



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



LA GESTIONE DELL'IMPRESA E LA GOVERNANCE DEI TIPI SOCIETARI ALLA LUCE DEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

Il presente contributo, mediante l'analisi delle modifiche al codice civile recate dal nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, si propone di indagare le novità normative in materia di gestione dell'impresa e di funzioni degli organi sociali, evidenziandone le maggiori criticità sotto il profilo della governance dei tipi societari, non senza passare in disamina le letture proposte dalla dottrina e la soluzione adottata - da ultimo - dal legislatore.

di **Antonio Aprile**
IUS/04 - DIRITTO COMMERCIALE
Estratto dal n. 4/2021 - ISSN 2532-9871

Direttore responsabile
Raffaele Giaquinto

Publicato, Lunedì 12 Aprile 2021



Abstract ENG

Through the analysis of the amendments to the civil code made by the new Code of the business crisis and insolvency, this work aims to study in deep the regulatory changes regarding the company management and the functions of the corporate members, highlighting the main criticalities from the point of view of the different types of companies governance, not without examining the thesis proposed by the doctrine and the solution adopted - most recently - by the legislator.

Sommario: 1. Premessa; 2. Il nuovo secondo comma dell'art. 2086 c.c.: i destinatari della disciplina; 3. L'attribuzione esclusiva delle competenze gestorie agli amministratori; 3.1. Le interpretazioni "eversive" delle precedenti regole di governance; 3.2. Le tesi "riduzioniste"; 4. Conclusioni.

1. Premessa

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

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

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

La corretta impostazione di una rescue culture dell'impresa necessita, dunque, di

attribuire una più vigorosa significatività alla fase anteriore all'insorgenza di cause di crisi. Ne consegue che “è quello dell'organizzazione d'impresa, quindi del diritto dell'organizzazione, il miglior terreno di coltura di una via salutistica e preventiva^[2]”.

Sulla scorta di tali considerazioni, il nostro legislatore delegato, con le modifiche al codice civile apportate dal d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, ha introdotto l'obbligo per l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, di dotarsi ab origine di sistemi di presidio del rischio di crisi.

Più in dettaglio, l'art. 375 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ha completamente innovato sull'art. 2086 c.c., modificandone la rubrica da “Direzione e gerarchia nell'impresa” a “Gestione dell'impresa” e aggiungendo un secondo comma a quello originario, ora divenuto primo, che, immutato, così recita: “imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori”.

La disposizione di recente formulazione, invece, ha cura di disporre che “l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale”.

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

La disposizione normativa di nuovo conio, pur essendo inserita tra quelle che disciplinano la figura dell'imprenditore in generale, si rende applicabile, per espressa previsione, esclusivamente a coloro che gestiscono imprese “in forma societaria e collettiva”. Il legislatore delegato, dunque, non ha voluto che la disposizione si applicasse anche all'imprenditore individuale, prescindendo del tutto dalle grandi, medie, piccole o piccolissime dimensioni dell'attività economica che egli svolga.

Pur adottando l'angolo visuale di chi ha accolto favorevolmente la restrizione dell'ambito soggettivo di applicazione del dovere di cui al secondo comma dell'art. 2086 c.c., fondando le proprie argomentazioni sull'assunto che quella prescrizione sarebbe risultata troppo gravosa (in termini di costi e di impegno di risorse) per l'imprenditore individuale^[3], la scelta del legislatore è ampiamente suscettibile di opinabilità.

Infatti “il riferimento alla “natura e alle dimensioni dell'impresa” avrebbe comunque

circoscritto l'obbligo a forme elementari di organizzazione che, a ben vedere, sono necessarie in qualunque impresa, quanto meno nell'impresa individuale commerciale o agricola non piccola⁴¹". Le preoccupazioni che molti avanzavano, e a cui si è appena fatto cenno, avrebbero dovuto trovare soluzione nella stessa "clausola generale" della disposizione. In altri termini, grazie al carattere relativo del principio di adeguatezza, "la differenza di dimensioni e di complessità delle operazioni economiche permette di affermare che gli imprenditori possano adottare standard differenti e diverse modalità concrete per obbedire all'imperativo posto dalla legge secondo le circostanze di fatto⁵¹".

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

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

Altri, ancora, esprimendo grande entusiasmo per il nuovo dettato dell'art. 2086, giustificano la scelta del legislatore delegato ancorandola ad una ragione squisitamente tecnico-giuridica. Infatti, affermano che i doveri introdotti dal secondo comma "costituiscono un debito dell'imprenditore verso l'impresa" e danno luogo ad una responsabilità che "si estroflette nei confronti di tutti i soggetti interessati a vario titolo alla conservazione dell'impresa⁶¹".

Se quei doveri sono l'oggetto di uno specifico rapporto contrattuale, allora l'esclusione dell'imprenditore individuale deriverebbe dall'impossibilità per quest'ultimo di essere contemporaneamente creditore e debitore della prestazione. Diversamente, nelle imprese organizzate in forma societaria o collettiva la ricostruzione interpretativa qui esaminata risulterebbe perfettamente adattabile: in queste ultime, il rapporto tra chi gestisce l'impresa e il soggetto che ne è titolare assume le vesti di un rapporto contrattuale. Non si determinerebbe, così, la problematica coesistenza in capo ad un medesimo soggetto delle figure di creditore e debitore.

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

Andando oltre i non sopiti dibattiti appena richiamati, anche il riferimento agli imprenditori che operano “in forma societaria o collettiva” – pacifici destinatari della disciplina dell’art. 2086, comma 2, c.c. – merita qualche considerazione.

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

Una risposta al quesito va probabilmente rintracciata nell’uso del successivo aggettivo “collettiva” che lascia intendere il riferimento ad ogni e sola impresa che sia “metaindividuale, o più esattamente non semplicemente individuale^[7]”.

Inoltre, va precisato che la “collettività” comprende nel suo genere anche qualsiasi attività organizzata, definibile come impresa, che non si personifichi necessariamente nella forma della società. La disposizione quindi si applica, al di là delle società in senso stretto^[8], anche agli enti del terzo settore^[9] e ad ogni altra realtà imprenditoriale imputabile ad una collettività di persone.

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

Il legislatore delegato parla di “misure” per l’imprenditore individuale e di “assetto” per l’imprenditore che operi in forma societaria o collettiva. Non può negarsi che si tratti di una “opzione legislativa curiosa^[10]”, anche perché non appare molto chiara la differenza tra misure idonee e assetto organizzativo, e la limitazione potrebbe apparentemente spiegarsi solo relazionandola alla semplicità propria di un’impresa fondata sulla persona stessa dell’imprenditore. La limitata estensione organico-strutturale però, come evidenziato, non autorizza l’imprenditore individuale ad agire con mezzi inadeguati: la scelta del legislatore delegato pecca, in ogni caso, di incoerenza.

3. L’attribuzione esclusiva delle competenze gestorie agli amministratori

L'art. 375 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ha introdotto, mediante le modifiche recate all'art. 2086 c.c., una clausola generale di corretta gestione dell'impresa di carattere trasversale ai vari codici organizzativi dell'attività imprenditoriale.

Contestualmente, l'art. 377 del Codice, sotto la rubrica "Assetti organizzativi societari", ha modificato gli artt. 2257, 2380-bis (e 2409-novies in caso di sistema dualistico) e 2475 c.c. (riguardanti rispettivamente la società di persone, la società per azioni e la società a responsabilità limitata), introducendo reiteratamente nel loro disposto, "quale prima e inderogabile declinazione – in tutti i tipi societari – dell'adeguatezza degli assetti organizzativi^[11]", che "la gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale".

Potrebbe ritenersi, subendo l'influenza di quanto argomentato da autorevole dottrina^[12], che l'estensione del principio dell'esclusività del potere di gestione degli amministratori – già previsto per le società per azioni con sistema di amministrazione tradizionale e monistico e per le società in accomandita per azioni – a tutti i modelli organizzativi societari, risponda alla necessità di rendere più agevole l'individuazione dei soggetti, titolari di una posizione di garanzia, cui imputare l'eventuale violazione dei doveri di adeguata organizzazione, di monitoraggio e di salvataggio, imposti anche dal secondo comma dell'art. 2086 c.c.

"Se così è, non si può far a meno di osservare che tale obiettivo è stato perseguito anche a costo di negare la realtà (per le imprese in cui i soci contano più degli amministratori), la tradizione legislativa (per le società di persone) e gli intenti proclamati dagli autori della riforma di quindici anni fa (per le società a responsabilità limitata)^[13]".

Da un lato, per la disciplina della società per azioni, l'attribuzione agli amministratori di un potere esclusivo di gestione dell'impresa non costituisce una novità. Questa regola, che non era andata esente da critiche^[14], era infatti già stata coniata dalla riforma societaria del 2003 e ad essa faceva (e tuttora fa) da contraltare l'espressa previsione, contenuta nell'art. 2364 comma 1, della possibilità, per lo statuto, di prevedere, al di là degli oggetti attribuiti preventivamente dalla legge alla competenza dell'assemblea, ulteriori competenze autorizzatorie di quest'ultima, ferma restando in ogni caso la responsabilità degli amministratori.

Dall'altro lato, è invece "del tutto sorprendente l'estensione di questa regola alle società di persone e alla società a responsabilità limitata con riguardo alle quali non si dubitava della possibilità per i soci di intervenire nelle decisioni relative alla gestione dell'impresa^[15]".

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

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

Insomma, "l'affermazione del carattere esclusivo del potere di gestione attribuito agli amministratori si inserisce come un copro estraneo nella disciplina di questi tipi sociali sollevando problemi di coerenza normativa di cui gli estensori della norma non hanno saputo cogliere le conseguenze, così come hanno completamente ignorato il dibattito, che ha preceduto e influenzato la riforma del 2003, sulla necessità di dotare la s.r.l. di una disciplina e di una struttura organizzativa maggiormente incentrate sulla figura del socio che ne accentuasse l'autonomia dalla società per azioni¹⁶".

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

Il legislatore del 2003, dunque, perseguendo dichiaratamente l'intento di differenziare marcatamente le peculiarità strutturali della società a responsabilità limitata da quelle della società per azioni, aveva previsto discipline diverse quanto alla gestione dell'impresa.

Il sistema che ne derivò presentava, in definitiva, una globale coerenza, in quanto ad un modello board-centred, nella s.p.a., fondato sulla totale concentrazione di ogni potere e di ogni responsabilità in capo all'organo amministrativo, si contrapponeva un modello

equityholder-centred, nella s.r.l., caratterizzato da una condivisione di potere tra amministratori e soci e dal conseguente coinvolgimento di questi ultimi – laddove se ne presentassero le condizioni – nella sopportazione di eventuali responsabilità risarcitorie.

Tuttavia, in verità, già da qualche tempo si era registrata in giurisprudenza una timida tendenza a privilegiare una lettura sorprendentemente transtipica di molti istituti societari, favorendo così un lento riavvicinamento dei regimi disciplinari delle diverse società. Si pensi, in via esemplificativa, all'applicazione anche alle società per azioni della disciplina dettata dall'art. 2467 c.c. in materia di finanziamento dei soci di società a responsabilità limitata^[17]; ovvero alla ritenuta esperibilità anche nei confronti degli amministratori di società a responsabilità limitata dell'azione dei creditori sociali^[18], che (dopo la riforma del 2003) risultava espressamente prevista solo nella disciplina del modello azionario.

Alle pronunce giurisprudenziali si sono accompagnate, nella medesima direzione di armonizzazione, anche le novelle legislative in tema di s.r.l. – PMI (sostanzialmente relative alla struttura finanziaria della s.r.l. – PMI), lasciando “intravedere un possibile impatto indiretto sulla struttura organizzativa del modello non azionario, con interrogativi circa la (inadeguatezza dell'architettura della s.r.l., per come codificata nel 2003, e così la) possibile estensione del regime della s.p.a., con addirittura una possibile differenziazione del regime della s.r.l. a seconda del grado di perdurante chiusura, ovvero effettiva apertura, della compagine sociale [...]”^[19].

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

La previsione della spettanza esclusiva – indifferentemente in tutte le società – della gestione dell'impresa in capo ai soli amministratori si innesta, dunque, in un processo di ibridazione e detipizzazione dei tipi societari, il quale favorisce la prevalenza, sul diritto delle società, del diritto dell'impresa, “che sul piano della gestione e delle relative responsabilità in un certo senso supera e trascende il diritto societario”^[20].

L'estensione dell'esclusività delle competenze gestorie degli amministratori desta, però, maggiori perplessità perché, in questo caso, “non si tratta di colmare eventuali lacune della disciplina prevista per un tipo di società facendo riferimento a norme poste per altro tipo più o meno affine, o di ampliare la portata di una determinata norma quando appaia irragionevole circoscriverla unicamente ad un solo tipo di società”^[21].

L'innovativa previsione, almeno ad una prima lettura, corre il rischio di compromettere uno degli aspetti più caratterizzanti delle s.r.l. e delle società di persone, che costituiva anche l'elemento di discriminazione rispetto al modello della società azionaria: l'attribuzione ai soci di un ruolo primario nella gestione e nella conduzione della società.

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

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

3.1. Le interpretazioni “eversive” delle precedenti regole di governance

Tra le letture che esaltano la portata innovativa delle nuove regole di governance si colloca, in primo luogo, la tesi che, inquadrando il loro ambito di applicazione nel “diritto societario della crisi^[22]”, ne sostiene l'applicabilità soltanto durante lo stato di crisi e di insolvenza, con conseguente sovversione, in quella fase, della tradizionale distribuzione normativa dei poteri gestori tra gli amministratori e i soci di società di persone e a responsabilità limitata.

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

“Così interpretate, le nuove norme svolgerebbero la funzione di avocare in capo all'organo amministrativo la gestione esclusiva della crisi d'impresa societaria, superando gli inconvenienti derivanti dall'eventuale ostruzionismo frapposto dai soci nei confronti dell'adozione e dell'attuazione delle soluzioni finalizzate al superamento della crisi e al risanamento dell'impresa^[23]”.

In effetti, il progressivo avvicinarsi dello stato “patologico” dell'impresa implica il

verificarsi di ciò che una parte della dottrina e della giurisprudenza statunitense ha definito *shifting duty*: ossia, il mutamento di direzione dei doveri fiduciari degli amministratori e degli obiettivi di gestione verso la tutela prioritaria degli interessi dei creditori^[24]. “Se nella fase prodromica al concludersi della crisi gli amministratori sono tenuti ad effettuare un prudente arbitraggio tra l’interesse dei soci e quello dei creditori, con l’aggravarsi del dissesto interviene un mutamento nella graduazione degli interessi che investe l’organo amministrativo del dovere di orientare la gestione in modo da privilegiare la tutela dei creditori^[25]”.

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

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

La prima è che uno degli obiettivi perseguiti dal legislatore delegato è quello di colmare la “lacuna atavica^[26]”, lasciata dalle precedenti stagioni riformatrici della legge fallimentare, riguardo alla regolamentazione della crisi dell’impresa societaria.

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

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

Innanzitutto, quelle recate dagli artt. 375 e 377 del Codice sono disposizioni “che non presuppongono l’operatività della nuova disciplina della crisi d’impresa e, quindi, la loro entrata in vigore risulta anticipata rispetto a quella del complesso delle norme sulle nuove procedure concorsuali^[27]”. L’esclusività della competenza gestoria degli amministratori anche nella società di persone e a responsabilità limitata prescinde, dunque, dall’appropinquarsi o dall’emersione dello stato di crisi o di insolvenza.

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

Ancora, è stato fatto notare che un legislatore “dotato di un notevole profilo tecnico²⁸¹”, quale deve considerarsi quello che ha varato il codice di nuovo conio, se avesse voluto circoscrivere l'ambito di applicazione delle regole di governance al solo caso in cui la società versi in uno stato patologico, lo avrebbe espressamente stabilito.

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

La dottrina in esame invoca una eventuale e risolutiva pronuncia della Corte Costituzionale argomentando dal dato che, pur essendo vero che l'art. 14, lettera b) della L. delega 19 ottobre 2017, n. 155, richiedeva al legislatore delegato di prevedere il dovere dell'imprenditore di istituire assetti organizzativi adeguati, “è altrettanto vero che né in quell'articolo né in altra parte di quella medesima legge si prescrive di introdurre nel codice civile modifiche, e per di più così rilevanti, quanto al riparto delle competenze gestorie tra amministratori e soci delle società a responsabilità limitata e delle società di persone²⁹¹”.

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

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

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

È appena il caso di dedicare solo un breve cenno ad alcuni rilievi che pure potrebbero essere sollevati contro questa ricostruzione e che riguardano il già menzionato vulnus derivante, per un verso, da un'ipotetica illegittimità costituzionale delle nuove previsioni viziate da un eccesso di delega, e per l'altro verso, dalla difficilmente condivisibile teoria che un legislatore così qualificato come il nostro abbia optato per “la tecnica ambigua dell'abrogazione tacita³⁰¹”, al fine di incidere in maniera così radicale sulle caratteristiche tipologiche delle società in questione, consacrate da una consolidata tradizione legislativa.

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

Anzitutto, l'abrogazione tacita dell'art. 2257, comma 3, c.c. “lascerebbe nel totale vuoto normativo il problema che si porrebbe – nell'ipotesi di amministrazione disgiuntiva ex art. 2475, comma 3, c.c. – in caso di opposizione da parte di un (socio) amministratore³¹¹”. La risoluzione del conflitto, infatti, non potrebbe più essere devoluta alla maggioranza dei soci, spogliati ormai in quest'ottica di qualsiasi potere decisionale.

Inoltre, qualora alcuni soci delle società a responsabilità limitata fossero dotati di particolari diritti³²¹, attinenti all'amministrazione della società, che siano inconciliabili con l'esclusiva competenza gestoria degli amministratori, essi verrebbero privati dei suddetti diritti senza godere di alcun indennizzo economico. Per di più, si verificherebbe una ingiustificata disparità di trattamento con i soci i cui particolari diritti riguardassero non l'amministrazione della società, bensì la distribuzione degli utili, non essendo state le relative norme coinvolte nella riforma del 2019.

Di particolare interesse è una variante della tesi in esame che, a detta dei sostenitori, consente di cogliere “la vera portata innovativa del nuovo comma 1 dell'art. 2475” e, di conseguenza, consente “non già di leggere il nuovo articolo alla luce della vecchia disciplina³³¹, bensì, al contrario, di ripensare le norme vigenti alla luce del primo³⁴¹”.

La tesi in questione prende le mosse dalla considerazione preliminare per cui la totale coincidenza, anche lessicale, del principio stabilito per le s.r.l. dal comma 1 dell'art. 2475 c.c. con quello dettato per le s.p.a. dall'art. 2380-bis c.c., non può che rendere manifesto l'intento del legislatore delegato di favorire un forte avvicinamento dei modelli. Avvicinamento avallato, tra l'altro, anche dal fatto che, inserendosi le novellate

disposizioni della disciplina delle società personali e a responsabilità limitata nell'ambito della crisi, o meglio della prevenzione di essa, è quanto mai opportuno che sia l'organo amministrativo, piuttosto che la disorganica compagine dei soci, a rivestire il ruolo di garante ed interlocutore unico.

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

Se nella disciplina della s.p.a., pur essendo pacificamente riconosciuta sin dalla riforma del 2003 l'esclusività della gestione degli amministratori ex art. 2380-bis, sono previste in diverse disposizioni^[35] deroghe legali di decisioni gestorie in capo ai soci, allora anche nella s.r.l., fermo restando l'esclusività gestoria degli amministratori, non dovrebbero essere riscontrate difficoltà nell'attribuire ai soci competenze legalmente previste.

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

Scegliendo tra i possibili esempi^[36], residuerebbe la competenza decisionale dei soci di s.r.l., nell'ipotesi di amministrazione disgiuntiva, in caso di opposizione derivante dall'esercizio del diritto di veto di un amministratore (art. 2257, comma 3, c.c.). A tal proposito non è da sottovalutare che una soluzione interpretativa siffatta consentirebbe di colmare il vuoto normativo lasciato, proprio in ordine all'ipotesi disciplinata dall'art. 2257, comma 3, c.c., dalla tesi dell'abrogazione (tacita) totale, così come è stato già rilevato ante.

Infine, non potendo più sussistere, nella disciplina della s.r.l., un potere decisionale generalizzato del socio sulla gestione, salvi i casi di competenze legalmente previste, le competenze di cui all'art. 2479, comma 1, c.c. assumerebbero il significato e la natura di semplici autorizzazioni, prive di qualsiasi vincolatività esercitabile sulle scelte a cui viene deputato, ora anche nella s.r.l., l'organo amministrativo.

3.2. Le tesi “riduzioniste”

Le tesi “riduzioniste” sono così definite perché, attraverso un ridimensionamento

teleologico dell'impatto dei nuovi precetti normativi, ne riconducono la portata entro l'alveo della legge delega, mettendo in atto un'operazione di raccordo con l'assetto normativo preesistente. Ciò non esclude tuttavia che, pur senza presentare profili eversivi della disciplina previgente, esse abbiano comunque, anche se con differenti intensità ed esiti, l'intento di "valorizzare la capacità innovativa delle nuove disposizioni, calibrandone la portata nel senso dell'arricchimento, e poi del perfezionamento, del materiale normativo¹³⁷¹".

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

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

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

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

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

Essa sostiene che, con le modifiche al codice civile che qui interessano, il legislatore delegato abbia voluto rendere indispensabile, anche nel modello della s.r.l., una

organizzazione corporativa, seppur attenuata^[38], e quindi necessaria la nomina formale di un organo amministrativo. Ciò anche nell'ipotesi in cui l'atto costitutivo disponga l'amministrazione in capo a tutti i soci, essendo le qualifiche di amministratore e di socio distinte, anche se rivestite dagli stessi soggetti.

Anche stavolta risulta agevole obiettare alla ricostruzione proposta.

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

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

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

L'ultima (sicuramente non in ordine di importanza) tesi riduzionista, che il Consiglio nazionale del notariato nello studio approvato nel 2019 definisce la più “plausibile e calibrata^[39]”, sia tra le stesse tesi conservatrici che tra le interpretazioni “eversive”, sostiene che il principio di esclusività della gestione degli amministratori sarebbe limitato al profilo organizzativo, mentre il piano dell'operatività potrebbe vedere il coinvolgimento dei soci.

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

normativi della s.r.l.

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

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

Del resto, la stessa rubrica dell'art. 377 del Codice della crisi, "Assetti organizzativi societari", (articolo che, si ricorda, dispone le modifiche alle norme del codice civile che qui interessano) induce l'interprete a sostenere che si tratta di regole che impongono doveri e definiscono responsabilità di natura organizzativa; queste ultime si collocherebbero su un piano distinto rispetto a quello delle regole attinenti alla competenza in materia di atti propriamente gestori o di operazioni di "amministrazione" tradizionalmente intesa. In altri termini, "la predisposizione degli assetti organizzativi costituirebbe un a priori rispetto alla gestione (in senso proprio)^[40]".

La tesi sembra trovare conferma anche nella struttura del primo comma degli artt. 2257 e 2475 c.c.: la prima parte è dedicata alla gestione dell'impresa, da intendersi pacificamente come "gestione organizzativa", la seconda parte è invece dedicata all'amministrazione della società, la quale si indentifica nella più complessa "gestione operativa". Quest'ultima "individua il compimento delle operazioni e degli atti negoziali necessari per l'attuazione dell'oggetto sociale, che ancora oggi può essere diversamente modulato in via pattizia, secondo le peculiarità salienti di ciascun tipo societario, attraverso un climax via via discendente nelle società di persone, nelle società a responsabilità limitata e nelle società azionarie^[41]".

La portata non onnicomprensiva della nozione di "gestione dell'impresa" introdotta nelle nuove formulazioni codicistiche consente anche di comprendere, con maggiore condivisione, la scelta del legislatore di sancirne la regola della attribuzione esclusiva agli

amministratori, indifferentemente, in tutti i tipi societari: restano, infatti, inalterate le peculiarità strutturali di ciascun modello organizzativo per ciò che va oltre quanto contemplato da quella limitata accezione di gestione^[42].

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

Per cominciare, non traendo piena soddisfazione dalla asserzione per cui l'organizzazione della gestione dell'impresa "non può che far riferimento, alla luce del principio generale sancito dal secondo comma dell'art. 2086 c.c., alla creazione, all'aggiornamento ed alla applicazione degli assetti adeguati^[43]", qualcuno ha ritenuto che, per scongiurare ogni ambiguità, "meglio sarebbe stato scrivere, testualmente, che la predisposizione di assetti organizzativi adeguati spetta esclusivamente agli amministratori^[44]".

Questa dottrina, in sintesi, teme che il concetto di "organizzazione della gestione dell'impresa" possa essere ingannevolmente inteso come riferentesi alla pluralità di atti teleologicamente funzionalizzati all'esercizio dell'attività di impresa. In altri termini, esso potrebbe finire per coincidere pericolosamente con quello di "amministrazione".

Altri^[45], invece, aderendo fedelmente al principio di prevenzione della crisi d'impresa e dell'insolvenza, ossia ad uno dei più rilevanti principi informatori dell'ultima stagione riformatrice, affermano che la "gestione organizzativa" affidata esclusivamente alla competenza degli amministratori non riguarda l'organizzazione complessiva dell'impresa, bensì soltanto le misure di carattere organizzativo che sono funzionali ad una tempestiva ed anticipata rilevazione dello stato di crisi.

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

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

Laddove invece si attribuissero gli obblighi, da un lato, di valutazione continuativa e globale dell'adeguatezza degli assetti e, dall'altro, di costante verifica dell'organizzazione dell'impresa a chiunque compia scelte gestorie all'interno della società, “si rischierebbe di compromettere il raggiungimento della finalità perseguita dal legislatore. I singoli assuntori e attuatori delle decisioni gestorie, infatti, nel momento in cui sono chiamati a valutare la specifica scelta gestionale adottata, potrebbero (in quanto non amministratori e, come tali, tendenzialmente ignari del generale andamento delle imprese societarie) non essere in grado di poter verificare la compatibilità di esse con il generale assetto organizzativo dell'impresa societaria, né di valutarla in funzione della rilevazione tempestiva della crisi⁴⁶⁾”.

L'opzione interpretativa che opera una distinzione concettuale tra gli atti di gestione, i quali nelle nuove regole di governance sarebbero riservati esclusivamente agli amministratori, e gli atti di amministrazione, tuttora demandabili convenzionalmente ai soci, pur non andando esente da critiche⁴⁷⁾ – che, tuttavia, non appaiono dirimenti – risulta non solo la più convincente, ma anche la più idonea ad alleviare i timori e le perplessità sorti nella categoria notarile.

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

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

I notai, inoltre, auspicano e non escludono che la prassi statuaria possa elaborare “ulteriori clausole idonee a svolgere un ruolo ordinante della complessa materia ed a disciplinare più accuratamente gli assetti organizzativi dell'impresa⁴⁸⁾”.

4. Conclusioni

Risulta, ormai, evidente che nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza compaiono non solo disposizioni che incidono sul diritto societario, in quanto volte a disciplinare la

crisi o l'insolvenza di soggetti costituiti perlopiù in forma societaria, bensì anche altre norme che apportano modifiche ad articoli del codice civile in materia d'impresa e di società, con una particolare attenzione per quanto attiene all'ambito dei doveri e responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo.

La scelta del legislatore delegato di inserire nel corpus di un codice di nuovo conio articoli unicamente destinati a modificarne altri, contenuti in un codice diverso, potrebbe sembrare piuttosto singolare. Ciò in quanto l'eventuale adozione di un *modus operandi* più lineare avrebbe sicuramente suggerito di affidare ad un separato ed ulteriore decreto legislativo delegato l'arduo compito di operare sulle radicate norme del codice civile, relegando all'interno del d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, unicamente le disposizioni in tema di crisi e insolvenza.

Si consideri, però, che i doveri e le responsabilità degli organi societari assumono un più pregnante rilievo specialmente in caso di declino dell'ente. “Ciò non dipende dal fatto che il dissesto sia necessariamente la conseguenza della violazione di quei doveri, ma in certo senso esso li drammatizza ed è per lo più solo allora che si determinano le condizioni per far valere eventuali responsabilità^[49]”.

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

Con il d. lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, contenente disposizioni integrative e correttive al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, il legislatore è intervenuto proprio su quegli articoli del codice civile riguardanti la governance dei tipi societari e che erano state oggetto delle “discusse” modifiche rilevate.

Ebbene, l'art. 40 del decreto correttivo riconduce gli artt. 2257, 2380-bis, 2409-novies e 2475 alla originaria formulazione ante riforma, aggiungendo l'inciso “l'istituzione degli assetti di cui all'art. 2086 c.c. spetta esclusivamente agli amministratori”. L'intervento correttivo, dunque, mantiene ferme le prerogative dei soci nella gestione della società a responsabilità limitata e nelle società di persone, avallando e definitivamente conferendo lustro alla tesi che propugnava una scissione tra “gestione operativa” e “gestione organizzativa”, affidando solamente quest'ultima alla competenza esclusiva – in ogni tipo societario – degli amministratori.

Note e riferimenti bibliografici

- [1] Relazione illustrativa allo schema di accompagnamento ai decreti delegati, tratto da www.documenti.camera.it
- [2] G. MEO, *La Difficile via normativa al risanamento d'impresa*, Riv. dir. Comm., 2018, 4, 620 ss.
- [3] Essendo, di regola, quest'ultimo confinato nell'area della piccola impresa.
- [4] P. MONTALENTI, *Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, tratto da www.cnpds.it
- [5] M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla "gestione dell'impresa" nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, RdS, 2019, 2, 254.
- [6] F. DI MARZIO, *Obbligazione, insolvenza, impresa*, Milano, 2019, 134.
- [7] M.S. SPOLIDORO, *op. cit.*, 262.
- [8] La locuzione comprende, per antonomasia, le società lucrative, cooperative, consortili e quelle definite di "diritto speciale".
- [9] Sono enti del terzo settore (ETS) gli enti iscritti al Registro unico nazionale del terzo settore e che assumono la qualifica di ODV (Organizzazione di volontariato), APS (Associazione di promozione sociale), enti filantropici, imprese sociali, reti associative, società di mutuo soccorso, associazioni riconosciute e non, fondazioni e altri enti di carattere privato. Sono parzialmente ETS anche gli enti religiosi, mentre sono escluse le società. Gli ETS perseguono senza scopo di lucro finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento in via esclusiva o principale di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita.
- [10] P. MONTALENTI, *op. cit.*
- [11] P. BENAZZO, *Il Codice della crisi d'impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, RdS, 2019, 2, 300.
- [12] Sull'argomento si vedano, tra gli altri, N. ABRIANI – A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e codice civile: prime letture*, Società, 2019, 4; M.S. SPOLIDORO, *op. cit.*
- [13] M.S. SPOLIDORO, *op. cit.*, 269.
- [14] La regola in questione, nell'escludere tassativamente (eccettuate le ipotesi richiamate dall'art. 2364 comma 1) qualsiasi intromissione dei soci che avrebbe potuto vincolare e condizionare la conduzione dell'impresa da parte degli amministratori, era risultata più severa e restrittiva di quella prevista nei principali ordinamenti stranieri, addirittura anche in quello tedesco, il quale, abbracciando la teoria istituzionalistica dell'interesse sociale, afferma radicalmente la prevalenze dell'interesse generale dell'impresa (di cui gli amministratori sono gli unici interpreti) su quello dei soci.
- [15] V. CALANDRA BUONAURA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*. Giur. Comm., 2020, 1, 6 ss.
- [16] V. CALANDRA BUONAURA, *op. cit.*, 7.
- [17] Cass. civ., sez. I, 20 giugno 2018, n. 16291.
- [18] Cass. civ., sez. I, 21 luglio 2010, n. 17121.
- [19] P. BENAZZO, *op. cit.*, 300 (nota 27).
- [20] L. CALVOSA, *Gestione dell'impresa e della società alla luce dei nuovi artt. 2086 e 2475 c.c.*, Società, 2019, 7,

799.

[21] R. RORDORF, Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza, *Contratti*, 2019, 2, 936.

[22] Con questa formula si intende l'insieme di disposizioni normative, sia dettate espressamente dal legislatore che ricavate in via ermeneutica da dottrina e giurisprudenza, che arrecano modifiche, deroghe e adattamenti al diritto societario comune, nel caso in cui l'impresa societaria si trovi in prossimità dello stato di crisi e di insolvenza.

[23] D. CILLO, La gestione delle società di persone e a responsabilità limitata nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, *Riv. not.*, 2019, 6, 1370.

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

[25] V. CALANDRA BUONAURA, *op.cit.*, 10.

[26] D. CILLO, *op.cit.*, 1371.

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

[28] D. CILLO, *op. cit.*, 1372.

[29] R. RORDORF, *op. cit.*, 937.

[30] D. CILLO, *op. cit.*, 1374.

[31] L. CALVOSA, *op. cit.*, 801.

[32] Si pensi al diritto di decidere in ordine ad operazioni gestorie quali l'acquisto o l'alienazione di beni immobili, la concessione di ipoteche su beni immobili di proprietà della società, la cessione o l'affitto dell'azienda o di singoli rami di essa.

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

[34] Le citazioni sono tratte da L. CALVOSA, *op. cit.*, 800.

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

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

[37] P. BENAZZO, *op. cit.*, 305.

[38] L'organizzazione corporativa nella s.r.l. si presenta semplificata rispetto al modello azionario, sotto diversi profili, tra cui quello della ripartizione delle competenze tra gli organi, ove l'autonomia privata può marcatamente intervenire, portando ad una forte despecializzazione delle competenze gestorie attraverso la loro attribuzione ai soci. Più tecnicamente osserva P. SPADA, Classe e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla "nuova" società a responsabilità limitata). *Riv. dir. civ.*, 2003, 5, 489, che lo statuto legale della s.r.l. propone

un'organizzazione corporativa attenuata poiché si ipotizza in essa “una distribuzione dei compiti decisionali e dichiarativi tra uffici specializzati ai quali viene ciclicamente preposto personale nominato dalla compagine sociale nella composizione soggettiva che la stessa presenta al momento del reclutamento ciclico”. Distribuzione che può anche lasciare il passo al totale coinvolgimento dei soci nella gestione, così come prevede l'art. 2479 c.c.

[39] N. ATLANTE – M. MALTONI – A. RUOTOLO, Il nuovo articolo 2475 c.c. Prima lettura, tratto da www.notariato.it

[40] L. CALVOSA, op. cit., 800.

[41] D. CILLO, op. cit., 1382.

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

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

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

[43] O. CAGNASSO, Diritto societario e mercati finanziari, Nuovo dir. soc., 2018, 5, 849 ss.

[44] P. MONTALENTI, op. cit.

[45] Tra questi, V. CALANDRA BUONAURA, op. cit.

[46] N. RICCARDELLI, Il sistema di amministrazione nelle s.r.l. dopo il codice della crisi e dell'insolvenza, Nuovo dir. soc., 2019, 7, 1006 ss.

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

Altri, ancora, non persuasi dalla ipotetica distinzione concettuale tra atti di gestione e atti di amministrazione in senso stretto, hanno sollevato non pochi rilievi che sono stati considerati – e agevolmente confutati – da D. CILLO, op. cit., 1385. L'autore osserva: “si è rilevato, da parte di alcuni, che: non sempre nella prassi è agevole distinguere le questioni organizzative da quelle gestionali; l'art. 2475 è tuttora rubricato “amministrazione della società”, per cui non sembra che il legislatore abbia inteso concepire la gestione dell'impresa societaria come qualcosa di diverso rispetto all'amministrazione della società; le riserve di competenza degli amministratori devono essere espressamente previste dalla legge, essendo tassative e tipiche, giacché derogatorie della facoltà generale di ripartizione delle competenze tra gli amministratori e i soci, non essendo possibile ricavare una regola formale di riserva di competenza in capo agli amministratori argomentando in modo deduttivo dall'uso dell'avverbio

“esclusivamente”; questa interpretazione finirebbe per generale un problema di coordinamento della norma con le disposizioni del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, sulle società a partecipazione pubblica e sui meccanismi di controllo analogo, rispetto ai quali i soci pubblici pretendono l’inserimento negli statuti di precise clausole statuarie di rimessione dei poteri organizzativi e di controllo ai medesimi soci pubblici; tale interpretazione verrebbe a depotenziare notevolmente la previsione di cui all’art. 2409-terdecies, comma 1, lett. f-bis sui poteri del consiglio di sorveglianza in merito alle deliberazioni sulle operazioni strategiche e sui piani industriali e finanziari predisposti dal consiglio di gestione, ferma in ogni caso la responsabilità di quest’ultimo per gli atti compiuti.

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

[48] N. ATLANTE – M. MALTONI – A. RUOTOLO. op. cit.

[49] R. RORDORF, op.cit., 929.

BIBLIOGRAFIA

ABRIANI N.– ROSSI A., Nuova disciplina della crisi d’impresa e codice civile: prime letture, Società, 2019, 4, 200 e ss.

ATLANTE N. – MALTONI M. – RUOTOLO A., Il nuovo articolo 2475 c.c. Prima lettura, tratto da www.notariato.it

AMBROSINI S., Osservazioni e proposte sullo schema di decreto delegato: allerta, procedimento unitario e concordato preventivo, tratto da osservatorio-oci.org

BENAZZO P., Il Codice della crisi d’impresa e l’organizzazione dell’imprenditore ai fini dell’allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?, RdS, 2019, 2, 300 e ss.

BOGGIALI D. – RUOTOLO A., Codice della crisi d’impresa. Gli adeguamenti alla nuova disciplina sulla nomina degli organi di controllo nelle s.r.l. e nelle cooperative e il richiamo all’art. 2409, c.c., tratto da www.notariato.it

CAGNASSO O., Diritto societario e mercati finanziari, Nuovo dir. soc., 2018, 5, 849 e ss.

CALANDRA BUONAURA V., Amministratori e gestione dell’impresa nel Codice della crisi, Giur. Comm., 2020, 1, 6 e ss.

CALVOSA L., Gestione dell’impresa e della società alla luce dei nuovi artt. 2086 e 2475 c.c., Società, 2019, 7, 799 e ss.

CILLO D., La gestione delle società di persone e a responsabilità limitata nel nuovo codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza, Riv. not., 2019, 6, 1370 e ss.

DI MARZIO F., Obbligazione, insolvenza, impresa, Milano, 2019.

MEO G., La Difficile via normativa al risanamento d’impresa, Riv. dir. Comm., 2018, 4, 620 e ss.

MONTALENTI P., Il Codice della Crisi d’impresa e dell’insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma, tratto da www.cnpds.it

RICCARDELLI N., Il sistema di amministrazione nelle s.r.l. dopo il codice della crisi e dell’insolvenza, Nuovo dir. soc., 2019, 7, 1006 ss.

RORDORF R., Prime osservazioni sul codice della crisi e dell’insolvenza, Contratti, 2019, 2, 936 e ss.

SPADA P., Classe e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla “nuova” società a responsabilità limitata). Riv. dir. civ., 2003, 5, 489 e ss.

SPOLIDORO M.S., Note critiche sulla “gestione dell’impresa” nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo

dei soci), RdS, 2019, 2, 254 e ss.

VELLA P., L'allerta nel codice della crisi e dell'insolvenza alla luce della Direttiva (UE) 2019/1023, tratto da ilcaso.it

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:
<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=6813>