo.

Pertanto, si è osservato che l'appartenenza della società al gruppo e l'esigenza di fronteggiare la situazione di crisi mutano lo scenario applicativo e il modo stesso di operare delle regole di diritto comune, propiziando l'adeguamento evolutivo, al fine del riequilibrio patrimoniale e finanziario previsto dal piano, della disciplina generale dell'attività della direzione e coordinamento e della responsabilità patrimoniale e del modo stesso di intendere e applicare il principio di "corretta gestione societaria e imprenditoriale". Del resto, accordi e concordati di gruppo non costituiscono altro se non un fenomeno di ulteriore indebolimento e ridimensionamento – innescato dalle molteplici e varieguate discipline delle garanzie finanziarie, dell'organizzazione patrimoniale della società, del sovraindebitamento e della crisi di impresa – dell'originaria "universalità" della

---

<sup>146</sup> F. GUERRERA, *Atti, contratti, operazioni infragruppo*, cit., 100; G. CABRAS, *Scissione di società e concordato preventivo: un patrimonio nuovo per le imprese in crisi*, in *Orizzonti dir. comm.*, 2019, 658 ss..

garanzia patrimoniale del debitore, e ancor più per quanto riguarda i beni futuri<sup>147</sup>.

Tutto ciò, come testualmente rilevato, viene ad integrarsi e a costituire, all'evidenza, un ulteriore importante tassello del diritto societario della crisi<sup>148</sup>.

Quello che poi interessa verosimilmente è che la considerazione del gruppo quale “contesto di impresa unitario”, nella gestione della disfunzione, impone una riflessione sull'applicabilità dell'art. 2086 c.c. nella versione estesa al gruppo stesso, con relativo dovere di dare corso ad un assetto organizzativo amministrativo e contabile adeguato alla percezione della crisi, della perdita di continuità, dell'insolvenza, che possa interessare il gruppo nella sua singola componente e nel suo insieme.

In altre e più chiare parole, la dimensione della considerazione unitaria del gruppo, in seno alla crisi, impone la progettazione di un assetto organizzativo amministrativo e contabile adeguato alla tempestiva emersione della disfunzione ed alla sua composizione, che non si limiti alle singole società, ma che abbia come protagonista il gruppo, sì da imporre la ponderazione, in una visione panoramica, che offra un continuo sguardo di insieme di colei (la società che svolge attività di direzione e coordinamento) che – osservando le singole società dall'alto del suo “controllo” partecipativo o gestionale che sia – possa avere una visione di insieme dello stato di salute delle singole società e quindi del gruppo in generale, onde verificare come la percezione della crisi o della perdita di continuità di una o più società possa essere percepita, isolata e composta in seno al gruppo, con l'applicazione della direzione e coordinamento, ovvero imponga una reazione complessiva.

Ne viene allora un preciso obbligo a carico dei gestori delle società di realizzare un assetto di gruppo *ex art.* 2086 c.c.

---

<sup>147</sup> Così F. GUERRERA, *Atti, contratti, operazioni infragruppo*, cit., 100; G. CABRAS, *Scissione di società e concordato preventivo*, cit., 658 ss..

<sup>148</sup> Si v. U. TOMBARI, *Crisi di impresa e doveri “corretta gestione imprenditoriale e societaria” della società capogruppo*, cit.; N. ABBIANI, *Le responsabilità nelle crisi dei gruppi*, in *Nuovo dir. soc.*, 2012, 11, 93; G. STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziaria nelle società in crisi*, cit., 605; P. BENAZZO, *Crisi di impresa, soluzioni concordate e capitale sociale*, in *Riv. soc.*, 2016, 241; V. PINTO, *Concordato, preventivo e organizzazione sociale*, cit., 100; R. SACCHI, *Sul così detto diritto societario della crisi*, cit., 1280 ss..

Del resto, l'art. 2497 c.c. impone una attività di indirizzo (i.e. direzione e coordinamento) che si esprime secondo i principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria delle singole società e dell'intero gruppo<sup>149</sup>. Ed il dato primigenio della corretta attività di direzione e coordinamento, non può che essere la predisposizione di un adeguato assetto organizzativo amministrativo e contabile di gruppo utile a percepire le disfunzioni che affliggono le varie società, come queste influenzano il gruppo e quale è la risposta tempestiva che il gruppo deve offrire.

Questo anche in considerazione del fatto che l'accesso alla gestione della crisi di gruppo, per come disposta dagli artt. 284 ss. c.c.i.i., non è solo una facoltà ma un preciso obbligo, costituendo scelta necessaria nelle ipotesi in cui siffatta strategia realizzi più soddisfacenti risultati per i creditori.

Ne viene, allora, la necessità di progettare un sistema di soluzione che guardi al gruppo con una moltiplicazione degli assetti coordinati al pari di come è coordinata e indirizzata l'attività di gruppo. Ciò a salvaguardia di un interesse "multipolare" tipico del gruppo di imprese che assorbe l'interesse della singola società<sup>150</sup>.

Le società, in seno al gruppo, vivono come conglomerato di soggetti che si influenzano a vicenda in relazione al rischio del propagarsi della crisi.

Pertanto, i singoli componenti della famiglia imprenditoriale hanno il dovere di creare, ciascuno per sé, un modello organizzativo teso a monitorare l'emersione della disfunzione ed a comporla. Al tempo stesso, l'ente dominante, con la collaborazione delle dominate (rectius gli amministratori) – oltre a monitorare l'assetto proprio – ha il dovere di realizzare e organizzare un modello di percezione della disfunzione che prevenga e combatta la medesima, in seno all'intero insieme di società che la com-

---

<sup>149</sup> G. SCOGNAMIGLIO, *Clausole generali, principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, cit., 522. Id., *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 2008, 527. Sull'estensione agli organi della holding dell'adeguatezza degli assetti in rapporto alle informazioni provenienti dalle società eterodirette, aventi ad oggetto quantomeno le loro condizioni patrimoniali, economiche e finanziarie, si v. G. SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, cit., 1097; P. MOLTALANTI, *Organismo di vigilanza 231 e gruppi di società*, cit., 383 ss.; N. ABRIANI, *Assetti proprietari modelli di governance e operazioni straordinarie nella società a partecipazione pubblica: profili di danno erariale*, cit., 543 ss.; Id., *Il governo societario della prova della crisi*, in N. ABRIANI-J.M. EMBID IRUJO (diretto da), *Crisi economica y responsabilidad ed la empresa*, Granada, 2013, 73 ss.; N. ABRIANI-L. PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi di società*, cit., 2292 ss.

<sup>150</sup> F. GUERRERA, *Atti, contratti, operazioni infragruppo*, cit., 100.

pongono, in guisa che la crisi della singola società, possa essere percepita e curata, in una ottica di vantaggi compensativi, tesi ad evitare che la crisi atomistica si trasformi in crisi complessiva.

Ma, del resto, la necessità di un assetto di gruppo trova conferma – oltre che in una regola intuitiva ed ai temi dell’art. 2497 ss. c.c. – anche nella lettera dell’art. 2086 c.c. che assume come tale obbligo veda, quale destinatario l’“imprenditore che opera in forma societaria o collettiva” sì da potersi sostenere che il “gruppo” sia comunque una forma di organizzazione collettiva del modo di manifestazione dell’attività di impresa <sup>151</sup>.

Nel processo di aziendalizzazione del diritto, allora, l’attività di gruppo è una forma organizzata dell’attività di impresa e, come tale, deve vivere ed essere organizzata nel suo complesso, avendo quale *incipit* la regola cardine dell’art. 2086 c.c.

E l’attività di impresa – in una nuova concezione di tempestivo approccio alla crisi – deve essere necessariamente organizzata, secondo il modello di cui all’art. 2086 c.c., altrimenti non può dirsi organizzata.

Ancora, da un punto di vista sistematico, l’essenza del c.c.i.i. sta nella tempestiva emersione della crisi, che favorisce interpretazioni estensive della regola, a tutte le ipotesi e forme organizzative, che consentano il raggiungimento di siffatto obiettivo.

Pertanto, la forma organizzativa imposta al gruppo, si presenta come un elemento di rigore funzionale al miglior raggiungimento del detto obiettivo, il quale tanto più può essere raggiunto se si consideri come – in seno alle società del gruppo – la crisi di una società tenda a propagarsi alle altre. Tra l’altro, il concepimento di una strategia unitaria – secondo il modello di cui agli artt. 284 ss. c.c. – è meglio realizzato ove si disponga, *ab origine*, di un sistema di conoscenza e monitoraggio complessivi, capaci di generare risposte che non siano estemporanee ma frutto di una impostazione strategica, fondata su di una organizzazione comune, storicamente sedimentata.

Questo con la precisazione che la composizione – assuma essa la veste del

---

<sup>151</sup> Come è stato osservato la portata applicativa del dovere di predisporre assetti adeguati non può essere limitata agli imprenditori collettivi intesi in senso stretto L. BENEDETTI, *Frammenti di uno statuto organizzativo delle società*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, 717.

piano, dell'accordo, del concordato o della liquidazione giudiziale – deve essere, come accade in tutti i modelli societari, il frutto della programmazione, imposta dall'art. 2086 c.c. che richiede il progetto, la ponderazione del concreto funzionamento, e l'implementazione della cura.

Sicché, come la cura della singola società va incastonata in un progetto organizzativo, così deve accadere per il gruppo.

Anche in questo caso, poi, si riproporranno i temi della sindacabilità dell'assetto secondo il *business judgment rule* e delle responsabilità di una sua carenza.

Il tema dell'invasività organizzativa si presenta, allora, con una pervicacia tale che va oltre l'essenza della singola società per compenetrarsi nel modello del gruppo, essendo questo un modello di gestione proprio di ogni realtà di impresa.

L'approccio alla crisi è imposto in quanto elemento immanente alla attività organizzata ed al suo corretto esercizio, in una ottica di corretta gestione imprenditoriale, nel senso che qualsivoglia forma organizzata di impresa è tenuta a dotarsene quale “certificato” di corretta impostazione della gestione.

Il gruppo è uno dei modelli della gestione dell'attività di impresa in senso economico <sup>152</sup> e, d'altro canto, la società o l'ente che svolgono una attività di direzione e coordinamento svolgono una attività di impresa già nella fase di direzione e coordinamento. Direzione e coordinamento che non può prescindere da un sistema di monitoraggio continuo della condizione del gruppo ed alla implementazione di modelli di composizione di gruppo. Se questo è vero, resta da chiedersi come si realizza tale modello.

La risposta si ritiene debba essere ricercata in seno alle prerogative offerte dall'attività di indirizzo.

Questo nel senso che il sistema progettuale deve comprendere e coinvolgere la partecipazione di tutte le società del gruppo, in un percorso procedurale e formalizzato, teso allo scambio dei flussi informativi, dalle società eterodirette alla capogruppo e viceversa, in guisa che questa abbia

---

<sup>152</sup> Sul punto M. MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci, e interesse del gruppo*, in *Giur. comm.*, 2012, 66.

sempre e comunque contezza della condizione di salute della singola società e di come il suo stato influenzi le altre realtà di impresa.

Si tratta di un processo progettuale condiviso e da condividere che deve essere immaginato dalla società che esercita la direzione nella condivisione con le altre società <sup>153</sup>.

Il dato ulteriore è costituito dall'analisi dell'adeguatezza e dal suo livello di sindacabilità.

Sotto il primo aspetto, si ritiene che l'assetto debba comprendere quantomeno i flussi informativi ascendenti idonei a consentire la valutazione dello stato di crisi delle società, a valle <sup>154</sup>.

Oltre al flusso informativo ascendente, si ritiene doveroso dare vita ad un flusso circolare delle informazioni, in guisa che la manifestazione embrionale della disfunzione della singola società controllata, possa essere percepita e segnalata, anche dalla singola società del gruppo la quale sarebbe così chiamata a svolgere una funzione di segnalazione, in termini di ausilio, non solo della propria condizione di disfunzione, ma anche delle conseguenze che la disfunzione potrebbe generare sul gruppo.

Da un punto di vista soggettivo, poi, l'obbligazione organizzativa ricade sugli amministratori e sui sindaci e sul revisore della società dominante <sup>155</sup>, ma anche, in certo senso, sui componenti della governance delle società eterodirette, che non devono limitarsi a subire le scelte dall'alto ma – dovendo motivarle *ex art. 2497-ter c.c.* – devono realizzare una partecipazione alla progettazione dell'assetto, nonché monitorare il suo concreto funzionamento che dipende anche dalla collaborazione, al progetto, della eterodiretta, stante l'attività informativa e propulsiva su questa gravante. Scambio di informazioni che grava sui vari organi in un sistema di vasi capillari che vede l'interconnessione delle informazioni *ex art. 2409-septies c.c.*

Nella prospettiva soggettiva allora, nei gruppi di società, la progettazione dell'assetto organizzativo *ex art. 2086 c.c.* appartiene in primis agli amministratori dell'ente dominante, ai quali si aggiunge la partecipazione pro-

---

<sup>153</sup> L. BENEDETTI, *Frammenti di uno statuto organizzativo delle società*, cit., 718.

<sup>154</sup> L. BENEDETTI, *Frammenti di uno statuto organizzativo delle società*, cit., 718; G. SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese*, cit., 1091.

<sup>155</sup> L. BENEDETTI, *Frammenti di uno statuto organizzativo delle società*, cit., 718.

gettuale della governance delle società eterodirette visto che il sistema, per essere efficiente, non può essere calato dall'alto, ma merita una ponderazione dialogante da parte di tutti i soggetti che saranno obbligati ad utilizzarlo ed a verificarne il concreto funzionamento.

Ed invero, la progettazione del modello organizzativo non è fine a sé stessa ma impone la ponderazione e l'attuazione del suo concreto funzionamento, che non può avvenire che attraverso la partecipazione di tutte le società del gruppo al processo di trasmissione e ponderazione delle informazioni.

Non solo.

Il monitoraggio è funzionale e propedeutico alla implementazione di procedure compositive che servano ad eliminare tempestivamente, con valenza curativa, la patologia della disfunzione.

Tanto in maniera che, ove l'elemento patologico colpisca una o più società del gruppo, si possa intervenire sì da evitare che la disfunzione si propaghi contagiosamente al gruppo e si amplifichino le possibilità di recuperare, anche nell'interesse complessivo, l'equilibrio economico finanziario ovvero la continuità della società colpita dal quid patologico sotteso alla disfunzione o ancora dell'intero gruppo.

Analogamente deve accadere nella individuazione della migliore risposta compositiva, che consenta l'eliminazione della disfunzione di gruppo.

Quello che tuttavia rileva è che la nuova concezione dell'approccio alla crisi, nel rapporto sistematico tra gli artt. 2086 e 2497 c.c., tende ad influenzare anche l'organizzazione del gruppo di società con una pervasività sostitutiva dei temi della neutralità.

## **9. - L'invasività nella fase crepuscolare.**

Patentemente influenzato è anche l'aspetto della liquidazione, laddove la perdita della continuità implichi una causa di scioglimento della società<sup>156</sup> su cui gli amministratori sono tenuti ad un continuo monitoraggio.

---

<sup>156</sup> F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, cit. 95; V. CALANDRA BONAURA, *L'amministrazione delle società per azioni, nel sistema tradizionale*, Torino, 2017, 285; P. MONTALENTI, *Doveri degli amministratori, degli organi di controllo e della società società di revisione nella fase di emersione della crisi, Impresa, società di capitali, mercati*

Fattispecie (la perdita di continuità) che può essere rappresentata quale ipotesi di scioglimento riconducibile alla sopravvenuta impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale *ex art. 2484, n. 2, c.c.*<sup>157</sup>.

Del resto, come visto sopra, la perdita della continuità (non rimediata) implica il dirottamento bilancistico verso i temi dell'art. 2490 c.c., sicché non è più possibile la rappresentazione del patrimonio secondo il dato della continuità, dovendosi abbracciare i temi della liquidazione.

Pertanto, rappresenta una contraddizione in termini, affermare che la società "continua" a vivere, laddove bisogna darne una rappresentazione, postulando che la stessa sia in liquidazione.

Ancora, in un sistema votato ad un approccio all'equilibrio, il disequilibrio rappresenta un evento che, in un'ottica "esigente", quale quella dell'at-

---

*finanziari*, Torino, 2017, 285. Si v. G. RACUGNO, *Venir meno della continuità aziendale e adempimenti pubblicitari*, in *Giur. comm.*, 2010, 223; G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, cit., 56; G. STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, cit., 652. La giurisprudenza, anche più recente, si esprime in termini negativi, sancendo: «La perdita della continuità aziendale non integra alcuna delle cause di scioglimento della società previste dall'art. 2484 c.c., neppure quella di cui al n. 2), relativa all'impossibilità di raggiungere l'oggetto sociale: tale ultima disposizione esige una nozione "ontologica", oltreché funzionale ed assoluta, del relativo impedimento. La causa di scioglimento richiede che ci si trovi di fronte ad un quadro tale da frustrare in modo irreversibile la finalità sottostante alla permanenza del vincolo societario» Trib. Bologna, 29 aprile 2019. In una prospettiva che sembra offrire una prima apertura, si assume "Il venir meno della continuità aziendale non integra una causa legale di scioglimento della società bensì piuttosto (a seconda che sia o meno reversibile) una situazione di insolvenza o quantomeno di crisi, costituendo quindi uno dei più rilevanti e ricorrenti presupposti per dare avvio a quelle che il nuovo codice della crisi definisce ora procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza. Tuttavia, la conseguenza del suo (doveroso) rilievo da parte degli amministratori, e del controllo su tale precondizione da parte dei sindaci, è che – come indirettamente prescrive l'art. 2423-bis, comma 1, n. 1) c.c. – ove la prospettiva della continuazione dell'attività sia venuta meno, i principi di redazione del bilancio non sono più quelli dettati dall'art. 2426 c.c. bensì quelli imposti dalla prospettiva liquidatoria in cui la società, anche prima della formale constatazione di una causa di scioglimento, deve necessariamente porsi: primo fra tutti la valutazione dei cespiti dell'attivo patrimoniale a valori di presumibile realizzo e con espunzione dal bilancio di ogni posta – quale i costi di impianto avviamento e sviluppo capitalizzati come immobilizzazioni finanziarie ovvero di converso gli ammortamenti periodici iscritti fra i costi del conto economico – incompatibile con l'imminente liquidazione» (Trib. Milano, 22 febbraio 2019).

<sup>157</sup> Per una analisi della lettura estensiva dell'art. 2484 c.c., si v. G. STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, cit., 623; M. SPIOTTA, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, cit., 29 ss. Parla di scioglimento latente M. FABIANI, *Fondamento e azione per la responsabilità degli amministratori di spa verso i creditori sociali nella crisi di impresa*, in *Riv. soc.*, 2015, 272. Sul tema V. CALANDRA BONAURA, *L'amministrazione delle società per azioni, nel sistema tradizionale*, cit., 285; P. MONTALENTI, *Doveri degli amministratori, degli organi di controllo e della società società di revisione nella fase di emersione della crisi*, cit., 285. Si v. G. RACUGNO, *Venir meno della continuità aziendale e adempimenti pubblicitari*, cit., 223; G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, cit., 56.

tuale sistema, impone di porre al di fuori dei temi della continuazione dell'attività, i soggetti che non sono in grado di vivere in equilibrio, e che, non essendo in grado di eliminare la perdita di continuità, secondo percorsi compositivi, devono essere catalogati nell'ottica e nel *purgatorio liquidatorio*, sì da tutelare anche gli interessi dei terzi, ad evitare l'aggravamento dei disequilibri.

In verità, il dibattito non si è ancora sopito e rimangono resistenze in merito all'applicazione della regola <sup>158</sup>.

Come cennato, tuttavia, nel nuovo contesto disciplinare ove il disequilibrio è questione "vitale", non può ammettersi che una società possa continuare a vivere ove abbia perso la capacità di continuare, divenendo elemento di pericolo per i creditori. Ne viene che, ove la continuità non

---

<sup>158</sup> M. SPIOTTA, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, cit., 71 ss.; F. BRIZZI, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori*, cit., 1087; G. RACUGNO, *Venir meno della continuità aziendale e adempimenti pubblicitari*, cit., 223, per il quale la norma può applicarsi estensivamente ogni qual volta all'astratta realizzabilità dell'oggetto sociale si accompagna, di fatto, la sua inattuabilità a causa delle condizioni finanziarie in cui versa la società, in mancanza di una modifica statutaria in grado di fornire nuovi mezzi volti a ripristinare la prospettiva della continuità aziendale; G. STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, cit., 627. In giurisprudenza App. Torino, 26 maggio 2016, che rileva come debba guardarsi alla specifica situazione in cui versa la società per verificare se sia prevedibile la continuazione della stessa, concetto equiparabile a quello aziendalistico – contabile della perdita di continuità aziendale; Trib. Milano, 9 novembre 2015, in *giurisprudenzadelleimprese.it*. Si v. C. MONTAGNANI, *Disciplina della riduzione del capitale*, cit., 673; Sul Tema P. GHIONI CRIVELLI VISCONTI, *Scioglimento e liquidazione di società di capitali*, cit., 31, secondo il quale appare piuttosto condivisibile il rilievo prospettato in virtù del quale la legge considera come causa di scioglimento l'impossibilità di realizzare l'oggetto sociale, ma non quella di conseguirlo utilmente, per cui il sopraggiungere di una gestione antieconomica può e deve portare, di contro, a valutare se deliberare o meno la dissoluzione anticipata. Stando all'autore, oltre al tenore letterale, milita nella direzione negativa l'eventualità esplicitamente riconosciuta all'assemblea, all'uopo convocata senza indugio, di deliberare le opportune modifiche statutarie, con ciò confermando che si tratta soltanto dell'attività in cui consiste l'oggetto sociale esercitato dalla società e null'altro. Occorre, inoltre, evidenziare che talune delle ipotesi di interruzione della continuità aziendale possono certamente coincidere con la riduzione a zero del capitale sociale (o con quella superiore al terzo tale da farlo scendere al di sotto del minimo legale), ferma restando la differenza tra le due fattispecie. Il che significherebbe negare a ciascuna delle cause dissolutive la propria autonomia, poiché il sopraggiungere della prospettiva di *dying concern* potrebbe, in certi casi, coincidere con la perdita del capitale che ha portato allo scioglimento *ex art. 2484*, comma 1, n. 4, c.c. E questo genere di sovrapposizione sarebbe estranea alla selezione delle fattispecie effettuata dal legislatore. L'autore aggiunge che, la tesi che riconduce la perdita della continuità aziendale all'impossibilità sopravvenuta di conseguire l'oggetto sociale, mira ad anticipare l'obbligo di gestione conservativa di cui all'art. 2486 c.c., ma sovente si è ritenuto che tale dovere può ricavarsi dalla generale regola di corretta gestione imprenditoriale, per cui verrebbe così meno la stessa preoccupazione di fondo che anima la tesi estensiva.

possa essere ripristinata, è necessaria una tempestiva presa d'atto dello scioglimento corroborata, se possibile, da una procedura compositiva. Ciò proprio nel rispetto di quell'esigenza di salvaguardia della posizione dei creditori – insita nelle disposizioni di cui agli artt. 2485 e 2486 c.c. – che inibiscono la continuazione dell'attività, della società in liquidazione, proprio per la sue capacità lesiva dei diritti dei creditori. Capacità lesiva che vive vieppiù, in ipotesi di perdita di continuità ove è acclarato che la società non può continuare la propria attività.

Il dato della liquidazione impone altresì di interrogarsi in merito all'applicazione della regola di cui all'art. 2086 c.c. anche in seno alla liquidazione. Deve, in altri termini, verificarsi se la liquidazione imponga comunque l'adozione dell'assetto organizzativo richiesto della norma *de qua* e se la sua determinazione spetti ai liquidatori.

La risposta ai quesiti si ritiene debba essere positiva.

Sotto il primo aspetto, specie ove la liquidazione della società non sia stata generata dalla crisi ovvero non si accompagni alla crisi, è necessario che i liquidatori valutino se l'assetto tarato dagli amministratori, durante la vita dell'impresa, sia consono e quindi utilizzabile, anche nella fase della liquidazione e, nel caso così non fosse, realizzare o modificare l'assetto o costruirne uno nuovo, con la "collaborazione", ognuno secondo le proprie prerogative, degli organi di controllo *ex art.* 2488 c.c.

Sotto il secondo aspetto, il dato dell'art. 2487 c.c. potrebbe, ad una prima lettura, far ritenere l'esistenza di una intromissione dei soci nella gestione, laddove gli stessi, in assemblea, possano specificare puntualmente le operazioni che i liquidatori devono compiere <sup>159</sup>.

In realtà, deve ritenersi che i liquidatori abbiano il compito esclusivo della gestione degli assetti sì da valorizzare piuttosto il tema dell'art. 2489 c.c. che costruisce le prerogative dei liquidatori in analogia agli amministratori. Anche nella fase di liquidazione esiste il profilo conflittuale insito nella tendenza fagocitante dei soci. Dacché, anche in questo caso, emerge la medesima esigenza di depotenziare il detto conflitto di interessi e quindi è necessaria, del pari, l'attribuzione, ai liquidatori, delle medesime prerogative degli amministratori sì da attribuire agli stessi, i compiti di proget-

---

<sup>159</sup> P. GHIIONI CRIVELLI VISCONTI, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, cit., 211.

tazione degli assetti adeguati, il loro concreto funzionamento e la scelta delle misure compositive.

## 10. - Conclusioni.

Concludendo, pare potersi affermare come sia disponibile un complesso trasversale di regole – che pervade l'organismo societario dalla sua genesi alla fase crepuscolare – teso a dimostrare il superamento del principio di neutralità organizzativa.

L'assetto normativo complessivo esprime l'urgenza del superamento, teso a pervenire al risultato che, ove non sussista una specifica previsione del diritto societario della crisi, la lacuna vada colmata (non tornando ad applicare il diritto societario) ma facendo riferimento alle disposizioni e/o ai principi comunque ricavabili dal diritto della crisi e, su tutti, l'obiettivo della massimizzazione degli interessi dei creditori.

In questa ottica, il diritto societario della crisi di impresa, in nome della massimizzazione degli interessi dei creditori, fagocita il tema organizzativo della società, asservito e teso a siffatto risultato di equilibrio.

Sicché, ponendosi nella prospettiva della “contaminazione dei sistemi”, sono compatibili e accettabili, in condizioni di crisi, solo le decisioni inerenti il funzionamento della società che non confliggano con il funzionamento e le competenze degli organi della procedura o con la condizione di crisi e le sue misure di composizione, nonché con le sue finalità, orientate alla salvaguardia e alla realizzazione dei diritti dei creditori <sup>160</sup>.

Del pari, i soci sono tenuti a patire le scelte compositive strutturate dagli amministratori, avvalendosi di sistemi di reazione endoconcorsuali.

Dacché, la bussola ermeneutica dell'interprete deve essere tesa a valutare le regole – siano esse del codice civile, del c.c.i.i., della legge fallimentare ovvero quelle del d.l. n. 118 del 2021 – in una ottica di massimizzazione degli interessi dei creditori <sup>161</sup>.

---

<sup>160</sup> Sul modello teso a colmare le lacune U. TOMBARI, *Principi e problemi di diritto societario della crisi*, cit., 14. Si veda F. GUERRERA, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale*, cit., 82. E, più in generale, F. GUERRERA–M. MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di “riorganizzazione”*, cit., 30.

<sup>161</sup> G. FERRI jr, *Soci e creditori nella struttura finanziaria della società in crisi*, cit., 105.

In questi termini, allora, ogni qualvolta il principio di invasività non sia percepibile dalla analisi della regola, varrà l'adattamento delle regole "societarie" alle norme concorsuali, ossia quelle regole volte a sostenere la massima soddisfazione dei creditori, e quindi di coloro che sono, in relazione alla dispersione valoriale generata dal disequilibrio, i soggetti che meritano una tutela prioritaria.

Tanto come, del resto, statuito dal legislatore, in seno all'art. 4 c.c.i.i. ove si impone, all'imprenditore – nell'ambito delle procedure di regolazione della crisi e insolvenza e, prima ancora, con riferimento alle trattative – di "gestire il patrimonio o l'impresa nell'interesse prioritario dei creditori". La collocazione della regola, nell'ambito dei principi generali del c.c.i.i., pone vieppiù, al centro del sistema concorsuale, la massima soddisfazione dei creditori – già evincibile dal sistema concorsuale attuale – e la sua incidenza sulla struttura societaria, votata ad una gestione tesa a siffatto obiettivo dalla valenza prioritaria.

Le considerazioni espresse portano alla affermazione di un vero e proprio statuto della società in crisi, capace di percorrerne il prisma organizzativo dalla fase genetica a quella crepuscolare, ponendo l'organizzazione in una nuova prospettiva ove la priorità è costituita dalla massimizzazione degli interessi dei creditori, ossia un risultato che si avvicini, quanto più possibile, all'obiettivo minimo di dare corso ad un esatto adempimento, come prescritto dal vincolo imposto dalla nascita del rapporto obbligatorio, talché la "massimizzazione" è comunque una "contraddizione in termini" visto che implica una forma di inadempimento e quindi – in una diversa prospettiva – realizza la tensione alla minimizzazione dello svantaggio.

In questo contesto, allora, pare sia da superare il momento delle divisioni, ripartizioni e dei confini.

Il tutto a vantaggio della contaminazione e della "nostalgia dell'unità" che porta ad una presa d'atto dell'invasività della disfunzione sulla struttura societaria <sup>162</sup>.

---

<sup>162</sup> Vale il riferimento in M. CACCIARI-N. IRTI, *Elogio del diritto*, Milano, 2019, 129, secondo i quali da questa universale dispersione di leggi nasce la nostalgia dell'unità perduta, l'ansia di ricondurle a un principio abbracciante ogni tipo di norma, entro la razionalità di un Kosmos. Remota la cosmologia greca, tramontata la legittimità dinastica, le norme, lasciate nella loro solitudine, provano a raccogliersi in sé stesse, a trovare dentro di sé le ragioni di unità. La

Del resto, la cura delle disfunzioni intanto è efficace, in quanto abbia la possibilità di incidere sull'organismo societario sì da inoculare efficacemente, e senza barriere ostacolanti, la cura.

Si può allora dire che le società, colpite da una disfunzione, vengono irradiate da una costellazione normativa differente, rispetto alla costellazione normativa che disciplina le società in equilibrio.

Una costellazione normativa che forgia il modello societario in maniera da consentirgli affrontare e risolvere il disequilibrio, in guisa da lenire il meno possibile la posizione dei creditori.

L'ordinamento struttura una matrice normativa ove la "crisi" fa arretrare gli archetipi dei modelli.

Primo tra tutti la "sovranità dei soci" che abdica a favore della "sovranità dei creditori" pervadendo l'intera struttura societaria, dalla fase genetica a quella crepuscolare.

---

quale neppure è offerta dalla sovranità statale, piuttosto avvertita come fonte di quella dispersione, come un frantumarsi che genera frammenti di legge. Al nome di Hans Kelsen (e del più geniale degli allievi, Adolf Merkl) si lega l'audace disegno di comporre le norme in unità: unità costruita con norme su norme, chiusa e serrata in sé stessa. Tutti i dualismi sono superati (fra diritto e natura, legittimità legalità, diritto privato e diritto pubblico, diritto e Stato), poiché tutto è ridotto a norme, che, ordinandosi in struttura gerarchica (Stufenbau), giungono ad unità. La domanda socratica, che aprì il dialogo del Minosse, "Che cosa è per noi la legge?" trova risposta nella legge stessa, poiché il fondamento di validità di una norma è, sempre e soltanto, un'altra norma.