

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di ricerca in Scienze giuridiche

Ciclo XXXVI

Curriculum in Diritto Romano, Diritto Privato, Diritto del Lavoro, Diritto Tributario e Diritto Processuale Civile

ORGANIZZAZIONE DELL'IMPRESA E RESPONSABILITÀ DELL'ORGANO AMMINISTRATIVO DI SOCIETÀ PER AZIONI: APPLICABILITÀ DELLA BUSINESS JUDGMENT RULE IN UNA PROSPETTIVA FUNZIONALE

Dottorando: **Federico Foggetta**

Matr. n. 876784

Tutor: **Prof. Giocchino La Rocca**

Coordinatore: **Prof. Antonello Tancredi**

ANNO ACCADEMICO 2022-2023

SOMMARIO

INTRODUZIONE	5
--------------------	---

CAPITOLO I

L'ORGANIZZAZIONE DELL'IMPRESA E, IN GENERALE, LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DI SOCIETÀ PER AZIONI.....	9
--	----------

1. PREMESA METODOLOGICA	9
2. IL SIGNIFICATO DELL'ORGANIZZAZIONE DELL'IMPRESA	9
3. (SEGUE): LA CRESCENTE ATTENZIONE DEL LEGISLATORE PER L'ORGANIZZAZIONE DELL'IMPRESA: DAL TESTO UNICO BANCARIO AL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA.....	13
a) <i>Il Testo Unico Bancario</i>	14
b) <i>Il Testo Unico della Finanza</i>	15
c) <i>Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231</i>	16
d) <i>La riforma del 2003</i>	18
e) <i>Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza</i>	19
4. I SOGGETTI COMPETENTI A CURARE L'ORGANIZZAZIONE DELL'IMPRESA	21
5. LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI, IN BREVE, NELLE SOCIETÀ PER AZIONI.....	23
6. (SEGUE): LA RESPONSABILITÀ LEGATA ALL'ORGANIZZAZIONE DELL'IMPRESA: IL QUESITO DI RICERCA.....	29

CAPITOLO II

LA BUSINESS JUDGMENT RULE: EVOLUZIONE STORICA, RATIO E AMBITO APPLICATIVO	33
--	-----------

1. PREMESA.....	33
2. CONTENUTO DELLA REGOLA.....	34
3. EVOLUZIONE STORICA DELLA <i>BUSINESS JUDGMENT RULE</i>	37
a) <i>La giurisprudenza statunitense: da Percy v. Millaudon ad Aronson</i>	37
b) <i>(segue): le decisioni In re Caremark e In re Citigroup</i>	39
c) <i>La giurisprudenza italiana: la decisione del 1965</i>	44
d) <i>(segue): il famoso precedente del 1982</i>	47
e) <i>La pronuncia n. 3652 del 1997</i>	49
f) <i>Le pronunce successive: dalla Riforma del 2003 a oggi</i>	54
4. <i>RATIO</i> DELLA REGOLA	61
a) <i>Elemento statico: evitare l'eccessiva responsabilizzazione degli amministratori</i>	62
b) <i>Elemento dinamico: evitare l'invasione del giudice nel giudizio di responsabilità e nell'attività d'impresa</i>	65
5. AMBITO APPLICATIVO DELLA REGOLA: LA SCELTA IMPRENDITORIALE	67

a) Non imposizione.....	68
b) Discrezionalità.....	69
c) Incertezza.....	71
d) Rischio (economico).....	71

CAPITOLO III

IL PROBLEMA DELL'APPLICABILITÀ DELLA <i>BUSINESS JUDGMENT RULE</i> ALLA “SCELTA ORGANIZZATIVA”	75
1. PREMESSA	75
2. LA “SCELTA ORGANIZZATIVA”	76
3. I PROFILI DI PROBLEMATICITÀ DELL'APPLICAZIONE DELLA <i>BUSINESS JUDGMENT RULE</i> ALLA “SCELTA ORGANIZZATIVA”: LA RICONDUCIBILITÀ ALLA SCELTA IMPRENDITORIALE E LA RICORRENZA DELLA <i>RATIO</i>	91
a) <i>Riconducibilità della “scelta organizzativa” alla scelta imprenditoriale</i>	92
b) <i>Ricorrenza della ratio per l'applicabilità della BJR</i>	98
4. LE PIÙ RECENTI PRONUNCE GIURISPRUDENZIALI IN MATERIA DI ASSETTI E LE POSIZIONI DELLA DOTTRINA	104
5. UNA PROPOSTA DI SOLUZIONE: LA SUDDIVISIONE DELLE SCELTE ORGANIZZATIVE	116
6. (<i>SEGUE</i>): LE SCELTE ORGANIZZATIVE STRUMENTALI ALL'AGIRE LEGITTIMO DEGLI AMMINISTRATORI (O “SCELTE <i>EX</i> 2086”).....	119
a) <i>Ambito naturale del sindacato del giudice: la legittimità dell'agire imprenditoriale</i>	122
b) <i>L'oggettivizzazione del concetto di colpa</i>	127
c) <i>Insufficienza delle obiezioni alla soluzione proposta</i>	132
7. (<i>SEGUE</i>): LE SCELTE ORGANIZZATIVE VOLTE ALL'EFFICIENTAMENTO DELL'IMPRESA (O “SCELTE <i>EXTRA</i> 2086”)	139
8. (<i>SEGUE</i>): LE SCELTE ORGANIZZATIVE “MISTE”: UNA CATEGORIA ESISTENTE?.....	141
9. ESITI PRATICI DELLA SOLUZIONE PROPOSTA	144
CONCLUSIONI	155
BIBLIOGRAFIA	163
GIURISPRUDENZA CITATA	175

INTRODUZIONE

L'organizzazione dell'impresa è stata oggetto, nel corso dell'ultimo trentennio, di un crescente interesse da parte del legislatore. Quest'ultimo, attraverso l'introduzione di norme di legge sempre più gravose per le imprese (e, in particolare, per i soggetti deputati alla loro gestione), nel perseguimento di interessi di natura sostanzialmente collettiva, ha di fatto mutato la funzione dell'organizzazione da elemento necessario per l'esistenza dell'impresa (cfr. art. 2082 c.c.) a strumento per la corretta (*rectius*, legittima) amministrazione della stessa.

Dal momento che l'indirizzo legislativo, come anticipato, è stato perseguito attraverso l'intensificazione degli obblighi organizzativi gravanti sugli amministratori dell'impresa, ciò ha animato, in dottrina, la discussione relativa al regime di responsabilità dell'organo amministrativo per l'ipotesi in cui carenze organizzative determinassero il prodursi di un danno a carico della società. In particolare, l'elemento che più ha causato contrasti nelle soluzioni offerte è stato (ed è ancora oggi) quello relativo all'applicabilità alla "responsabilità organizzativa" della c.d. *Business Judgment Rule*, consistente in quella regola di giudizio che esclude la sindacabilità nel merito delle scelte imprenditoriali degli amministratori ai fini di un'eventuale condanna risarcitoria degli stessi. Ora, accertato che la regola appena menzionata è applicabile esclusivamente alla scelta imprenditoriale (*unternehmerische Entscheidung*), il principale terreno di contrasto consiste nella individuazione della natura della scelta organizzativa e nella riconducibilità della stessa alla scelta imprenditoriale.

Introducendosi nel dibattito appena accennato, il presente lavoro propone una soluzione al problema dell'applicabilità della *Business Judgment Rule* alle scelte organizzative degli amministratori attraverso, in prima battuta, la presa d'atto che una regola unica mal si concilia con le differenze che si riscontrano tra le scelte organizzative sulla base del fine perseguito e, in seconda battuta, l'adozione di un approccio basato sulla negazione della unitarietà della "scelta organizzativa". Con

ciò, si giunge all'individuazione di due categorie di scelte organizzative distinte in base alla finalità perseguita e all'attribuzione a ciascuna categoria di scelte organizzative, in caso di produzione di un danno a carico della società, di un diverso regime di responsabilità degli amministratori.

Per giungere a tale conclusione, il presente lavoro passa attraverso una ricostruzione storica dell'evoluzione normativa relativa all'organizzazione dell'impresa, in parallelo rispetto a un'analisi della disciplina della responsabilità degli amministratori di società per azioni verso la società medesima. Successivamente, si esamina approfonditamente la *Business Judgment Rule*, esaminandone il contenuto, descrivendone l'evoluzione storica (sia negli Stati Uniti sia in Italia) e individuandone la *ratio* e l'ambito applicativo (con una descrizione del contenuto della "scelta imprenditoriale).

Nel riunire i due filoni di analisi, si passa poi all'esame della scelta organizzativa. Quest'ultima è dapprima descritta nello specifico e, poi, è distinta dalla scelta gestoria. Ciò fatto, si esaminano i profili di problematicità dell'applicazione indiscriminata della *Business Judgment Rule* alla scelta organizzativa, analizzando anche i precedenti giurisprudenziali sul punto, che – nonostante una sostanziale univocità delle statuizioni di principio – evidenziano l'esistenza di un'incertezza (o, addirittura, incoerenza) applicativa della regola di responsabilità quando vengono in rilievo scelte organizzative. È proprio attraverso la presa d'atto di tali incertezze – nonché attraverso l'esame della discrezionalità che caratterizza, in modo diverso tra loro, le scelte organizzative – che si teorizza la distinzione interna tra scelte organizzative strumentali all'agire legittimo degli amministratori (alle quali non si ritiene si possa applicare la *Business Judgment Rule*) e scelte organizzative finalizzate all'efficientamento dell'impresa (alle quali, anche in ragione della loro riconducibilità alle scelte imprenditoriali, si ritiene applicabile la *Business Judgment Rule*).

In particolare, elemento ritenuto discriminante è proprio quello relativo alla funzione di legittimità dell'agire imprenditoriale che caratterizza le scelte organizzative assunte in adempimento al dovere degli amministratori, sancito oggi espressamente dall'art. 2086, comma 2, c.c., di istituire un assetto organizzativo,

amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa. Tale assetto, ritenuto strumentale alla corretta (*rectius*, legittima) assunzione di scelte imprenditoriali informate, persegue quella finalità di legittimità che assolve alla funzione "di sistema" e di utilità "collettiva" di consentire il corretto svolgimento dell'attività imprenditoriale, in accordo con l'utilità sociale, la salute, l'ambiente, la sicurezza e la dignità umana richiamate dalla Costituzione e dalla normativa sovranazionale.

CAPITOLO I

L'ORGANIZZAZIONE DELL'IMPRESA E, IN GENERALE, LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DI SOCIETÀ PER AZIONI

SOMMARIO: 1. Premessa metodologica – 2. Il significato dell'organizzazione dell'impresa – 3. (segue): la crescente attenzione del legislatore per l'organizzazione dell'impresa: dal Testo Unico Bancario al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – 4. I soggetti competenti a curare l'organizzazione dell'impresa – 5. La responsabilità degli amministratori, in breve, nelle società per azioni – 6. (segue): la responsabilità legata all'organizzazione dell'impresa: il quesito di ricerca

1. Premessa metodologica

Dal momento che la finalità del presente lavoro è quella di indagare il rapporto tra organizzazione dell'impresa e responsabilità dell'organo amministrativo, anche al fine di determinare l'eventuale applicabilità di meccanismi di esclusione della responsabilità degli amministratori medesimi, si ritiene opportuno strutturare questo primo capitolo come segue: si prenderanno le mosse da una preventiva ricognizione del significato dell'organizzazione dell'impresa e della sua evoluzione normativa degli ultimi trent'anni, per poi passare all'esame, in generale, della responsabilità degli amministratori (verso la società) per come prevista dal codice civile. Una volta poste queste premesse, si potrà passare all'esame congiunto dei due elementi e al loro "intreccio", formulando il quesito di ricerca che sarà indagato nel corso dei successivi capitoli.

2. Il significato dell'organizzazione dell'impresa

Si può affermare che, nell'ambito del diritto societario, l'organizzazione dell'impresa ha conosciuto, nel corso degli anni, alterne vicende, legate alla posizione che il legislatore ha riconosciuto a tale elemento a partire dalla codificazione del '42 sino a oggi (in particolare, sino al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza).

Il Codice del '42 ha riconosciuto all'organizzazione dell'impresa un ruolo assolutamente centrale, tanto da poter affermare che, nella mente del legislatore dell'epoca, l'organizzazione costituisse elemento “naturale” e “strutturale” dell'impresa¹. Prova ne è il fatto che l'art. 2082 c.c. prevede: «È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica *organizzata* al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi» (enfasi aggiunta). Dunque, a definire la figura dell'imprenditore, accanto all'attività economica, alla professionalità e alla finalità della produzione o dello scambio di beni o di servizi, si pone proprio l'organizzazione dell'impresa.

Per comprendere che cosa si intenda per “organizzazione” dell'impresa, è sufficiente esaminare le altre disposizioni codicistiche attinenti all'assetto organizzativo che fa capo all'imprenditore: gli artt. 2086 e 2555 c.c. Attraverso l'esame di tali disposizioni, si possono identificare due “tipi” di organizzazione: da una parte, l'*organizzazione di persone* (v. art. 2086 c.c.: «L'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori»), che prevede la direzione e il coordinamento, da parte dell'imprenditore medesimo, del lavoro dei suoi collaboratori e dipendenti; dall'altra parte, l'*organizzazione di mezzi* (v. art. 2555 c.c.: «L'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa»), che prevede la messa in relazione tra loro – da parte dell'imprenditore – dei diversi fattori produttivi in modo che essi risultino utili all'esercizio dell'attività d'impresa. Naturalmente, all'aumentare della complessità della realtà imprenditoriale corrisponde l'aumento della complessità dell'organizzazione della medesima.

Di tale posizione dell'organizzazione dell'impresa, tuttavia, si è discusso in dottrina e nella manualistica², con una spinta – legata alla realtà della situazione

¹ Cfr. a riguardo la Relazione al codice civile (par. 834, p. 189), che, con riferimento all'art. 2082, recita: «L'impresa è quindi, in senso strumentale, l'*organizzazione* del lavoro cui dà luogo l'attività professionale dell'imprenditore; in senso funzionale, l'attività professionale *organizzata* dell'imprenditore» (enfasi aggiunta).

² Per tutti, v. JAEGER P.G., DENOZZA F., TOFFOLETTO A., *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, IX ed., 2023, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 34 e ss. Sul punto, v. anche MARASÀ G., *L'imprenditore. Artt. 2082-2083*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato e già diretto da P. Schlesinger, continuato da Francesco D. Busnelli e G. Ponzanelli, 2021, Giuffrè, Milano, p. 148 e ss.

economica ed imprenditoriale – volta a sottrarre rilevanza a tale elemento tipico della figura dell'imprenditore. In particolare, si è sostenuto che, per quanto sia vero che l'organizzazione in molte ipotesi costituisce un elemento rilevante all'interno di un'impresa, non si possa sostenere – senza giungere a conclusioni talora addirittura paradossali³ – che l'organizzazione debba essere *elemento necessario* perché l'impresa stessa possa configurarsi.

Più nello specifico, si è sostenuta⁴, da una parte, la non necessarietà dell'organizzazione di persone, atteso che l'imprenditore potrebbe ben svolgere un'attività definibile come attività d'impresa pur senza disporre di dipendenti o collaboratori, e, dall'altra parte, si è affermato che neppure l'organizzazione di mezzi sarebbe strettamente necessaria perché un soggetto possa essere considerato imprenditore, a maggior ragione con l'avanzare dello sviluppo tecnologico e informatico, che consente potenzialmente l'esercizio dell'attività d'impresa con una quantità limitatissima di mezzi. Senz'altro, infatti, si è ritenuto che anche solo uno dei due “tipi” di organizzazione (di mezzi o di persone) possa essere sufficiente (congiuntamente rispetto agli altri requisiti previsti dall'art. 2082 c.c.) a determinare l'esistenza di un'impresa⁵, ma non sono mancate visioni anche più “estreme” secondo le quali l'attività imprenditoriale potrebbe essere esercitata anche da un soggetto privo di entrambi i tipi di organizzazione⁶.

Nonostante quanto appena detto sia ampiamente condiviso sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza, è opportuno segnalare che si potrebbe ritenere – a una prima analisi, forse superficiale – che il legislatore si sia mosso, negli anni, nella

³ Si pensi all'esempio – riportato nella manualistica già citata, v. JAEGER P.G., DENOZZA F., TOFFOLETTO A., *ivi*, p. 35 – dell'imprenditore che svolge una determinata attività economica con l'ausilio di cinque dipendenti, che successivamente vengono sostituiti da un macchinario operato dell'imprenditore stesso: in tale ipotesi, pur venendo a mancare un'organizzazione di persone, non si potrebbe certo sostenere che venga a mancare anche l'impresa.

⁴ JAEGER P.G., DENOZZA F., TOFFOLETTO A., *ivi*, pp. 35 e 36.

⁵ FERRARA F. JR., CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, XII ed., 2001, Giuffrè Editore, Milano, p. 34. In giurisprudenza, v., *ex multis*, Cass. civ., Sez. I, 13 agosto 2004, n. 15769, ove si afferma che il requisito dell'organizzazione, fondamentale per determinare il momento in cui l'attività d'impresa ha inizio, può essere soddisfatto anche mediante una sola organizzazione di mezzi, pure se rudimentale.

⁶ JAEGER P.G., DENOZZA F., TOFFOLETTO A., *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, cit. (nt. 2), pp. 35 e 36.

direzione opposta: quella di riconoscere all'organizzazione dell'impresa una rilevanza sempre maggiore⁷.

Di tale evoluzione normativa si darà conto nel prossimo paragrafo, ma qui è necessario specificare che, ad avviso di chi scrive, la posizione del legislatore e la direzione da questo assunta non pare porsi – a un più attento esame – in contrasto con quella mostrata da dottrina e giurisprudenza nell'interpretazione del requisito dell'organizzazione di cui all'art. 2082 c.c. e, anzi, potrebbe pure sostenersi che vi sia una sorta di continuità tra le due posizioni. E infatti, come si vedrà nel seguente paragrafo, la modalità attraverso la quale il legislatore ha, negli ultimi 30 anni, riconosciuto un'importanza sempre crescente all'organizzazione dell'impresa è stata quella di attribuire, da una parte, all'organo amministrativo l'obbligo di strutturare e curare un'adeguata organizzazione dell'impresa e, dall'altra parte, all'organo di controllo, ove presente, il compito di vigilare sull'adeguatezza di tale struttura organizzativa. La sempre maggiore centralità dell'organizzazione dell'impresa, dunque, si verifica seguendo un percorso diverso da quello che sembrava essere stato intrapreso dal codificatore del '42: non attraverso il posizionamento dell'organizzazione quale elemento necessario per la stessa *esistenza* dell'impresa ma piuttosto attraverso il riconoscimento della sua rilevanza (tanto maggiore quanto più grande e complessa è l'impresa) per la *corretta amministrazione* dell'impresa medesima. Lo stesso fatto che si attribuisca a un organo dell'impresa il compito di istituire un assetto organizzativo adeguato (v. il nuovo secondo comma dell'art. 2086 c.c., su cui si tornerà *infra*) implica che l'esistenza dell'organizzazione interna non è necessaria per l'*esistenza* dell'impresa (nessuno dubiterebbe infatti della qualifica di imprenditore di una società priva degli assetti organizzativi previsti dal citato art. 2086 c.c.) ma lo è per il suo corretto e legittimo funzionamento, tanto che la mancanza dell'assetto non determina l'inesistenza dell'impresa ma, piuttosto, una responsabilità degli organi adibiti all'istituzione dello stesso e al controllo su di esso (ove, ovviamente, da tale mancanza dovesse derivare un danno alla società, ai creditori

⁷ AMATUCCI C., *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business Judgment Rule*, in *Giur. comm.*, 2016, pp. 643-644; SACCHI R., *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, pp. 308 e 309.

nel complesso o ai singoli soci o terzi). In altri termini – e in breve –, potrebbe affermarsi che, nella visione attuale del legislatore, l'impresa preesista alla sua stessa organizzazione e che quest'ultima rappresenti, piuttosto, un mezzo per il corretto e legittimo perseguimento dell'oggetto sociale (nonché dell'utilità sociale sottesa all'attività economica, di cui all'art. 41 Cost.)⁸.

Da ciò deriva, come anticipato, che l'evoluzione normativa di cui si dirà nel prossimo paragrafo, che riconosce una crescente importanza all'elemento organizzativo dell'impresa (in particolare di quella costituita in forma societaria), non si pone in contrasto con la ampiamente riconosciuta scarsa rilevanza distintiva dell'organizzazione ai fini della qualificazione del soggetto come imprenditore o meno. In un certo senso potrebbe infatti affermarsi che, proprio perché il legislatore ha riconosciuto e accettato che l'organizzazione non costituisce elemento necessario all'esistenza dell'impresa, l'organizzazione sia diventata sostanzialmente un obbligo dell'organo amministrativo, in quanto elemento necessario al corretto esercizio dell'impresa medesima.

3. (segue): la crescente attenzione del legislatore per l'organizzazione dell'impresa: dal Testo Unico Bancario al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

Chiarito il contesto in cui l'evoluzione normativa si è verificata, si passa ora a descriverla, evidenziando le principali tappe per le quali essa è passata⁹.

⁸ In merito all'applicazione dell'art. 41 Cost. e della normativa sovranazionale di natura pubblicistica alla materia organizzativa dell'impresa, cfr. FORTUNATO S., *Aspetti organizzativi e crisi d'impresa: una sintesi*, in *Rivista ODC*, 2021, fasc. 2, p. 551 e spec. nt. 3, che richiama LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, in *Giur. comm.*, 2021, p. 7, il quale afferma che la libertà d'impresa richiamata dall'art. 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea «non è una libertà individuale (né come tale è declinata nella norma di principio citata), ma è garanzia di tutela, nell'ordinamento, di quel particolare tipo di organizzazione sociale che è l'impresa (capitalistica), con le sue esigenze di efficienza, che devono essere rispettate da tutti coloro che, nell'ambito di questa organizzazione, si trovino ad operare, in vari ruoli». Da tale osservazione, l'A. deriva che l'attività organizzativa non è un «atto di libertà» ma «il risultato dell'esercizio di un potere funzionale, da esercitare secondo criteri di discrezionalità tecnica». Sul punto, v. anche DI CATALDO V., ARCIDIACONO D., *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgment rule*, in *Giur. comm.*, 2021, pp. 80-81.

⁹ Per una breve ricostruzione storica dell'evoluzione normativa in parola, v. BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*,

Prima, però, di esaminare ciascuna tappa nello specifico, si segnala, come anticipato, che l'organizzazione dell'impresa come elemento di attenzione da parte del legislatore ha conosciuto una crescita progressiva. Infatti, come si vedrà, l'introduzione di obblighi organizzativi è stata inizialmente circoscritta a un limitato numero di imprese per poi diventare sempre più pervasiva e più estesa: come si vedrà, il legislatore ha dapprima rivolto la propria attenzione a imprese di particolare rilevanza sistemica – prima le società bancarie e poi, anni dopo, le società con azioni quotate in mercati regolamentati –, poi alle società per azioni in generale e, da ultimo, a tutti gli imprenditori che operino in forma societaria o collettiva.

Si è così completato un percorso di progressiva centralizzazione – tra gli obblighi degli amministratori – delle vicende organizzative dell'impresa, descritto subito di seguito.

a) Il Testo Unico Bancario

L'intervento normativo che, si ritiene, può essere considerato come il “precursore” della tendenza di cui si è detto si rinviene nell'art. 53, comma 1, lett. d), del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (il TUB). In particolare, la disposizione appena citata, nella sua formulazione originaria¹⁰, prevedeva che la «Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, emana[sse] disposizioni di carattere generale aventi a oggetto [...] l'organizzazione amministrativa e contabile e i controlli interni».

Si è detto che l'intervento normativo in questione può definirsi “precursore” rispetto a quella tendenza legislativa di cui si dirà subito di seguito in ragione del fatto che l'art. 53 TUB non attribuisce direttamente all'organo amministrativo o all'organo di controllo obblighi organizzativi o di controllo sull'organizzazione ma attribuisce all'autorità di vigilanza sul settore bancario il potere di emanare

2019, p. 417 e ss. Sul punto, v. anche FORTUNATO S., *Aspetti organizzativi e crisi d'impresa: una sintesi*, cit. (nt. 8), p. 550 ss.

¹⁰ Oggi, a seguito delle numerose modifiche apportate nel corso degli anni, il contenuto sostanziale della norma non pare mutato. La più recente formulazione dell'art. 53, comma 1, lett. d), TUB prevede che la Banca d'Italia emani disposizioni di carattere generale aventi a oggetto «il governo societario, l'organizzazione amministrativa e contabile, nonché i controlli interni e i sistemi di remunerazione e di incentivazione».

disposizioni normative aventi ad oggetto l'organizzazione delle banche medesime. Ad ogni modo, senz'altro può individuarsi in questa disposizione lo "spirito" che avrebbe animato il legislatore negli anni successivi, e cioè quello di attribuire all'organizzazione un ruolo di rilievo nella corretta (se non addirittura legittima) amministrazione dell'impresa di particolare rilevanza sistemica.

Proprio in linea con tale approccio, l'attribuzione alle autorità di settore di un potere regolamentare in materia di organizzazione della banca è senza dubbio finalizzato a garantire la «sana e prudente gestione» dell'istituto bancario. Per ottenere tale risultato, il legislatore del 1993 ha ritenuto necessario intervenire non solo sui requisiti patrimoniali – ritenuti evidentemente insufficienti, da soli, a raggiungere il risultato perseguito – ma anche sull'organizzazione interna della banca¹¹.

Con tale disposizione, dunque, si può dire che prende avvio (seppure in via "mediata") tale tendenza del legislatore a intervenire nell'organizzazione interna dell'impresa – mentre prima tale intervento non si rinveniva –, sulla base dell'idea per cui la corretta organizzazione dell'impresa comporta anche la corretta (o, in questo caso, sana e prudente) gestione della stessa.

b) Il Testo Unico della Finanza

Un altro passo molto importante nella direzione di una crescente rilevanza dell'organizzazione dell'impresa nel diritto societario è stato mosso dal legislatore negli ultimissimi anni dello scorso millennio, con l'emanazione del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (il TUF). In particolare, l'art. 149, co. 1, lett. c), TUF, applicabile, ai sensi dell'art. 119 TUF, alle società italiane con azioni quotate in mercati regolamentati italiani o di altri paesi dell'Unione Europea, prevede che il collegio sindacale, tra le altre cose, vigili anche «sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società per gli aspetti di competenza, del sistema di controllo interno e del

¹¹ Cfr., sul punto, CESARINI F., PARENTE F., sub *art. 53*, in *Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di M. Porzio, F. Belli, G. Losappio, M. Rispoli Farina, V. Santoro, 2010, Milano, Giuffrè Editore, p. 482. Si segnala che la delega contenuta nell'art. 53 del TUB è stata esercitata più volte dalla Banca d'Italia e il provvedimento più rilevante da ricordare è la circolare n. 285 del 17 dicembre 2013, denominata «Disposizioni di vigilanza per le banche», che tratta ampiamente, con disciplina anche molto specifica, il governo societario delle banche. La disciplina in questione sarà ripresa ancora più oltre, nel terzo Capitolo del presente lavoro.

sistema amministrativo-contabile nonché sull'affidabilità di quest'ultimo nel rappresentare correttamente i fatti di gestione»¹².

Dunque, la normativa in questione non prevede specificamente un obbligo a carico dell'organo amministrativo, ma in un certo senso lo presuppone, estendendo l'area del controllo dei sindaci anche all'organizzazione dell'impresa¹³. E infatti, dal momento che il compito del collegio sindacale è quello di vigilare sull'operato degli amministratori, è evidente che – nella mente del legislatore del 1998 – l'istituzione di un assetto organizzativo adeguato rientrasse tra gli obblighi degli amministratori di società quotate.

Risulta di particolare interesse il fatto che, ancora una volta, il legislatore faccia riferimento a obblighi organizzativi nell'ambito di società di particolare rilievo economico e sistemico, quasi come a voler mostrare un intento di introdursi in un ambito sino a quel momento di esclusiva competenza dell'organo gestorio, ma mantenendo una certa “discrezione” e limitando l'intervento in parola a enti particolarmente importanti, rispetto ai quali la corretta amministrazione riflette interessi particolarmente diffusi nel pubblico¹⁴.

c) Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231

Il passaggio successivo all'introduzione del TUF nel percorso legislativo che ha progressivamente riconosciuto maggiore rilevanza all'organizzazione

¹² Per un'articolata analisi sull'art. 149 TUF, tra i tanti, v.: SFAMENI P., sub *artt. 2403 c.c. e 149 TUF*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Tomo I, 2016, Giuffrè Editore, Milano, p. 1540 e ss.; DE ANGELIS L., sub *art. 149*, in *Il Testo Unico della Finanza*, a cura di M. Fratini e G. Gasparri, Tomo II, 2012, UTET, Torino, p. 1995 e ss.

¹³ Cfr., pur in relazione a una diversa norma di legge, CALANDRA BUONAURA V., *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi nella Società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2020, p. 439, ove: «La vigilanza sulla corretta amministrazione attribuita all'organo di controllo presuppone infatti un conforme dovere che gli amministratori sono tenuti ad adempiere».

¹⁴ Peraltro, a dimostrazione della sua funzione “pubblicistica” (nonché della natura anche “pubblicistica” degli interessi tutelati dalle disposizioni in materia di collegio sindacale), l'art. 149, comma 3, TUF prevede che il collegio sindacale delle società quotate comunichi all'autorità di vigilanza (la Consob) le eventuali irregolarità riscontrate. Sul punto, v. PEDERSOLI E., *Il collegio sindacale nelle società bancarie*, 2018, Giuffrè Editore, Milano, p. 6. Sulla natura sostanzialmente pubblicistica di alcune norme in materia di società quotata si è espressa anche la dottrina tedesca: in particolare, si veda BAYER W., *Legalitätspflicht der Unternehmensleitung, nützliche Gesetzesverstöße und Regress bei verhängten Sanktionen – dargestellt am Beispiel von Kartellverstößen*, in *Festschrift für K.Schmidt*, 2009, Köln, O. Schmidt, p. 103, il quale definisce la società per azioni quotata «*öffentliche Veranstaltung*» (cioè “istituzione pubblica”).

interna dell'impresa è costituito da una normativa di stampo non prettamente societario ma, piuttosto, amministrativo/penalistico. Si tratta del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, che ha introdotto la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. In particolare, per sommi capi, la normativa prevede un sistema sanzionatorio a carico degli enti nell'ambito della cui organizzazione e/o attività vengono commessi reati specificati dalla medesima normativa (i c.d. reati-presupposto).

Ciò che, in questa sede, più rileva della disciplina in questione è quanto previsto dall'art. 6, comma 1, del decreto. In particolare, tale disposizione prevede: «Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), del decreto¹⁵, l'ente non risponde se prova che:

- a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
- b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;
- c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;
- d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)»¹⁶.

¹⁵ Si tratta, in particolare, delle «persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso».

¹⁶ Per un'approfondita analisi della disciplina in parola, tra i molti, v.: DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, A. Pagliaro e T. Padovani, 2008, Giuffrè Editore, Milano, p. 164 e ss.; GALLETTI D., *I modelli organizzativi nel d.lgs. n. 231 del 2001: le implicazioni per la corporate governance*, in *Giur. comm.*, 2006, 126 e ss.; MANES V., *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in *Giur. comm.*, 2021, p. 633 ss.

Nella normativa in questione, si è detto, l'organizzazione assume una posizione centrale per escludere quella che è stata definita "colpevolezza d'impresa"¹⁷. Il legislatore del 2001, dunque, non ha previsto un obbligo di istituire un particolare modello di organizzazione e gestione (il c.d. MOG) ma ha, piuttosto, optato per escludere l'applicabilità della sanzione a carico dell'ente all'interno del quale un modello di organizzazione e gestione sia stato adottato ed efficacemente attuato.

Rileva, in questa sede, notare che anche con la disciplina in parola il legislatore identifica l'organizzazione dell'impresa come uno strumento del corretto agire d'impresa, addirittura idoneo – ove correttamente ed efficacemente attuato – a escludere la responsabilità amministrativa dell'ente per reati commessi da soggetti che operano al suo interno. Emerge, insomma, sempre più la centralità dell'organizzazione come strumento del corretto e legittimo agire imprenditoriale.

d) La riforma del 2003

Un momento di grande rilevanza nell'ambito dell'*iter* normativo in parola è costituito dalla nota riforma del diritto societario del 2003, introdotta con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6.

In particolare, la riforma in questione, in continuità con la tendenza del legislatore descritta finora, attraverso le disposizioni di cui si parlerà subito oltre, ha ulteriormente ampliato la rilevanza dell'organizzazione dell'impresa, imponendo agli organi di gestione e di controllo di tutte le società per azioni degli obblighi prettamente organizzativi precedentemente previsti solo per società di particolare rilevanza sistemica (come si è detto, le società bancarie prima e quelle con azioni quotate in mercati regolamentati poi).

Nello specifico, la riforma ha introdotto, con riferimento alla posizione dell'organo di gestione della società, le seguenti disposizioni: da una parte, l'obbligo a carico degli organi delegati di *curare* che «l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa» (art. 2381, comma 5, c.c.) e, dall'altra parte, l'obbligo a carico del *plenum* del consiglio

¹⁷ DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit. (nt. 16), p. 170 e *passim*.

di amministrazione di *valutare*, «sulla base delle informazioni ricevute», «l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società»¹⁸. Parallelamente, il legislatore del 2003 ha introdotto il corrispondente obbligo di vigilanza a carico dell'organo di controllo delle società per azioni, di fatto allineando la relativa disciplina prevista dal TUF con riferimento alle società quotate a quella del codice civile relativa a tutte le società per azioni. La riforma, così, ha modificato l'art. 2403 c.c., prevedendo che il collegio sindacale vigili «sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento»¹⁹.

In questo modo, come anticipato, il legislatore ha ulteriormente ampliato – anche di molto – la platea dei soggetti su cui gravano obblighi organizzativi (o comunque collegati all'organizzazione dell'impresa)²⁰.

e) Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

Ultimo passaggio del percorso legislativo finora descritto è – per ora – costituito dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, che ha introdotto il c.d. “Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza” (anche detto, per brevità, CCII o codice della crisi), cioè la riforma strutturale del diritto fallimentare.

¹⁸ Tra i tanti che hanno scritto con riferimento all'impatto della Riforma del 2003 sugli obblighi organizzativi degli amministratori, v.: ABBADESSA P., *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gianfranco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, 2006, UTET, Torino, p. 489 e ss.; BUONOCORE V., *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, p. 5 e ss.; FERRARINI G., *Controlli interni e strutture di governo societario*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gianfranco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, 2007, UTET, Torino, p. 3 e ss. Per ulteriori riferimenti, v. BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit. (nt. 9), p. 417 e ss.

¹⁹ Sul punto, v., ancora, SFAMENI P., *sub artt. 2403 c.c. e 149 TUF*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, cit. (nt. 12), p. 1540 e ss.

²⁰ Si segnala tuttavia che vi era chi aveva sostenuto che il dovere di “curare” gli assetti non comportasse necessariamente l'obbligo di istituirli, potendo invece gli amministratori legittimamente e liberamente scegliere, in seguito a un'adeguata istruttoria e senza conflitti di interessi, di non istituire gli assetti. Cfr., sul punto, MAUGERI M., *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, in *Rivista ODC*, 2014, fasc. 1, p. 4; KUTUFÀ I., *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, 2010, Giappichelli, Torino, p. 714 ss.

Con tale riforma, il legislatore delegato, in continuità con la precedente tendenza legislativa²¹, ha introdotto alcune rilevanti modifiche al codice civile che hanno avuto e avranno effetti anche sul diritto societario²², soprattutto (ma non solo) per quanto attiene all'amministrazione dell'impresa. In particolare, con riferimento all'attività degli amministratori, la riforma ha introdotto obblighi di natura prettamente organizzativa. Essi sono contenuti negli artt. 3 e 375 CCII e nell'art. 2086, comma 2, c.c., per come modificato proprio dalla riforma, e corrispondono, per gli imprenditori collettivi, al *dovere* di «istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale».

Per quanto la dottrina sia sostanzialmente concorde nell'affermare che l'obbligo di istituire assetti adeguati fosse già sostanzialmente immanente nel sistema²³, alla riforma deve essere riconosciuto il fatto di aver (i) confermato l'esistenza di tale dovere (inserendolo espressamente in una delle prime disposizioni del codice dedicate all'impresa) e (ii) ulteriormente ampliato la platea di soggetti destinatari del dovere in parola, estendendolo anche alle società diverse da quelle azionarie²⁴.

Peraltro, la rilevanza a livello societario dell'organizzazione dell'impresa non può essere limitata dal fatto che l'ultimo passaggio normativo sia inserito in una riforma del diritto concorsuale o dal fatto che, ai sensi del secondo comma dell'art. 2086 c.c., l'organizzazione debba essere *anche* finalizzata alla «rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale». E

²¹ V., sul punto, ABRIANI N., ROSSI A., *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, 4, p. 394.

²² Così BENAZZO P., *Il Codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 275.

²³ V. ABRIANI N., ROSSI A., *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, cit. (nt. 20), p. 397 ss.; DI CATALDO V., ARCIDIACONO D., *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgment rule*, cit. (nt. 8), p. 83; RORDORF R., *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contr.*, 2019, p. 134; SPOLIDORO M.S., *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, pp. 262-263. *Contra*, v. DI MARZIO F., *Obbligazione, insolvenza, impresa*, 2018, Giuffrè, Milano, p. 134.

²⁴ V. RORDORF R., *ivi*, p. 134.

infatti, per come da ultimo interpretato, il requisito organizzativo (e quindi il dovere di istituire assetti adeguati) rappresenta non solo (e non semplicemente) uno strumento finalizzato alla prevenzione della crisi²⁵ ma uno «strumento di individuazione e governo dei rischi»²⁶, che costituisce una vera e propria «condizione di legittimazione e corretta gestione dell'impresa»²⁷.

Così, dunque, si completa – per ora – il percorso legislativo volto a riconoscere sempre più rilevanza all'organizzazione dell'impresa, ponendo questa a carico degli organi amministrativi dell'impresa medesima.

4. I soggetti competenti a curare l'organizzazione dell'impresa

Si è detto nei precedenti paragrafi che la crescita dell'importanza dell'organizzazione dell'impresa ha seguito la strada dell'attribuzione di un vero e proprio dovere organizzativo all'impresa medesima. È il secondo comma dell'art. 2086 c.c. a prevedere, infatti, che tale dovere gravi sull'«imprenditore» (che operi in forma societaria o collettiva). Tuttavia, se il dovere grava sull'imprenditore organizzato in forma societaria, significa che esso grava sulla società medesima. Appare dunque opportuno – ai fini dell'indagine che si intende svolgere, che ha ad oggetto in particolare la responsabilità derivante da carenze organizzative – chiedersi in particolare a quali soggetti, nell'ambito dell'organizzazione collettiva dell'impresa, sia im-
posto nello specifico il dovere in parola.

²⁵ A dire il vero, più oltre in questo lavoro si contesta che tra le finalità dirette dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile dell'impresa vi sia anche quello di prevenire il verificarsi di situazioni di crisi o di perdita della continuità aziendale. Cfr., in particolare, *infra* Capitolo III, par. 2.

²⁶ Così FORTUNATO S., *Assetti organizzativi dell'impresa nella fisiologia e nella crisi*, in *Giur. comm.*, 2023, p. 902.

²⁷ Testualmente, BENAZZO P., *La denuncia al Tribunale di gravi irregolarità e l'adozione di assetti organizzativi adeguati: da prevenzione della crisi a "condizione di esercizio dell'attività d'impresa"*, in *Fall.*, 2023, p. 822 ss. e spec. p. 827 ss. La pronuncia commentata dall'A. (appunto, Trib. Catania, 8 febbraio 2023, in *Fall.*, 2023, p. 817 ss.) si inserisce in una vicenda giudiziaria particolarmente interessante (per l'esame della quale si rinvia alla pronuncia medesima), avviata mediante lo strumento previsto dall'art. 2409 c.c. dal sindaco unico di una società per azioni, il quale ha adito il Tribunale di Catania per ottenere la rimozione di degli amministratori della società medesima per numerose irregolarità nella gestione, tra cui anche la mancata predisposizione di un piano industriale di medio-lungo periodo. Ebbene, il Tribunale ha accolto la domanda del sindaco e ha disposto la revoca dell'organo amministrativo sulla base della violazione dell'art. 2086, comma 2, c.c.

La risposta, con riferimento a tutti i tipi societari, è fornita espressamente dal legislatore. In particolare, l'art. 40 del d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147²⁸, ha introdotto modifiche al codice civile in materia di assetti organizzativi, specificando che il dovere cui fa riferimento il secondo comma dell'art. 2086 c.c. spetta all'organo amministrativo²⁹.

Specificamente, con riferimento alle società di persone, l'art. 40 di cui si è detto sopra ha modificato il primo comma dell'art. 2257 c.c., aggiungendo la seguente frase: «L'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori». La modifica in questione copre tutte le società di persone, dal momento che essa è dettata con riferimento alla società semplice, ma i rinvii “a cascata” contenuti negli artt. 2293 c.c. e 2315 c.c. rendono la norma applicabile anche alla società in nome collettivo e a quella in accomandita semplice.

Con riferimento alle società per azioni, l'art. 40 d.lgs. 147/2020 ha apportato le seguenti modifiche: da una parte, per le società per azioni che adottano il sistema di amministrazione e controllo “tradizionale”, ha introdotto un'ultima frase al primo comma dell'art. 2380-*bis* c.c.: «L'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori»³⁰; dall'altra parte, per le società per azioni che adottano il sistema dualistico, ha introdotto un'ultima frase

²⁸ Per un commento critico al decreto correttivo in questione, v. MIRONE A., *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del “decreto correttivo” al Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2022, p. 183 ss.

²⁹ A dire il vero, già prima dell'introduzione della normativa in questione, si era certi del fatto che il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa gravasse sull'organo amministrativo. Cfr., sul punto, ABRIANI N., ROSSI A., *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, cit. (nt. 20), p. 395, ove: «Il profilo sistematicamente più rilevante dell'art. 2086 c.c. è però rappresentato dalla sua nuova rubrica, “Gestione dell'impresa”, che, nel coordinamento con la rubrica della disposizione che tale articolo ha riscritto (“Assetti organizzativi dell'impresa”) e con le definizioni generali di impresa e di azienda di cui agli artt. 2082 e 2555 c.c., vale a individuare nella predisposizione di assetti adeguati il cuore della funzione gestoria, la cui paternità (e responsabilità) va riferita a chi di tale funzione sia investito, si tratti dei soci amministratori delle società personali o dei componenti dell'organo amministrativo delle società di capitali o ancora dei membri dell'organo direttivo di fondazioni o associazioni esercenti attività imprenditoriali».

³⁰ La prima dottrina che ha commentato la norma in questione ha affermato, in particolare, che tale dovere riguardi non solo gli organi delegati ma l'intero consiglio di amministrazione. Cfr. DE ANGELIS L., *La responsabilità degli amministratori non esecutivi e degli organi di controllo con riguardo agli assetti societari*, in *Dir. fall.*, 2022, p. 3 ss.

al primo comma dell'art. 2409-*novies* c.c.: «L'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente al consiglio di gestione».

Quanto alle società in accomandita per azioni, esse sono “coperte” dalle modifiche di cui si è detto al precedente capoverso, per effetto del rinvio dettato dall'art. 2454 c.c.

Da ultimo, con riferimento alle società a responsabilità limitata, l'ultimo comma dell'art. 40 d.lgs. 147/2020 sostituisce il primo comma dell'art. 2475 c.c. con la seguente frase: «L'istituzione degli assetti di cui all'art. 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori».

È dunque evidente, come anticipato, che il legislatore abbia inteso attribuire il dovere dell'istituzione degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili – nonché di garantire la loro adeguatezza alle dimensioni e alla natura dell'impresa – all'organo amministrativo dei diversi tipi sociali.

Ciò risulta rilevante ai fini della presente trattazione, dal momento che, a tutta evidenza, la responsabilità per la mancata o l'inadeguata istituzione degli assetti dovrà essere attribuita ai soggetti su cui grava il relativo dovere. Essendo questo il tema centrale del presente lavoro, di seguito si tratterà – pur brevemente – la responsabilità degli amministratori nelle società per azioni (a cui è limitata la ricerca qui svolta) posto che, in quest'ultimo tipo societario, è su di loro che gravano gli obblighi organizzativi.

5. La responsabilità degli amministratori, in breve, nelle società per azioni

Quello della responsabilità degli amministratori³¹ è uno dei principali

³¹ Si specifica che in questa sede, considerati gli obiettivi di ricerca del presente lavoro, la responsabilità degli amministratori di società per azioni sarà trattata solo dal punto di vista “statico”, senza spingersi all'analisi anche dei profili “dinamici” della stessa, relativi cioè all'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori medesimi. Inoltre, come sarà specificato più oltre, al netto di una premessa di natura generale, la trattazione dell'argomento si concentrerà in particolare sulla responsabilità degli amministratori nei confronti della società, non occupandosi invece nello specifico della responsabilità nei confronti dei creditori sociali e di singoli soci o terzi.

problemi nell'ambito delle società per azioni³² e costituisce uno degli strumenti che il legislatore ha messo a punto per affrontare il noto *agency problem* costituito dalla gestione – da parte degli amministratori – di interessi altrui (quelli dei soci)³³.

Nell'impianto codicistico, la responsabilità degli amministratori di società per azioni è trattata agli artt. 2392, 2394 e 2395 c.c., ciascuno dedicato a uno dei soggetti tutelati dinanzi ad azioni illegittime poste in essere dagli amministratori: la società medesima³⁴, i creditori sociali³⁵ e i singoli soci o terzi³⁶.

Ciascuna delle norme richiamate prende in considerazione un diverso presupposto per la responsabilità degli amministratori: nella responsabilità nei confronti della società, essa deriva dalla violazione di legge o dello statuto; nella responsabilità nei confronti dei creditori sociali, dall'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale; nella responsabilità nei confronti di singoli soci o terzi, dal compimento di atti colposi o dolosi che si siano rivelati direttamente dannosi per gli stessi. Ai fini della presente trattazione, in modo da circoscriverne l'oggetto, si prenderà in considerazione esclusivamente la responsabilità degli amministratori nei confronti della società amministrata (quella prevista dunque dall'art. 2392 c.c.).

³² Così JAEGER P.G., DENOZZA F., TOFFOLETTO A., *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, cit. (nt. 2), p. 420.

³³ *Inter alia*, ALVARO S., CAPPARIELLO E., GENTILE V., IANNACCONE E.R., MOLLO G., NOCELLA S., VENTORUZZO M., *Business judgement rule e mercati finanziari. Efficienza economica e tutela degli investitori*, con prefazione a cura di P. Marchetti, Quaderni giuridici Consob, 11, novembre 2016, reperibile all'indirizzo www.consob.it, p. 8; KRAAKMAN R., ARMOUR J., DAVIES P., ENRIQUES L., HANSMANN H., HERTIG G., HOPT K., KANDA H., ROCK E., *The Anatomy of Corporate Law. A comparative and functional approach*, II ed., 2009, Oxford, p. 47; pur non esplicitamente, sul punto v. anche TINA A., *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, 2008, Giuffrè Editore, Milano, p. 53 ss.

³⁴ Per ulteriori approfondimenti sul tema, v. BRIOLINI F., sub *art. 2392*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Tomo I, 2016, Giuffrè Editore, Milano, p. 1380 ss., ove ulteriori riferimenti.

³⁵ Per ulteriori approfondimenti sul tema, v. BUTA M.G., sub *art. 2394*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Tomo I, 2016, Giuffrè Editore, Milano, p. 1432 ss., ove ulteriori riferimenti.

³⁶ Per ulteriori approfondimenti sul tema, v. MOZZARELLI M., sub *art. 2395*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Tomo I, 2016, Giuffrè Editore, Milano, p. 1459 ss., ove ulteriori riferimenti.

Affrontando quindi specificamente la responsabilità di cui all'art. 2392 c.c., si rileva anzitutto che essa è una responsabilità per colpa che ha natura contrattuale³⁷, in quanto si fonda sul rapporto – che ha natura contrattuale – esistente tra l'amministratore e la società e trova la sua origine nell'inadempimento dell'amministratore all'obbligazione di amministrare correttamente la società. Inoltre, la responsabilità in parola è di tipo solidale – coinvolge cioè, quale *default rule*, tutti gli amministratori in carica –, salve due “eccezioni”³⁸: (i) l'ipotesi in cui i doveri rimasti inosservati fossero attribuzioni proprie del comitato esecutivo o comunque funzioni in concreto attribuite a uno o più amministratori (art. 2392, comma 1, c.c.) e (ii) l'ipotesi in cui l'amministratore immune da colpa «abbia fatto annotare senza ritardo nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale» (art. 2392, comma 3, c.c.). In aggiunta a ciò, la responsabilità degli amministratori nei confronti della società è una responsabilità per danni, che dipende cioè dall'esistenza di un pregiudizio che la condotta illegittima ha comportato ai danni della società medesima.

Quanto al “fattore scatenante” della responsabilità ai sensi della norma in parola, esso è costituito dal mancato adempimento dei doveri imposti agli amministratori da legge o statuto «con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze». Si tratta, dunque, di una diligenza di natura professionale³⁹ (quella cui fa riferimento l'art. 1176, comma 2, c.c.) rispetto alla quale il legislatore detta due parametri: da una parte, quello della «natura dell'incarico»,

³⁷ Sul punto, ormai dottrina e giurisprudenza sono concordi. Cfr., *ex multis*, v. BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 4, 1991, UTET, Torino, p. 329 ss.; ID., *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, 2004, Giuffrè, Milano, p. 162; CONFORTI C., *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, 2012, Giuffrè Editore, Milano, p. 33 ss.; FERRI G., *Le società*, in *Trattato di diritto civile*, fondato da F. Vassalli, X, Tomo III, III ed., 1987, UTET, Torino, p. 712; GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XXIX, 2003, CEDAM, Padova, p. 277; SERAFINI S., *Responsabilità degli amministratori e interessi protetti*, 2013, Giuffrè Editore, Milano, p. 6. In giurisprudenza, da ultimo, con un'articolata disamina sulla natura della responsabilità degli amministratori di società, v. Cass. civ., Sez. I, 20 ottobre 2021, n. 29252.

³⁸ Cfr. BRIOLINI F., sub *art. 2392*, cit. (nt. 34), p. 1383.

³⁹ Cfr. BRIOLINI F., *ivi*, pp. 1384-1385, ove numerosi altri riferimenti. V. anche CALANDRA BUONAURO V., *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi nella Società per azioni*, in *Giur. comm.*, cit. (nt. 13), p. 439.

che impone di tenere in considerazione – tra le altre cose – anche l’attività specificamente esercitata dalla singola impresa⁴⁰; dall’altra parte, quello delle «specifiche competenze» degli amministratori, fattore che presuppone *in primis* un’amministrazione collegiale della società e una scelta degli amministratori basata su particolari competenze dei singoli⁴¹ e che tiene in considerazione non tanto le specifiche attribuzioni del c.d.a. agli amministratori ma proprio capacità e conoscenze particolari dell’amministratore⁴².

Si è detto, dunque, che la responsabilità degli amministratori nei confronti della società deriva dall’inosservanza di «doveri» previsti dalla legge o dallo statuto. A questo punto è opportuno (perché molto rilevante ai fini della presente trattazione) determinare quali siano questi doveri e come possano essere caratterizzati. La dottrina e la giurisprudenza sono solite operare una distinzione tra gli obblighi gravanti sugli amministratori: si tratta di una distinzione tradizionale ma che ai fini della presente trattazione torna estremamente utile. Si distinguono, tra quelli gravanti sugli amministratori, gli obblighi specifici e gli obblighi generici⁴³: i primi sono quelli nella cui esecuzione non residua (quasi) alcun margine di discrezionalità in capo agli amministratori (si pensi, ad esempio, all’obbligo di redazione del bilancio d’esercizio, *ex art.* 2423 c.c., o agli obblighi degli amministratori, previsti dall’art. 2485 c.c., nel caso in cui si verifica una causa di scioglimento della società ai sensi dell’art. 2484 c.c.); gli altri sono quelli nella cui esecuzione, invece, gli amministratori esercitano una discrezionalità c.d. “imprenditoriale” (anche molto ampia talora), come – ad esempio – nel caso del dovere di amministrare

⁴⁰ V., per tutti, TOFFOLETTO A., *Amministrazione e controlli*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, V ed., 2012, Giuffrè, Milano, p. 235 ss.

⁴¹ V. ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, II ed., 2006, CEDAM, Padova, p. 163 ss.; BRIOLINI F., sub *art.* 2392, cit. (nt. 34), p. 1385.

⁴² V., BRIOLINI F., *ibidem*; GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, cit. (nt. 37), p. 278; TOFFOLETTO A., *Amministrazione e controlli*, cit. (nt. 40), p. 235 ss.

⁴³ AMATUCCI C., *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business Judgment Rule*, cit. (nt. 7), pp. 663-664; DE NICOLA A., sub *art.* 2392 c.c., in *Amministratori*, a cura di F. Ghezzi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi e M. Notari, 2005, Egea, Milano, p. 550. In giurisprudenza, v. Cass. civ., Sez. I, 23 marzo 2004, n. 5718.

diligentemente la società (che si sostanzia, di fatto, nell'obbligo di agire in modo informato e in assenza di conflitti di interessi)⁴⁴.

La distinzione appena tracciata è particolarmente rilevante ai fini della presente trattazione, poiché le due tipologie di obblighi sono oggetto di un diverso trattamento nell'ambito del giudizio di responsabilità degli amministratori. Se, infatti, la violazione di un obbligo specifico degli amministratori è facilmente riscontrabile e comporta evidentemente la responsabilità dei medesimi – nell'ipotesi in cui dalla violazione stessa sia derivato un danno –, non sempre è agevole accertare la violazione di un obbligo c.d. “generico”, attesa l'ampiezza della discrezionalità imprenditoriale che contraddistingue l'adempimento del relativo dovere gravante sugli amministratori. Inoltre, per quanto riguarda gli obblighi “generici”, un sindacato eccessivamente profondo e dettagliato circa l'adempimento rischierebbe di limitare di molto proprio la discrezionalità riconosciuta dalla legge agli imprenditori e di “ingessare” la gestione dell'impresa, obbligando di fatto l'organo gestorio ad “appiattare” l'amministrazione su linee-guida dettate da soggetti non esperti del settore (*i.e.* i giudici) e spesso probabilmente inadeguate alla natura e alle dimensioni dell'impresa.

Per queste ragioni (tra le altre che nel successivo capitolo saranno più dettagliatamente esaminate), è stata recepita anche nell'ordinamento italiano una regola “di giudizio” (non codificata nel nostro ordinamento e di origine giurisprudenziale) detta *Business Judgment Rule* (o, in breve, *BJR*). Tale regola (su cui, come anticipato, si tornerà con la dovuta ampiezza nel seguente capitolo) prevede che non possano essere sindacate, al fine dell'affermazione di una responsabilità dell'amministratore, le scelte gestorie assunte da questi, se non nelle ipotesi in cui tali scelte siano state assunte in conflitto di interessi, a seguito di un processo decisionale

⁴⁴ V., sul punto, TINA A., *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, cit. (nt. 33), p. 11 ss. Non rientra invece tra gli obblighi (generici) degli amministratori, secondo la migliore dottrina, quello di essere “periti”: v. BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori*, cit. (nt. 37), p. 361 ss., richiamato da DONGIACOMO G., *Insindacabilità delle scelte di gestione, adeguatezza degli assetti ed onere della prova*, in *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice. Un'analisi comparatistica della business judgment rule*, a cura di C. Amatucci, Giuffrè Editore, Milano, 2014, p. 31 e spec. nt. 3.

viziato o in maniera irrazionale rispetto al processo decisionale svolto⁴⁵.

La *BJR* deve essere iscritta nell'ambito del noto *agency problem* sussistente tra i gestori di un determinato interesse e i titolari del medesimo interesse⁴⁶. Essa, nata nella giurisprudenza statunitense del diciannovesimo secolo, spostando l'attenzione del giudice dalla decisione in sé assunta dall'amministratore al procedimento decisionale che ha portato a tale decisione⁴⁷, individua un equilibrio tra la necessità di non disincentivare l'assunzione da parte dell'organo gestorio di scelte rischiose (ma potenzialmente molto vantaggiose per l'impresa) e quella di garantire ai titolari dell'interesse gestito (i soci) una tutela in caso di danno ingiusto subito per effetto della condotta illegittima dell'amministratore⁴⁸.

Quanto ai presupposti di applicabilità della *BJR* – questione che sarà oggetto di specifico approfondimento nel successivo capitolo –, la dottrina maggioritaria⁴⁹

⁴⁵ Per una descrizione molto chiara degli effetti della *BJR*, v. Cass. civ., Sez. I, 28 aprile 1997, n. 3652, ove: «La responsabilità ipotizzata dall'art. 2392 c.c. discende (...) unicamente dalla violazione di obblighi giuridici, gravanti sui gestori del patrimonio sociale, cui non potrebbe invece essere mai imputato, a titolo di responsabilità, di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico: giacché una valutazione di tal fatta atterrebbe alla sfera dell'opportunità, e dunque della discrezionalità amministrativa, e potrebbe semmai solo rilevare come giusta causa di revoca dell'amministratore dalla carica, e non già come fonte di responsabilità contrattuale dello stesso verso la società». Il passaggio è riportato, tra l'altro, anche da BRIOLINI F., sub *art. 2392*, cit. (nt. 34), p. 1388. Sul punto, si è espressa anche autorevole dottrina, v. BONELLI F., *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, cit. (nt. 37), p. 186, ove: «il giudice non può sindacare l'opportunità o la convenienza delle scelte di gestione degli amministratori, poiché esse rientrano nei loro poteri discrezionali, che non sono sindacabili ex post; il giudice può solo verificare se le scelte sono state compiute senza conflitti di interesse e con quelle cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste dall'ordinaria diligenza professionale».

⁴⁶ KRAAKMAN R., ARMOUR J., DAVIES P., ENRIQUES L., HANSMANN H., HERTIG G., HOPT K., KANDA H., ROCK E., *The Anatomy of Corporate Law. A comparative and functional approach*, cit. (nt. 33), p. 79; MARTINO M., *La responsabilità degli amministratori*, in *Crisi d'impresa e responsabilità nelle società di capitali*, a cura di L. Balestra e M. Martino, 2022, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 135. Sul punto, v., nella dottrina statunitense, BAINBRIDGE S.M., *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, in *57 Vanderbilt Law Review*, 2004, pp. 86-87, che sostiene che il problema centrale del diritto societario consista nella "tensione" tra autorità e responsabilità («authority and accountability») e che la *BJR* sia «the principal mechanism by which corporate law resolves that tension».

⁴⁷ Cfr., BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit. (nt. 9), p. 413.

⁴⁸ Per tutti, v. ANGELICI C., *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, p. 1.

⁴⁹ Cfr., tra gli altri, AMATUCCI C., *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business Judgment Rule*, cit. (nt. 7), pp. 663-664.

e la più seguita giurisprudenza⁵⁰ hanno ritenuto che la regola in parola possa riferirsi esclusivamente proprio agli obblighi c.d. “a contenuto generico” e non anche alla violazione di obblighi “a contenuto specifico”. Inoltre, è dato generalmente riconosciuto (non solo in Italia, ma in generale negli ordinamenti in cui si fa applicazione della *BJR*), che la *BJR* si possa applicare esclusivamente alle scelte imprenditoriali⁵¹ o gestorie (le c.d. *unternehmerische Entscheidungen*)⁵².

Come si è detto, la *Business Judgment Rule* sarà approfonditamente analizzata nel corso del seguente capitolo, ove saranno esaminate l’origine, la *ratio* e l’ambito applicativo della regola in parola.

Così delineato il tema della responsabilità degli amministratori verso la società, si può passare ad esaminare lo stesso tema con riferimento all’organizzazione dell’impresa, formulando così il quesito di ricerca che si intende approfondire nel corso dei seguenti capitoli.

6. (segue): la responsabilità legata all’organizzazione dell’impresa: il quesito di ricerca

Posto tutto quanto sopra, si può giungere ora all’“intreccio” tra l’organizzazione dell’impresa e la responsabilità degli amministratori nei confronti della società. Ci si chiede, infatti, come debbano essere qualificati gli obblighi organizzativi

⁵⁰ V. la già citata Cass. civ., Sez. I, 23 marzo 2004, n. 5718.

⁵¹ V., per tutti, ANGELICI C., *La società per azioni. I. Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, M. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, 2012, Giuffrè, Milano, p. 403.

⁵² L’espressione – ripresa da BENEDETTI L., *L’applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit. (nt. 9), p. 429 – deriva dall’ordinamento tedesco (e specificamente dal § 93, Abs. 1, S. 2, *AktG*), nel quale, con riferimento alla società per azioni (*Aktiengesellschaft*), la *BJR* è regola codificata. Per quanto qui rileva, la norma tedesca prevede: «Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln» (“I membri del consiglio di gestione devono operare nella loro gestione con la diligenza di un amministratore prudente e coscienzioso. Una violazione di tale dovere non sussiste se il membro del consiglio di gestione, nell’assumere una scelta imprenditoriale, poteva ragionevolmente presumere, sulla base di informazioni adeguate, di agire a vantaggio della società”).

gravanti sugli amministratori (oggi previsti sostanzialmente dal secondo comma dell'art. 2086 c.c. e consistenti, come si è detto, nell'obbligo di istituire assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa) e come debba essere trattato il relativo inadempimento.

In particolare, per elaborare un criterio di valutazione della responsabilità dell'organo amministrativo per violazione degli obblighi organizzativi, è imprescindibile indagare la natura delle scelte organizzative. E infatti, se non è in discussione l'applicabilità della *Business Judgment Rule* – anche detta *safe harbor*⁵³ o *judicial restraint*⁵⁴ – alle scelte gestorie, è necessario chiedersi se questa si possa estendere anche alle scelte organizzative e, dunque, se queste ultime possano essere considerate “scelte imprenditoriali”.

La dottrina è ancora oggi profondamente divisa circa l'applicabilità della *BJR* agli obblighi organizzativi⁵⁵ e il tema più discusso è proprio quello relativo alla possibilità di ricondurre la “scelta organizzativa” alla categoria della “scelta imprenditoriale”. In particolare, una parte della dottrina ha definito l'obbligo organizzativo – per effetto dell'ampiezza del requisito di adeguatezza – «dovere specifico, ancorché a contenuto indeterminato»⁵⁶ e, come tale, da adempiere solo attraverso l'esercizio di una discrezionalità amministrativa che giustificerebbe l'applicabilità del *judicial restraint*⁵⁷. La posizione in parola ha anche rilevato il rischio che, in

⁵³ In quanto la regola costituirebbe, per gli amministratori che abbiano agito legittimamente, un “porto sicuro”.

⁵⁴ In quanto la *BJR* non rappresenta una regola di condotta degli amministratori, ma, piuttosto, una regola di giudizio che si impone sui giudici, il cui sindacato delle scelte compiute dall'organo gestorio è limitato alla sola legittimità dell'agire. Cfr., sul punto, ALVARO S., CAPPARIELLO E., GENTILE V., IANNACCONE E.R., MOLLO G., NOCELLA S., VENTORUZZO M., *Business judgement rule e mercati finanziari. Efficienza economica e tutela degli investitori*, cit. (nt. 33), p. 10. Non a caso, nella dottrina statunitense, si fa riferimento alla *BJR* come «abstention doctrine» («courts in fact refrain from reviewing board decisions unless exacting preconditions for review are satisfied»), BAINBRIDGE S.M., *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, cit. (nt. 46), p. 87.

⁵⁵ Cfr., per tutti, CALANDRA BUONAURA V., *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, in *Giur. comm.*, 2020, p. 12, spec. nt. 13, ove ampi riferimenti; v. anche BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit., *passim*.

⁵⁶ Così BRIZZI F., *Procedure di allerta e doveri degli organi di gestione e controllo: tra nuovo diritto della crisi e diritto societario*, in *Rivista ODC*, 2019, p. 383.

⁵⁷ V. BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit. (nt. 9), p. 434.

caso di valutabilità nel merito delle scelte organizzative, ogni assetto organizzativo, amministrativo e contabile potrebbe essere – automaticamente e senza ulteriore indagine – considerato inadeguato ogniqualvolta dovessero emergere tardivamente situazioni di crisi dell’impresa o un qualsiasi danno dovesse derivare all’impresa per effetto dell’attività degli amministratori.

Altra parte della dottrina ha invece ritenuto la non applicabilità della *BJR* affermando che: (i) le scelte organizzative sono giuridicamente imposte e non comportano una selezione tra gli interessi che influiscono sull’efficienza dell’impresa⁵⁸; (ii) specifici indici in base ai quali valutare la correttezza o l’erroneità delle scelte dell’organo amministrativo possono essere derivati dalle scienze aziendalistiche⁵⁹; (iii) l’obbligo organizzativo attiene alla legittimità e non al merito dell’operato dell’organo amministrativo, al *quomodo* e non al *quid* della gestione⁶⁰.

Nei capitoli che seguono, si tenterà di fornire una soluzione pratica alla problematica evidenziata, proponendo l’assunzione di un approccio “funzionale” o “finalistico”, basato cioè sulla finalità della scelta organizzativa (tentando pure di categorizzare le scelte organizzative in modo da rendere la soluzione individuata applicabile a un numero indefinito di ipotesi).

Per quanto attiene poi alla rilevanza dei risultati dell’indagine, essi assumono, in una prospettiva di prossimo futuro, un importante valore pratico, dal momento che si è ritenuto⁶¹ che, successivamente all’introduzione delle ultime modifiche normative in materia di organizzazione dell’impresa (e cioè del nuovo secondo comma dell’art. 2086 c.c.), gran parte dei giudizi di responsabilità degli amministratori sarà prevedibilmente fondata proprio sull’inadempimento all’obbligo

⁵⁸ Cfr. ANGELICI C., *La società per azioni. I. Principi e problemi*, cit. (nt. 51), p. 401 ss.; IRRERA M., *La Business Judgment Rule e gli assetti adeguati*, in *Società e Contratti, Bilancio e Revisione*, 2020, 6, p. 9.

⁵⁹ Cfr. MONTALENTI P., *La gestione dell’impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 828.

⁶⁰ Cfr. AMATUCCI C., *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business Judgment Rule*, cit. (nt. 7), p. 648.

⁶¹ SPOLIDORO M.S., *Note critiche sulla «gestione dell’impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, cit. (nt. 23), pp. 269-270.

di istituzione di assetti adeguati⁶². D'altra parte, la ragione per cui in seguito alla riforma del 2003 – nonostante l'importante spazio riconosciuto agli assetti organizzativi, amministrativi e contabili – i giudizi di responsabilità degli amministratori non si sono concentrati soprattutto sulla violazione di obblighi organizzativi è stata individuata, oltre che in una «scarsa sensibilità alle innovazioni»⁶³, proprio nell'incertezza da parte della giurisprudenza circa l'applicabilità o meno della *BJR* all'obbligo organizzativo degli amministratori⁶⁴. Ebbene, si ritiene qui che con l'innovazione introdotta dal codice della crisi gli operatori del diritto dovranno⁶⁵ necessariamente fare i conti con la centralità degli obblighi organizzativi e pertanto appare ben rilevante approfondire la questione tentando di giungere a un soddisfacente risultato interpretativo.

⁶² Ciò soprattutto in situazioni di crisi che sfocino in insolvenza, tenendo presente che già prima del Codice della crisi (e dunque del nuovo secondo comma dell'art. 2086 c.c.) la maggior parte dei giudizi di responsabilità nei confronti degli amministratori era avviata proprio dagli organi di procedure concorsuali per prosecuzione dell'attività d'impresa in caso di riduzione del capitale sociale al disotto del minimo legale. Cfr. PISCITELLO P., 2012, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgement rule*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 1172.

⁶³ Così GENNARI F., *Modelli organizzativi dell'impresa e responsabilità degli amministratori di s.p.a. nella riforma della legge fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2018, p. 295.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ A dire il vero, pare che i giudici di merito si siano già trovati in più occasioni a doversi pronunciare sulla responsabilità organizzativa degli amministratori. In particolare, si ricordano: Trib. Milano 18 ottobre 2019, in *Giur. it.*, 2020, p. 363 ss.; Trib. Roma, 8 aprile 2020, in *Giur. comm.*, II, 2021, p. 1358 ss.; Trib. Roma 15 settembre 2020, in *Giur. comm.*, II, 2021, p. 1358 ss.; Trib. Cagliari, 19 gennaio 2022, in *Giur. comm.*, 2023, II, p. 301 ss.; Trib. Catania, 8 febbraio 2023, in *Fall.*, 2023, p. 817 ss.

CAPITOLO II

LA *BUSINESS JUDGMENT RULE*: EVOLUZIONE STORICA, *RATIO* E AMBITO APPLICATIVO

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Contenuto della regola – 3. Evoluzione storica della *Business Judgment Rule* – 4. *Ratio* della regola – 5. Ambito applicativo della regola: la scelta imprenditoriale

1. Premessa

Per poter adeguatamente dare una risposta al quesito di ricerca – relativo, come si è detto, all’applicabilità del *judicial restraint* alle scelte organizzative degli amministratori di società per azioni – è necessario svolgere un’approfondita analisi della regola, esaminandone il contenuto, l’evoluzione storica, la *ratio* e il suo ambito applicativo. D’altra parte, non può ignorarsi ciò che autorevole dottrina ha sostenuto in ambito di *Business Judgment Rule*, e cioè che la «dottrina della BJR è sovente un momento ineludibile nella valutazione della responsabilità risarcitoria degli amministratori»⁶⁶, arrivando ad affermare – a ragione, a parere di chi scrive – che la regola in questione ha una rilevanza tale da definire il modello di governo societario adottato da un ordinamento⁶⁷.

Premessane la grande rilevanza non solo nell’impianto della presente trattazione ma nell’intero sistema del diritto commerciale e societario (peraltro non solo italiano e non solo europeo, ma – come si accennerà in seguito – di moltissimi ordinamenti nel mondo, anche molto lontani da quello italiano), si passa ora all’analisi della *Business Judgment Rule*.

⁶⁶ Così AMATUCCI C., *Introduzione*, in *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice. Un’analisi comparatistica della Business Judgment Rule*, a cura di C. Amatucci, 2014, Giuffrè Editore, Milano, p. VII.

⁶⁷ *Ibidem*.

2. Contenuto della regola

Per esaminare adeguatamente il contenuto della regola e per giungere a elaborare una definizione quanto più completa possibile, si può prendere le mosse dal seguente assunto: il giudice investito dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di società «non può esaminare gli atti degli amministratori sulla base di criteri di opportunità e di convenienza, poiché in tal modo verrebbe a sostituire, *ex post*, il proprio apprezzamento soggettivo a quello espresso o attuato dall'organo amministrativo a ciò legittimato»⁶⁸. Pertanto, l'unico esame consentito è quello relativo alla verifica che siano stati rispettati, nell'agire che ha cagionato un danno alla società, gli obblighi specifici e generici degli amministratori.

Da un punto di vista più teorico (utile a elaborare regole generali) e meno “operativo”, secondo la regola qui oggetto di approfondimento il sindacato giurisdizionale sulle scelte degli amministratori non può spingersi sino all'esame del “merito” delle scelte gestorie (o imprenditoriali) ma deve limitarsi a verificare la “legittimità” dell'azione amministrativa⁶⁹, e cioè il rispetto degli obblighi imposti agli amministratori nell'ambito del procedimento che ha condotto all'assunzione della scelta di merito insindacabile⁷⁰.

Ne consegue che, nell'ipotesi in cui un amministratore di società, nel rispetto di tutte le norme di comportamento e della diligenza del buon amministratore, abbia utilizzato la propria discrezionalità imprenditoriale per assumere una scelta poi rivelatasi dannosa per la società medesima, l'amministratore stesso non potrà essere tenuto responsabile per tale danno.

Rimangono al di fuori del c.d. *safe harbor* sia le scelte gestorie che, come detto nel precedente capitolo, non prevedono alcun tipo di discrezionalità in capo agli amministratori (i c.d. obblighi specifici, che, una volta violati, determinano sempre – in presenza di un danno – una responsabilità in capo all'organo gestorio),

⁶⁸ Così TINA A., *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, cit. (nt. 33), p. 60, il quale cita, alla nt. 123, numerosi precedenti di legittimità e di merito sul punto.

⁶⁹ V., tra i molti, *ibidem*; MARTINO M., *La responsabilità degli amministratori*, in *Crisi d'impresa e responsabilità nelle società di capitali*, cit. (nt. 46), pp. 135-136.

⁷⁰ Cfr. ANGELICI C., *Interesse sociale e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, p. 580.

sia quelle assunte in maniera irrazionale, cioè attraverso l'esercizio «non già discrezionale, ma senz'altro arbitrario, delle prerogative gestorie»⁷¹.

Si badi tuttavia che, a parere di chi scrive, le ipotesi citate non costituiscono invero eccezioni alla regola dettata dalla *BJR* ma semmai dei limiti⁷² alla medesima, che si pongono in linea con la sua naturale portata.

Quanto agli obblighi specifici degli amministratori, l'applicazione del *judicial restraint* a questi imporrebbe al giudice di valutare il processo decisionale che ha condotto all'assunzione, da parte dell'organo gestorio, di una decisione evidentemente *contra legem*, il che non è ammissibile in quanto non è di certo in linea con l'ordinamento riconoscere agli amministratori di società una discrezionalità che si spinga fino alla decisione se rispettare o meno disposizioni di diritto positivo. Come si dirà infatti più oltre, nell'ambito della distinzione tra il rischio economico nell'agire imprenditoriale e il c.d. rischio "giuridico" (corrispondente proprio alla scelta di violare una disposizione di legge), quest'ultimo rappresenta un limite esterno – non legittimamente valicabile – all'agire e alla discrezionalità degli amministratori⁷³.

Quanto invece alle scelte assunte in maniera arbitraria o irrazionale, queste escludono la possibilità per gli amministratori di ricorrere al *safe harbor* della *Business Judgment Rule* proprio perché la loro stessa assunzione presuppone la violazione – nell'ambito del processo decisionale che ha condotto all'assunzione della scelta gestoria – della regola di condotta consistente nel dovere di amministrare la società con diligenza⁷⁴: da qui, l'invocazione della *BJR* risulta inutile, dal momento

⁷¹ MARTINO M., *La responsabilità degli amministratori*, in *Crisi d'impresa e responsabilità nelle società di capitali*, cit. (nt. 46), p. 137; ALVARO S., CAPPARIELLO E., GENTILE V., IANNACCONE E.R., MOLLO G., NOCELLA S., VENTORUZZO M., *Business judgement rule e mercati finanziari. Efficienza economica e tutela degli investitori*, cit. (nt. 33), pp. 38-39. Si veda, sul punto, anche la decisione assunta da Cass. Civ., Sez. I, 12 agosto 2009, n. 18231.

⁷² Anche Trib. Roma, 8 aprile 2020, cit., fa espresso riferimento ai "limiti" dalla *Business Judgment Rule*.

⁷³ Cfr. MAUGERI M., *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, cit. (nt. 20), pp. 8-9, ove si formula una distinzione tra il rischio economico nell'agire imprenditoriale e il c.d. rischio "giuridico".

⁷⁴ Si veda, in proposito, quanto statuito da Trib. Milano, 2 marzo 1995, in *Società*, 1996, p. 57 ss., (citata da ALVARO S., CAPPARIELLO E., GENTILE V., IANNACCONE E.R., MOLLO G., NOCELLA S., VENTORUZZO M., *Business judgement rule e mercati finanziari. Efficienza economica e tutela degli*

che essa si applica (e rende gli amministratori immuni da responsabilità) proprio nel momento in cui il processo decisionale non risulta viziato da violazione di legge⁷⁵. È evidente, poi, che vi deve essere una coerenza tra il risultato del procedimento decisionale e la scelta assunta dall'amministratore poiché sarebbe inutile seguire un corretto procedimento decisionale e poi discostarsi dalle sue risultanze mediante una decisione incoerente con le stesse: sarà senz'altro sindacabile quella decisione imprenditoriale che si pone a conclusione di un *iter* procedimentale correttamente condotto ma che è in contraddizione (se non addirittura in antitesi) con gli esiti del procedimento svolto⁷⁶.

Sulla base di tutto quanto detto sopra, la *Business Judgment Rule* può essere definita come segue: si tratta di quella regola di giudizio che comporta l'esclusione della sindacabilità nel merito (a fini risarcitori) della scelta imprenditoriale degli amministratori che ha cagionato un danno, quando questa (la scelta) è stata assunta in modo informato e seguendo un *iter* decisionale legittimo (quindi – tra le altre cose – non in modo arbitrario o irrazionale) e risulta coerente con gli esiti di tale *iter*⁷⁷.

investitori, cit. (nt. 33), p. 39 e spec. nt. 139), nonché la già citata Cass. Civ., Sez. I, 12 agosto 2009, n. 18231.

⁷⁵ In materia, giova ricordare il brocardo “*ignorantia aleae non excusat; scientia aleae excusat*”, riportato da BARCELLONA E., *Business Judgment Rule e interesse sociale nella “crisi”*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 30.

⁷⁶ Cfr., sul punto, Trib. Torino, 29 settembre 2020, in *DeJure*, ove: «la BJR opera esclusivamente quando le decisioni operative sono assunte secondo i principi di corretta gestione societaria e, esemplificando, quando gli atti di gestione (i) sono conformi alla legge e allo statuto sociale, (ii) non sono contaminati da situazioni di conflitto di interesse dei gestori, (iii) sono assunti all'esito di un procedimento di assunzione di informazioni propedeutiche alla decisione gestoria adeguato all'incidenza sul patrimonio dell'impresa e (iv) sono razionalmente coerenti con le informazioni e le aspettative di risultato emerse dal procedimento istruttorio». In linea con tale pronuncia, v. anche Cass. Civ., Sez. I, 24 gennaio 2023, n. 2172.

In dottrina, rispetto alla ragionevolezza come limite di operatività della *Business Judgment Rule*, cfr., tra gli altri, BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit. (nt. 9), p. 452 e spec. nt. 116; GIORGIANNI V., *L'insindacabilità del merito delle scelte di gestione degli amministratori di società di capitali ed il limite della ragionevolezza*, in *Danno resp.*, 2024, 2, p. 217 ss.

⁷⁷ Cfr., tra gli altri, BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit. (nt. 9), p. 413; TINA A., *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, cit. (nt. 33), pp. 61-64.

3. Evoluzione storica della *Business Judgment Rule*

a) *La giurisprudenza statunitense: da Percy v. Millaudon ad Aronson*

La prima traccia della *BJR* in un provvedimento giurisdizionale viene generalmente⁷⁸ individuata in un pronunciamento della Corte Suprema della Louisiana (negli Stati Uniti), risalente al 1829⁷⁹.

Il caso, in particolare, riguarda un giudizio d'appello rispetto a un'azione promossa dai soci di una banca (la *Planters' Bank*) contro tre amministratori della stessa. Agli amministratori convenuti vengono attribuite numerose condotte dannose per la banca medesima, alcune addirittura di natura fraudolenta. Gli amministratori chiamati a rispondere di tali condotte, nelle proprie difese, negano i fatti per come ricostruiti dagli attori e, in ogni caso, affermano che ogni azione deve essere attribuita all'intero consiglio di amministrazione e che è stata compiuta in buona fede, senza intenzioni fraudolente.

Gli attori impugnano, proprio dinanzi alla Corte Suprema della Louisiana, la decisione di primo grado con la quale il giudice, pur accertando un utilizzo gravemente scorretto dei fondi della banca – e un conseguente danno a carico dei soci –, non aveva ritenuto che vi fossero prove sufficienti per condannare i convenuti.

Prima di esaminare specificamente ciascuna delle presunte condotte dannose attribuite agli amministratori convenuti, la Corte Suprema della Louisiana ritiene necessario – ed è qui che si individua il punto centrale, ai nostri fini, della decisione – determinare il livello di cura e diligenza richiesto agli amministratori di una banca. A tal proposito, il giudice d'appello afferma che tale diligenza è quella che si può richiedere a un soggetto di capacità e conoscenza ordinaria e che pertanto la responsabilità potrà derivare solo dalla sussistenza di un errore così grave che un soggetto di buon senso e di ordinaria conoscenza non avrebbe commesso. Nel giungere a questa conclusione, la Corte afferma: «when the person who is appointed

⁷⁸ V., tra gli altri, ALVARO S., CAPPARIELLO E., GENTILE V., IANNACCONE E.R., MOLLO G., NOCELLA S., VENTORUZZO M., *Business judgement rule e mercati finanziari. Efficienza economica e tutela degli investitori*, cit. (nt. 33), p. 9 e spec. nt. 8.

⁷⁹ *Percy v. Millaudon*, 8 Mart. (n.s.) 68 (La. 1829), disponibile all'indirizzo *westlaw.com*.

attorney in fact, has the qualifications necessary for the discharge of the *ordinary duties* of the trust imposed, we are of opinion that on the occurrence of difficulties, in the exercise of it, which offer only a choice of measures, the adoption of a course from which loss ensues cannot make the agent responsible, if the error was one into which a prudent man might have fallen. The contrary doctrine seems to us, to suppose the possession, and require the exercises, of perfect wisdom in fallible beings. No man would undertake to render a service to another on such severe conditions».

In sostanza, nella motivazione di questa decisione si riscontra la tendenza da parte della Corte statunitense ad accettare che l'errore, nell'ambito di un rapporto di *agency*, non sempre debba condurre all'accertamento di una responsabilità in capo all'*agent*, ove si provi che questi ha utilizzato la diligenza richiesta nella specifica circostanza. È proprio in ciò che è stato rinvenuto il “seme” della *BJR*.

A partire dalla decisione appena riportata, nell'ordinamento statunitense la *Business Judgment Rule* ha cominciato a diffondersi assumendo anche diverse conformazioni, per poi “trasformarsi” in quella che è sostanzialmente una presunzione, molto chiaramente enunciata nel noto precedente *Aronson v. Lewis* in Delaware nel 1984, e cioè che «in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company»⁸⁰: solo se sussistono elementi di fatto in base ai quali si può superare la presunzione che l'azione degli amministratori abbia perseguito il miglior interesse della società (da provarsi a carico di chi intende ottenere l'accertamento della responsabilità dell'organo gestorio), gli amministratori – nell'ordinamento statunitense – potranno essere tenuti responsabili per una scelta imprenditoriale rivelatasi dannosa per la società medesima.

⁸⁰ La citazione è tratta dalla pronuncia della Corte Suprema del Delaware *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805 (Del. 1984), in *westlaw.com*. Richiama la decisione in parola BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit. (nt. 9), p. 413, spec. nt. 1. La formulazione, in questi termini, della *BJR* è detta negli Stati Uniti “*Aronson formulation*” (v. SHARFMAN B.S., *The Importance of the Business Judgment Rule*, in *New York University Journal of Law and Business*, 2017, p. 48). V. anche BAINBRIDGE S.M., *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, cit. (nt. 46), pp. 88-89. A questa formulazione si aggiunge – sulla scorta di una successiva pronuncia molto nota (*Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858, 873 (Del. 1985), in *westlaw.com*) – che, in ogni caso, una decisione non informata può comunque condurre all'accertamento della responsabilità degli amministratori.

b) (segue): le decisioni *In re Caremark* e *In re Citigroup*

Proseguendo nella ricognizione storica della regola oggetto dell'elaborato, vengono in rilievo due ulteriori decisioni che negli Stati Uniti hanno avuto una grande rilevanza e che sono senz'altro tra le più citate in tema di *Business Judgment Rule*.

La prima è stata emessa dalla Court of Chancery del Delaware nel 1996 ed è generalmente conosciuta come *In re Caremark*⁸¹. Questa, in breve, la vicenda: si tratta di un giudizio relativamente alla giustizia e adeguatezza di una proposta transattiva⁸² finalizzata a concludere una lite relativa alla responsabilità degli amministratori della società Caremark International Inc. per aver agito in contrasto rispetto al loro *duty of care*. Nel determinare se, appunto, la proposta transattiva fosse adeguata e corretta, la corte verifica se, nel caso di specie, si sarebbe potuti giungere a un accoglimento della pretesa attorea e, dunque, all'accertamento della responsabilità degli amministratori convenuti. Nel verificare tale elemento, la corte si intrattiene proprio sulla responsabilità degli amministratori per violazione del *duty of care* (in sostanza, nel nostro ordinamento, della diligenza) e svolge alcune considerazioni che hanno reso il precedente in questione tra i più rilevanti in tema di *BJR*: «What should be understood, but may not widely be understood by courts or commentators who are not often required to face such questions, is that compliance with a director's duty of care can never appropriately be judicially determined by reference to the content of the board decision that leads to a corporate loss, apart from consideration of the good faith or rationality of the process employed. That is, whether a judge or jury considering the matter after the fact, believes a decision substantively wrong, or degrees of wrong extending through "stupid" to "egregious" or "irrational", provides no ground for director liability, so long as the court determines that the process employed was either rational or employed in a good faith effort to advance corporate interests. To employ a different rule—one that

⁸¹ *In re Caremark Intern. Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959 (Del. 1996), in *westlaw.com*.

⁸² La sentenza recita, infatti: «The ultimate issue then is whether the proposed settlement appears to be fair to the corporation and its absent shareholders. In this effort the court does not determine contested facts, but evaluates the claims and defenses on the discovery record to achieve a sense of the relative strengths of the parties' positions».

permitted an “objective” evaluation of the decision—would expose directors to substantive second guessing by ill-equipped judges or juries, which would, in the long-run, be injurious to investor interests. Thus, the business judgment rule is process oriented and informed by a deep respect for all good faith board decisions».

Dunque, con la decisione in parola, la giurisprudenza statunitense (e, in particolare, quella del Delaware) in maniera estremamente incisiva ed esplicita pone al centro dello scrutinio del giudice non la decisione in sé assunta dall’organo amministrativo della società ma piuttosto il processo decisionale che a tale scelta ha condotto⁸³, escludendo ogni responsabilità dell’organo amministrativo ove tale processo sia stato in maniera razionale o comunque in un modo orientato, secondo buona fede, al perseguimento dell’interesse della società.

La seconda decisione riguarda invece un’azione di responsabilità risalente al 2009 promossa dai soci dell’istituto finanziario Citigroup Inc. contro gli amministratori della società medesima. La sentenza in questione è stata emessa dalla Court of Chancery del Delaware ed è generalmente conosciuta come *In re Citigroup*⁸⁴. In sintesi, l’accusa che gli attori muovono all’organo gestionale di Citigroup riguarda l’asserita violazione dei *fiduciary duties* degli amministratori per avere questi omesso di monitorare e gestire correttamente i rischi che la società correva per effetto dei problemi nel mercato del credito *subprime* e per avere omesso di fare adeguata *disclosure* in merito all’esposizione di Citigroup rispetto agli *asset subprime*. In particolare, gli attori affermano «that there were extensive “red flags” that should have given defendants notice of the problems that were

⁸³ Come corollario alla decisione c.d. *Caremark*, in materia di vigilanza da parte dell’organo amministrativo sugli eventuali illeciti commessi dai soggetti operati all’interno della società (*i.e.*, in sostanza, in materia di obblighi organizzativi), si pone la successiva pronuncia *Stone v. Ritter*, 911 A.2d 362 (Del. 2006), in *westlaw.com*, ove: «*Caremark* articulates the necessary conditions predicate for director oversight liability: (a) the directors utterly failed to implement any reporting or information system or controls; or (b) having implemented such a system or controls, consciously failed to monitor or oversee its operations thus disabling themselves from being informed of risks or problems requiring their attention. In either case, imposition of liability requires a showing that the directors knew that they were not discharging their fiduciary obligations. Where directors fail to act in the face of a known duty to act, thereby demonstrating a conscious disregard for their responsibilities, they breach their duty of loyalty by failing to discharge that fiduciary obligation in good faith».

⁸⁴ *In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation*, 964 A.2d 106 (Del. 2009), in *westlaw.com*.

brewing in the real estate and credit markets and that defendants ignored these warnings in the pursuit of short term profits at the expense of the Company's long term viability». Queste violazioni, nella prospettazione attorea, avrebbero lasciato Citigroup esposta a «massive losses» alla fine del 2007.

Prima di entrare nel merito della vicenda, quale generale premessa in diritto, la Corte del Delaware, dopo aver ricordato che l'essenza del *business judgment* sta proprio nella valutazione e nel bilanciamento tra rischio e possibile guadagno, afferma: «It is almost impossible for a court, in hindsight, to determine whether the directors of a company properly evaluated risk and thus made the “right” business decision. In any investment there is a chance that returns will turn out lower than expected, and generally a smaller chance that they will be far lower than expected. When investments turn out poorly, it is possible that the decision-maker evaluated the deal correctly but got “unlucky” in that a huge loss—the probability of which was very small—actually happened. It is also possible that the decision-maker improperly evaluated the risk posed by an investment and that the company suffered large losses as a result. Business decision-makers must operate in the real world, with imperfect information, limited resources, and an uncertain future. To impose liability on directors for making a “wrong” business decision would cripple their ability to earn returns for investors by taking business risks. Indeed, this kind of judicial second guessing is what the business judgment rule was designed to prevent, and even if a complaint is framed under a Caremark theory, this Court will not abandon such bedrock principles of Delaware fiduciary duty law».

Ancora, più avanti, mentre è affrontato il merito della vicenda, la Corte rileva che gli attori affermano che gli amministratori convenuti avrebbero agito in mala fede dal momento che non avevano rilevato i segnali di allarme consistenti nel deterioramento del mercato dei mutui *subprime* e che pertanto avevano omesso di far sì che Citigroup modificasse la propria politica di investimenti al fine di limitare l'esposizione a tale mercato. Sottolinea però il giudice che i doveri di controllo degli amministratori sulla gestione sono finalizzati ad assicurare l'esistenza di adeguati sistemi di *reporting* e di circolazione delle informazioni, i quali consentirebbero agli amministratori medesimi di conoscere e prevenire illeciti idonei a causare

perdite per la società. Tuttavia, rileva la Corte che sussistono differenze significative tra l'omissione di un controllo su comportamenti fraudolenti o penalmente rilevanti dei dipendenti della società e la mancata rilevazione della misura del rischio imprenditoriale che la medesima società corre. Infatti, gli amministratori – continua la Corte – sono certamente obbligati dalla normativa del Delaware a garantire corretti flussi informativi e di *reporting* al fine di individuare condotte fraudolente o criminali all'interno della società, in modo da evitare che quest'ultima sia sottoposta a rischi di danni o perdite derivanti da tali condotte; però – per quanto allettante – sarebbe ben altra cosa affermare che tali doveri di supervisione dovrebbero essere applicati anche al monitoraggio del rischio imprenditoriale. Una responsabilità derivante dalla violazione di tali obblighi, infatti, considerato anche che l'attività di Citigroup consisteva nell'assunzione e nella gestione di investimenti e altri rischi imprenditoriali, richiederebbe necessariamente un sindacato *ex post* su decisioni «at the heart of the business judgment of directors». Prosegue dunque la Corte affermando che i doveri di monitoraggio previsti dalla normativa del Delaware non sono disegnati per sottoporre gli amministratori, anche esperti, a una responsabilità personale derivante dall'incapacità di prevedere il futuro e di valutare correttamente il rischio imprenditoriale; tuttavia, è proprio tale sindacato, proibito dalla *Business Judgment Rule*, che il giudice pone in essere se prende in considerazione le «red flags» relative al mercato dei mutui *subprime*. Nel concludere il proprio ragionamento, la Corte afferma quindi che in ogni decisione imprenditoriale che ha un esito negativo possono probabilmente individuarsi segnali ai quali si potrebbe guardare per evidenziare che la decisione era sbagliata e che gli amministratori avrebbero potuto fare, invece, la scelta giusta, specialmente in casi in cui il danno risulta essere particolarmente grave in termini di perdite; tuttavia, questa “tentazione”, secondo la Corte, sarebbe proprio una delle ragioni che giustificano l'esistenza della *BJR*, che non può certo essere messa da parte sulla base delle dimensioni del danno.

In conclusione, rigettando le domande proposte dagli attori, la Corte afferma: «Citigroup has suffered staggering losses, in part, as a result of the recent problems in the United States economy, particularly those in the subprime mortgage market. It is understandable that investors, and others, want to find someone to hold

responsible for these losses, and it is often difficult to distinguish between a desire to blame *someone* and a desire to force those responsible to account for their wrongdoing. Our law, fortunately, provides guidance for precisely these situations in the form of doctrines governing the duties owed by officers and directors of Delaware corporations. This law has been refined over hundreds of years, which no doubt included many crises, and we must not let our desire to blame someone for our losses make us lose sight of the purpose of our law. Ultimately, the discretion granted directors and managers allows them to maximize shareholder value in the long term by taking risks without the debilitating fear that they will be held personally liable if the company experiences losses. This doctrine also means, however, that when the company suffers losses, shareholders may not be able to hold the directors personally liable».

Insomma, nel caso di specie, la Corte, con ampie argomentazioni e attraverso importanti statuizioni di principio (anche relative all’assetto organizzativo dell’impresa), rifiuta di sottoporre a scrutinio le scelte degli amministratori pure in presenza di perdite molto gravi proprio in ragione del fatto che (i) la scelta imprenditoriale comporta l’assunzione di un rischio imprenditoriale (il c.d. *business risk*) la cui adeguatezza – in sostanza – non può essere valutata *ex post* da un giudice e che (ii) la presunzione su cui si fonda l’impostazione statunitense della *BJR* non sarebbe stata superata dagli attori.

I precedenti riportati ed esaminati finora descrivono la nascita e lo sviluppo della *BJR* nell’ordinamento statunitense, nel quale la regola in questione ha avuto origine. Ciò è utile sia per approfondire la *Business Judgment Rule* partendo del suo luogo di genesi, sia per confrontare il contenuto della stessa negli Stati Uniti con il suo contenuto nel nostro ordinamento. E infatti, come si è potuto vedere – per quanto non esista ancora oggi una nozione univoca e definitiva di *BJR* negli Stati Uniti⁸⁵ –, la regola nella giurisprudenza nordamericana pare essere particolarmente

⁸⁵ Così ALVARO S., CAPPARIELLO E., GENTILE V., IANNACCONE E.R., MOLLO G., NOCELLA S., VENTORUZZO M., *Business judgement rule e mercati finanziari. Efficienza economica e tutela degli investitori*, cit. (nt. 33), p. 16. Sul punto, v. anche BAINBRIDGE S.M., *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, cit. (nt. 46), pp. 83-84, ove: «Countless cases invoke [the business judgment rule] and countless scholars have analyzed it. Yet, despite all of the attention lavished on it, the

rigida⁸⁶ e di molto favorevole all'organo amministrativo delle società. Tale circostanza risulterà rilevante più oltre nell'ambito del presente elaborato, quando si affronterà nello specifico il tema dell'applicabilità della regola alle scelte organizzative degli amministratori: la consapevolezza delle differenze applicative e di contenuto della *BJR* tra Stati Uniti e Italia saranno necessarie a non accettare automaticamente e sempre l'argomento comparatistico secondo il quale la regola dovrebbe applicarsi in situazioni analoghe a quelle in cui si applica nell'ordinamento nordamericano.

c) La giurisprudenza italiana: la decisione del 1965

Per quanto non secolare come quella statunitense, anche nel nostro ordinamento la *Business Judgment Rule* vanta una lunga storia, segnata da rilevanti precedenti giurisprudenziali che di seguito saranno oggetto di analisi⁸⁷.

Un primo⁸⁸ forte richiamo alla *Business Judgment Rule* si riscontra già in

business judgment rule remains poorly understood. We lack a coherent and unified theory that explains why the rule exists and where its limits should be placed».

⁸⁶ C'è chi sostiene che la regola sia addirittura eccessivamente rigida nella giurisprudenza statunitense. V., a tal proposito, PAN E.J., *Rethinking the board's duty to monitor: a critical assessment of the Delaware doctrine*, in *Fla. St. U. L. Rev.*, 2011, p. 211 ss., ove: «Delaware courts have defined too narrowly the scope of the duty and have made it undesirably difficult for plaintiffs to bring forward duty to monitor claims. As it is currently conceived, the duty to monitor rewards ignorance and passivity by directors, imposing little obligation on them to take an active interest in the corporation's business. By limiting the scope of the duty only to cases of wrongdoing and illegality, the doctrine encourages directors to focus on legal compliance at the expense of business performance—an odd result when boards are usually stocked with persons touted for their business, not legal, acumen. The focus on legal compliance also encourages government authorities to criminalize a broader scope of corporate activities, as this is the only way to ensure directors follow desirable corporate governance practices».

⁸⁷ Per una ricognizione giurisprudenziale della regola nel nostro ordinamento, v. ALVARO S., CAPPARIELLO E., GENTILE V., IANNACCONE E.R., MOLLO G., NOCELLA S., VENTORUZZO M., *Business judgment rule e mercati finanziari. Efficienza economica e tutela degli investitori*, cit. (nt. 33), p. 33 ss., nonché CESIANO D., *L'applicazione della "Business Judgment Rule" nella giurisprudenza italiana*, in *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice. Un'analisi comparatistica della Business Judgment Rule*, a cura di C. Amatucci, 2014, Giuffrè Editore, Milano, p. 103 ss.

⁸⁸ Invero, pare che vi siano dei richiami alla *BJR* già in alcune pronunce antecedenti, che tuttavia sono rimaste inedite. Ad ogni modo, il precedente qui esaminato risulta essere di particolare rilievo in quanto particolarmente eloquente rispetto ai principi ivi statuiti e generalmente ricordato come il primo in materia di *judicial restraint*.

una pronuncia di legittimità risalente al 1965⁸⁹. Il giudizio riguarda la presunta responsabilità degli amministratori della Società cooperativa Lavoratori di Arzignano per fatti compiuti tra il 1957 e il 1958 e in particolare per la vendita del cinema-teatro di proprietà della cooperativa – «che costituiva il maggior cespite patrimoniale della società e l’oggetto stesso delle prevalenti finalità sociali» –, vendita avvenuta con modalità sospette (cioè all’improvviso e quasi clandestinamente) per un prezzo definito «vile».

Dopo la decisione del giudice di primo grado (l’esito della quale non è reso noto al lettore del solo pronunciamento di legittimità), il giudice d’appello ha ritenuto sussistente una responsabilità in capo agli amministratori della Cooperativa proprio per le ragioni di cui sopra.

Nel decidere il ricorso (presentato dagli amministratori) nel merito, la Suprema Corte afferma: «Come già si è detto, gli amministratori devono adempiere con la diligenza del mandatario i doveri ad essi imposti dalla legge e dall’atto costitutivo, la cui inosservanza importa responsabilità solidale verso la società per i danni da questa risentiti. Deliberata e promossa l’azione di responsabilità contro gli amministratori, a norma dell’art. 2393 codice civile, il giudice non può “fondare il suo giudizio su di un diverso apprezzamento discrezionale dell’opportunità dei singoli atti dai medesimi compiuti”, come è detto nell’impugnata sentenza e come è ripetuto e sottolineato in entrambi i ricorsi. In effetti, il giudice non può sindacare il merito degli atti o dei fatti compiuti dagli amministratori, o meglio non può giudicare sulla base di criteri discrezionali di opportunità o di convenienza, poiché in tal modo egli sostituirebbe, ex post, il proprio apprezzamento soggettivo a quello espresso o attuato dall’organo all’uopo legittimato. Ai fini dell’azione sociale di responsabilità, il giudice deve accertare e valutare il comportamento degli amministratori in base ai principi generali che regolano gli inadempimenti contrattuali (in senso lato) ed il risarcimento dei danni. Di conseguenza, in applicazione dell’art. 2392 codice civile, egli deve accertare (nei limiti delle domande proposte dalle parti) se e quali inadempienze siano imputabili agli amministratori, in relazione ai

⁸⁹ Si tratta in particolare di Cass. Civ., Sez. I., 12 novembre 1965, n. 2359, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, p. 401.

doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo, e se gli stessi siano responsabili per non aver vigilato sul generale andamento della gestione, e per non aver fatto quanto potevano, dopo essere venuti a conoscenza di atti pregiudizievoli, per impedirne il compimento o per eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose».

Pur sulla base di questa importante premessa in diritto, la Corte rigetta però il ricorso affermando la sussistenza di una responsabilità risarcitoria in capo agli amministratori ricorrenti. La ragione del rigetto del ricorso è così enunciata: «la Corte d'appello ha ritenuto che nel 1957-1958 (quando si svolsero i fatti che poi hanno dato luogo al presente giudizio) la situazione economica e finanziaria della Cooperativa di Arzignano non era così disastrosa da richiedere un sacrificio di eccezionale gravità, e cioè la vendita del cinema-teatro, che costituiva il maggior ce-
cipite patrimoniale della società e l'oggetto stesso delle prevalenti finalità sociali. Contrariamente a quanto si afferma nei due ricorsi, non si trattava di scegliere fra varie soluzioni, tra loro equivalenti, che gli amministratori avrebbero potuto adottare al fine di fronteggiare la precaria situazione della Cooperativa, soluzioni che dovevano essere lasciate alla valutazione degli stessi amministratori, non sindacabile dall'autorità giudiziaria sulla base dei risultati conseguiti. Si trattava, invece, di accertare se realmente fosse necessario un provvedimento di tanta gravità, la vendita del cinema-teatro, che praticamente finiva col comportare la liquidazione della società, quanto meno in quello che fu lo scopo per il quale venne costituita. Codesti accertamenti rientravano senza dubbio nei poteri-doveri del giudice investito dell'azione di responsabilità; ed essi sono stati compiuti con esatti criteri logici e giuridici, che nel loro complesso resistono validamente alle censure formulate dai ricorrenti, che investono solo alcuni degli argomenti o apprezzamenti, di per se stessi non decisivi».

A ben vedere, dunque, pur sulla base di preziose statuizioni di principio utili poi negli anni a venire a consentire il recepimento nel nostro ordinamento della *Business Judgment Rule*, la Suprema Corte avalla un'attività del giudice di secondo grado che di fatto è consistita nell'entrare nel merito delle scelte imprenditoriali assunte dagli amministratori della Cooperativa, senza compiutamente indagare la *legittimità* delle decisioni sottoposte a sindacato. Ciò che conta, ad ogni modo, ai

fini della presente trattazione è che, con la pronuncia in esame, si ha un primo precedente in cui si enuncia in maniera chiara il sostanziale contenuto della *Business Judgment Rule*, che di fatto sposta il *focus* del sindacato giurisdizionale dalla decisione in sé al processo decisorio adottato, il che ha aperto la strada per le successive pronunce che verranno esaminate di seguito.

d) (segue): il famoso precedente del 1982

Per quanto tra la pronuncia del 1965 e quella che verrà esaminata subito di seguito la Suprema Corte sia intervenuta altre volte in materia di responsabilità degli amministratori e di sindacato giurisdizionale della stessa⁹⁰, senza dubbio la sentenza n. 280 del 1982⁹¹ riveste una particolare importanza nello sviluppo della *Business Judgment Rule* nel nostro ordinamento.

Questi i fatti: l'amministratore delegato della Finanziaria Castello s.p.a. è chiamato, dalla società medesima, a rispondere del danno arrecato alla società per aver stipulato, con due debitori della società rimasti inadempienti, delle transazioni ritenute sfavorevoli, in quanto consentivano non solo un importante stralcio del debito ma anche una rilevante dilazione del pagamento dello stesso, con interessi minimi e con garanzie definite inadeguate, tutto ciò invece che procedere giudizialmente nei confronti dei debitori medesimi. Sulla base di tali presupposti, entrambi i giudici di merito avevano concluso per l'accertamento della responsabilità dell'amministratore, anche sulla base di una perizia tecnica commissionata dal Tribunale di Milano, che rispondeva a quesiti legati non solo alla quantificazione del danno ma anche alla determinazione del rispetto o meno, da parte dell'amministratore, dei criteri di buona gestione della società, conducendo una comparazione tra le diverse possibili transazioni che il convenuto/ricorrente in Cassazione avrebbe potuto stipulare con i debitori.

⁹⁰ Cfr. ALVARO S., CAPPARIELLO E., GENTILE V., IANNACCONE E.R., MOLLO G., NOCELLA S., VENTORUZZO M., *Business judgement rule e mercati finanziari. Efficienza economica e tutela degli investitori*, cit. (nt. 33), p. 34 e spec. nt. 122, che ricordano le pronunce di legittimità n. 558 del 1970, n. 790 del 1974 e n. 3768 del 1978.

⁹¹ Si tratta, in particolare, di Cass. Civ., Sez. I, 16 gennaio 1982, n. 280, in *Giust. Civ.*, 1983, 2, p. 602 ss.

La Corte, nel cassare la sentenza d'appello, anzitutto riprende quanto già statuito dal precedente del 1965. Infatti, nella pronuncia si legge: «il giudice investito di un'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di una società per azioni, ai sensi dell'art. 2392 c.c. non può sindacare il merito degli atti o dei fatti compiuti dagli amministratori stessi, non può cioè giudicare sulla base dei criteri discrezionali di opportunità o di convenienza, poiché in tal modo sostituirebbe *ex post* il proprio apprezzamento soggettivo espresso o attuato dall'organo all'uopo legittimato, ma deve accertare e valutare il comportamento degli amministratori in base ai principi generali che regolano gli inadempimenti contrattuali in senso lato ed il risarcimento dei danni».

Fatta questa premessa in diritto, la Corte esamina nello specifico il ricorso e osserva che l'errore commesso dal giudice di secondo grado consiste «nell'aver preso a base della propria indagine le due ipotetiche transazioni predisposte dal consulente di ufficio e di aver ritenuto che quelle avrebbero dovuto essere le transazioni da stipularsi, con la conseguenza che il ricorrente doveva giudicarsi responsabile nei confronti della società finanziaria Castello per non essersi attenuto alle modalità concrete del negozio transattivo suggerite dal consulente». Tuttavia, secondo la Suprema Corte, «in una fattispecie del genere considerato, il giudice per determinare se sussistano i presupposti della responsabilità dell'amministratore nei confronti della società, deve prendere in esame quelli che sono i prevedibili risultati della singola operazione e cioè quali possono essere in concreto le conseguenze di una esecuzione forzata, tenuto conto del suo prevedibile esito sia in base alla qualità dei debitori sia tenendo conto dell'alea inerente al processo esecutivo nonché della consistenza delle eventuali garanzie che assistono i crediti inadempiti alla scadenza (solvibilità dei debitori e degli eventuali garanti e consistenza dei beni sottoposti ad ipoteca)».

Sulla base di queste osservazioni, la Corte accoglie il ricorso con riferimento alla responsabilità dell'amministratore delegato, rinviando la causa ad altro giudice ed enunciando il seguente principio di diritto: «In sede di accertamento delle responsabilità degli amministratori, per violazione dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo nei confronti della società per azioni *ex art. 2392 c.c.*

quando l'indagine verta sulla congruenza di un negozio transattivo concluso con i terzi debitori della società in relazione ad un debito scaduto, per decidere circa la diligenza dell'amministratore nel compimento del negozio a norma dell'art. 1710 c.c. il giudice non deve confrontare il negozio posto in essere con astratte ed eventuali fattispecie negoziali (non effettivamente realizzatesi) perché le singole modalità del rapporto giuridico che si costituisce con la transazione rientrano nei poteri discrezionali degli amministratori, cui compete di valutare la congruità del negozio nell'interesse della società per cui agiscono. In tal caso, l'accertamento di una condotta colpevole degli amministratori presuppone che il giudice del merito proceda ad un diretto accertamento della situazione debitoria, con riguardo specifico alle condizioni secondo l'*id quod plerumque accidit*, le probabilità di un recupero del credito e degli interessi, ed in relazione a questo accertamento deve esprimersi il giudizio circa la diligente conclusione del negozio transattivo».

A ben vedere, la formulazione della *BJR* nel provvedimento da ultimo esaminato non pare ancora essere quella descritta nei precedenti paragrafi, poiché un certo scrutinio del merito della scelta sembra essere concesso da parte del giudice: si tratta, insomma, di un *judicial restraint* più limitato rispetto a quello visto nella giurisprudenza statunitense e rispetto a quello applicato dalla giurisprudenza odierna. Tuttavia, anche in questa decisione – come in quella del 1965 –, pur mancando un'attenzione esplicitamente e compiutamente riservata al processo decisionale adottato dall'organo gestorio, si può rinvenire una tendenza a porre quest'ultimo processo al centro del sindacato del giudice, piuttosto che sindacare nel merito in maniera piena e diretta la scelta gestoria. Ciò che inoltre risulta essere particolarmente importante è il fatto che man mano le pronunce esaminate tendono a evitare di indicare – forse in maniera pure eccessivamente paternalistica – quale scelta gestoria fosse di volta in volta la migliore, scegliendo invece di verificare se la condotta dell'amministratore possa essere considerata in linea con l'azione di un ipotetico agente modello, al fine di accertare la sussistenza o meno di una violazione del dovere di diligenza gravante in capo all'amministratore.

e) *La pronuncia n. 3652 del 1997*

A un relevantissimo passo avanti rispetto alla formulazione giurisprudenziale della *Business Judgment Rule* in Italia si è senz'altro assistito nel 1997⁹², con la sentenza n. 3652⁹³.

La vicenda dedotta dinanzi alla Corte era la seguente: la società calcistica Associazione Monopoli Calcio s.r.l. ha convenuto in giudizio due amministratori della società medesima per fatti compiuti durante l'estate 1985, muovendo a carico dei convenuti numerosi addebiti, tra i quali però risulta più rilevante – ai fini della presente trattazione – quello relativo alla stipulazione di contratti d'ingaggio per alcuni giocatori a costi eccessivi (tenuto anche conto dell'età dei giocatori medesimi). Alla Suprema Corte la vicenda è stata sottoposta dopo che entrambi i giudici di merito avevano rigettato le domande proposte dalla società attrice.

Prima di esaminare specificamente i motivi di ricorso, la Cassazione fa una premessa in diritto. In particolare, nella pronuncia si legge: «La responsabilità ipotizzata dall'art. 2392 c.c. discende [...] unicamente dalla violazione di obblighi

⁹² Si tratta, in particolare, di Cass. Civ., Sez. I, 28 aprile 1997, n. 3652, peraltro già citata.

⁹³ La sentenza in questione riveste una particolare importanza nella storia della *BJR* in Italia. Lo dimostra il fatto che essa sia tra le più citate dai numerosi autori che si sono occupati del tema. V., tra i tanti che riportano il precedente: ALVARO S., CAPPARIELLO E., GENTILE V., IANNACCONE E.R., MOLLO G., NOCELLA S., VENTORUZZO M., *Business judgement rule e mercati finanziari. Efficienza economica e tutela degli investitori*, cit. (nt. 33), p. 35 e spec. nt. 130; BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgement rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit. (nt. 9), p. 409 e spec. nt. 103; CESIANO D., *L'applicazione della "Business Judgement Rule" nella giurisprudenza italiana*, cit. (nt. 87), p. 111 e spec. nt. 12; FORTUNATO S., *Atti di organizzazione, principi di correttezza amministrativa e Business Judgment Rule*, in *Giur. comm.*, 2021, II, p. 1376 e spec. nt. 11; PISCITELLO P., *La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgement rule*, cit. (nt. 62), p. 1171 e spec. nt. 9.

Peraltro, si segnala che la pronuncia in questione si pone sulla scia di una già rilevante precedente di merito (ricordato da CESIANO D., *L'applicazione della "Business Judgement Rule" nella giurisprudenza italiana*, cit. (nt. 87), p. 118 e spec. nt. 31) del Tribunale di Milano (Trib. Milano, 2 marzo 1995, cit., p. 57 ss.), ove: «L'autorità giudiziaria non può sindacare il merito degli atti compiuti dall'amministratore giudicando sulla base di criteri astratti e discrezionali di opportunità e convenienza, giacché il solo insuccesso dell'attività economica non dimostra una colpa degli amministratori. Neppure il mero fatto che l'amministratore abbia compiuto determinati atti di disposizione del patrimonio sociale basta per dimostrare che egli sia incorso in una responsabilità verso la società: produce danno di rilevanza giuridica non un qualsiasi atto dispositivo, ma solo quello che leda senza giustificazione e con violazione degli obblighi dell'amministratore l'integrità del patrimonio amministrato. Vi può essere colpa degli amministratori non tanto perché il loro operato, in una valutazione *a posteriori*, non abbia prodotto risultati utili, quanto perché gli atti contestati, secondo le regole dell'ordinaria diligenza professionale a cui ogni amministratore è obbligato (*ex art. 1176*, secondo comma, codice civile), non avrebbero dovuto essere compiuti (neppure con un giudizio *ex ante*) a quelle condizioni, che gli amministratori hanno accettato per propria negligenza, pur potendo prevedere, sin dal momento in cui l'atto era stato compiuto, che sarebbero risultate dannose».

giuridici, gravanti sui gestori del patrimonio sociale, cui non potrebbe invece essere mai imputato, a titolo di responsabilità, di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico: giacché una valutazione di tal fatta atterrebbe alla sfera dell'opportunità, e dunque della discrezionalità amministrativa, e potrebbe semmai solo rilevare come giusta causa di revoca dell'amministratore dalla carica, e non già come fonte di responsabilità contrattuale dello stesso verso la società. Donde consegue che la responsabilità dell'amministratore non può essere semplicemente desunta dai risultati della gestione e che, perciò, al giudice investito dell'azione di responsabilità non è consentito sindacare i criteri di opportunità e di convenienza seguiti dall'amministratore nell'espletamento dei suoi compiti».

Se fino a qui, però, si erano già spinte precedenti pronunce della Suprema Corte, in questo caso i giudici di legittimità vanno oltre, fino a elaborare una distinzione tra le decisioni imprenditoriali non sindacabili in sede giurisdizionale e quelle ipotesi – sottoponibili invece a scrutinio giudiziario – in cui si individua una violazione dell'obbligo di agire in modo diligente: «Ora, è bensì vero che il primo comma dello stesso citato art. 2392 richiede agli amministratori di adempiere i loro doveri con la diligenza del mandatario, onde l'eventuale difetto di diligenza nell'operare dei medesimi amministratori è circostanza rilevante anche sotto il profilo giuridico, e potrebbe perciò essere posta a base di un addebito di responsabilità. Ed è vero anche che non sempre risulta agevole distinguere in concreto tra valutazioni di mera opportunità (come tali non censurabili in sede giudiziaria) e la deduzione della violazione dell'obbligo di agire con diligenza. Il discrimine tra queste due diverse figure, tuttavia, sussiste, e va soprattutto individuato in ciò: che la scelta tra il compiere o meno un certo atto di gestione, oppure di compierlo in un certo modo o in determinate circostanze, non è mai di per se sola (salvo che non denoti addirittura la deliberata intenzione dell'amministratore di nuocere all'interesse della società) suscettibile di essere apprezzata in termini di responsabilità giuridica, per l'impossibilità stessa di operare una simile valutazione con un metro che non sia quello dell'opportunità e perciò di sconfinare nel campo della discrezionalità imprenditoriale; mentre, viceversa, è solo l'eventuale omissione, da parte dell'amministratore, di quelle cautele, di quelle verifiche o di quelle informazioni

preventive normalmente richieste per una scelta di quel genere che può configurare la violazione dell'obbligo di adempiere con diligenza il mandato di amministrazione e può quindi generare una responsabilità contrattuale dell'amministratore verso la società».

Sulla base di queste preziose osservazioni, la Corte enuncia una regola di giudizio che deve guidare l'attività del giudice nell'ambito della valutazione circa la sussistenza della responsabilità degli amministratori di società: «il giudizio sulla diligenza non può mai investire le scelte di gestione degli amministratori, ma tutt'al più il modo in cui esse sono state compiute. Non senza aggiungere che, ovviamente, un tale giudizio - in ordine al grado di diligenza che la cura di un determinato affare avrebbe normalmente richiesto, in rapporto a quello in concreto impiegato dall'amministratore convenuto in giudizio dalla società - costituisce una tipica valutazione di merito, come tale non sindacabile in cassazione se non per eventuali vizi di motivazione».

Tutto ciò premesso, la Corte – nell'esaminare specificamente i motivi di ricorso – conferma quanto già statuito dai giudici di merito con riferimento all'addebito relativo all'ingaggio di determinati giocatori, dal momento che nella prospettazione della società non erano state specificamente evidenziate delle carenze o delle omissioni nel processo che aveva condotto alla scelta dei giocatori medesimi e all'assunzione dei relativi costi⁹⁴. In altri termini, la conferma di quanto già

⁹⁴ Nella sentenza, in particolare, si legge: «appare di tutta evidenza come, nel caso in esame, l'avere gli amministratori della società Monopoli deciso d'ingaggiare certi giocatori, piuttosto che altri, e di sostenere i relativi costi, si sottrae - di per se - ad ogni possibile censura di legittimità, volta che non è stato dedotto che tale scelta sia stata compiuta dagli amministratori senza assumere adeguate informazioni sulle qualità sportive, sull'età e sullo stato fisico dei calciatori in questione, oppure sui prezzi usualmente praticati, sulle condizioni del mercato o su altre simili circostanze. Né certo - è appena il caso di aggiungerlo - la congruità della singola operazione con le linee di politica gestionale tracciate in via generale dai medesimi amministratori può assurgere ad elemento di responsabilità, essendo fuor di dubbio che l'avere enunciato preventivamente un programma di azione non priva poi gli amministratori del potere discrezionale di derogarvi, di volta in volta, quando la situazione a loro giudizio lo richieda; ed un siffatto comportamento può magari assumere rilievo nella valutazione dei soci in sede di eventuale revoca o, comunque, all'atto del successivo rinnovamento delle cariche, ma non certo di per se solo determinare una qualche responsabilità giuridica. Il fatto, poi, che le suaccennate operazioni abbiano comportato ingenti costi è, del pari, di per sé solo irrilevante, essendo evidente che quasi ogni atto di natura commerciale ne comporta, e che la scelta di compierlo è legata alla prospettiva di ricavarne comunque dei vantaggi superiori; né, trattandosi appunto di una valutazione di opportunità operata ex post, la mancata realizzazione di tale prospettiva vale a rendere illegittimo quell'atto».

statuito dai primi due giudici chiamati a decidere sulla vicenda è stata motivata dal fatto che l'attribuzione mossa nei confronti degli amministratori riguardava, sostanzialmente, solo l'esito di alcune operazioni ritenute dalla società non opportune, senza allegare in quale momento dell'*iter* decisionale si sarebbe verificata la violazione di norme di condotta da parte dei convenuti.

La pronuncia in parola, come si anticipava, è stata molte volte ripresa dalla dottrina e anche da successive pronunce giurisprudenziali proprio in ragione della sua rilevanza nello sviluppo della *Business Judgment Rule* nel nostro ordinamento. In particolare, pare che l'elemento di particolare innovatività che distingue la sentenza in commento rispetto alle pronunce precedenti sia costituito, da una parte, dal riconoscimento della centralità del procedimento che ha condotto all'assunzione della scelta imprenditoriale e, dall'altra, dal riconoscimento della difficoltà di distinzione tra il merito dell'agire imprenditoriale (non sottoponibile a scrutinio giudiziario) e la violazione dell'obbligo di amministrare con diligenza. È pertanto ancora oggi molto preziosa l'opera dei giudici di legittimità nella redazione della sentenza in parola, e in particolare il tentativo di concretizzare l'obbligo di diligenza degli amministratori, consistente nell'adozione «di quelle cautele, di quelle verifiche o di quelle informazioni preventive normalmente richieste» per una scelta quale quella assunta nel caso concreto: è sulla possibile violazione di questi obblighi che deve concentrarsi lo scrutinio giurisdizionale ed è da essa che può derivare una eventuale responsabilità degli amministratori.

Attraverso la pronuncia del 1997, dunque, si va delineando un assetto più preciso di *Business Judgment Rule*, che passa per lo sviluppo anche di un criterio di distinzione tra le scelte "protette" dalla regola in questione e le condotte sottoponibili a scrutinio. D'altra parte, sotto altro profilo, sempre con la presente pronuncia, si comincia a discutere di eventuali limiti alla *BJR* – indicati dalla Corte, nel caso specifico e in via esemplificativa, nella volontà deliberata dell'amministratore di nuocere alla società – e a consolidare pure la tesi per cui il *judicial restraint* opera solo con riferimento all'accertamento della responsabilità degli amministratori e non impedisce quindi che quegli stessi fatti non sindacabili dal giudice possano

costituire giusta causa per la revoca dell'amministratore⁹⁵.

f) Le pronunce successive: dalla Riforma del 2003 a oggi

Successivamente alla nota sentenza del 1997, si può affermare che la *Business Judgment Rule* si è cristallizzata nell'ordinamento italiano grazie alle numerose pronunce di legittimità sul tema che negli anni successivi si sono susseguite. Alcune di loro – quelle ritenute più rilevanti – saranno oggetto di specifica analisi nel prosieguo.

Prima, però, di procedere a tale attività di analisi, risulta opportuno evidenziare che, come già anticipato nel precedente capitolo, nel 2003 è intervenuta la nota riforma del diritto societario che, tra le altre cose, ha modificato in maniera rilevante il contenuto dell'art. 2392 c.c.⁹⁶. Ebbene, la modifica apportata dalla riforma, pur senza introdurre una vera e propria codificazione della *BJR*, ha dettato limiti alla responsabilità degli amministratori in modo che essa non si estendesse

⁹⁵ Il riferimento è al terzo comma dell'art. 2383 c.c., che prevede che l'amministratore di società per azioni sia revocabile in ogni tempo dall'assemblea, salvo il risarcimento del danno, se la revoca non avviene per giusta causa. Per approfondimento sul punto, v. SANFILIPPO P.M., ARCIDIACONO D., sub art. 2383, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Tomo I, 2016, Giuffrè Editore, Milano, p. 1220 ss. nonché gli amplissimi riferimenti bibliografici ivi contenuti.

⁹⁶ La versione originaria dell'art. 2392 c.c. prevedeva: «Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo con la diligenza del mandatario, e sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di uno o più amministratori.

In ogni caso gli amministratori sono solidalmente responsabili se non hanno vigilato sul generale andamento della gestione o se, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

La responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze, e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale».

La "nuova" versione del medesimo articolo recita: «Gli amministratori devono adempier ei doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori.

In ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

La responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale».

eccessivamente risultando così pregiudizievole per l'attività economica⁹⁷. Tra questi limiti si ricorda in particolare: (i) l'utilizzo di parametri soggettivi per la valutazione della diligenza dovuta dagli amministratori (v. *supra* Capitolo I, par. 5) nonché (ii) la rimozione dell'obbligo di vigilanza sugli altri amministratori in caso di consiglio di amministrazione⁹⁸. Questa circostanza – si ritiene – ha ulteriormente agevolato, nel nostro ordinamento, lo sviluppo – anzi, la cristallizzazione – della *BJR*, regola che, come visto, prevede sostanzialmente la riduzione dell'estensione dell'area di responsabilità degli amministratori di società.

Ciò premesso, può passarsi all'analisi delle più recenti pronunce in tema di *Business Judgment Rule*, formatesi in un terreno che, come si è appena visto, può essere ritenuto più “fertile” rispetto a quello precedentemente esistente per quanto riguarda il fiorire di limitazioni all'estensione della responsabilità degli amministratori.

Certamente di rilievo è la sentenza n. 16707 del 2004⁹⁹, relativa a un'ipotesi di *mala gestio* da parte degli amministratori della società controllata per aver questi favorito ingiustamente (ed esclusivamente) la controllante¹⁰⁰. Ebbene, anche in questa sede la Corte, prima di analizzare nello specifico i motivi di ricorso, ritiene opportuno effettuare una premessa in diritto in tema di responsabilità degli amministratori. In particolare, nella sentenza in parola si legge: «Non v'è dubbio che la responsabilità di amministratori di società presuppone immancabilmente la violazione di doveri giuridici - di azione o di omissione - posti a loro carico dalla legge

⁹⁷ V. ALVARO S., CAPPARIELLO E., GENTILE V., IANNACCONE E.R., MOLLO G., NOCELLA S., VENTURUZZO M., *Business judgement rule e mercati finanziari. Efficienza economica e tutela degli investitori*, cit. (nt. 33), p. 26, che richiamano FRANCHI A., *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. e gli strumenti di esonero da responsabilità*, 2014, Giuffrè Editore, Milano, p. 41 ss.

⁹⁸ Sul punto, tra i tanti, v. MOSCO G.D., LOPREIATO S., *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 138 ss., nonché i numerosi riferimenti bibliografici ivi contenuti.

⁹⁹ In particolare, si tratta di Cass. Civ., Sez. I, 24 agosto 2004, n. 16707. Il consigliere relatore era il medesimo della pronuncia del 1997. Inoltre, si evidenzia che la fattispecie dedotta in giudizio risaliva a diversi anni prima (tra il 1988 e il 1991) e pertanto la disciplina applicabile era quella pre-riforma.

¹⁰⁰ All'epoca in cui si sono svolti i fatti, non era ancora prevista una disciplina della direzione e del coordinamento di imprese – introdotta proprio dalla Riforma del 2003 –, il che comportava il richiamo non agli artt. 2497 ss. c.c. ma proprio all'art. 2392 c.c.

o dall'atto costitutivo della società (art. 2392, comma 1, c.c.). Si suole talvolta affermare che gli amministratori hanno anzitutto un dovere di diligenza (duty of care) cui è strettamente connesso il dovere di operare nell'interesse esclusivo della società da essi amministrata (duty of loyalty). Che la diligenza costituisca propriamente l'oggetto dell'obbligazione gravante sugli amministratori, piuttosto che il metro per valutare il corretto adempimento del loro obbligo gestorio, è stato in verità messo in dubbio, giacché anche il già citato primo comma dell'art. 2392 si riferisce (nella formulazione anteriore alle modifiche introdotte dal d. lgs. n. 6 del 2003) alla diligenza del mandatario come alla modalità con cui gli amministratori devono o adempiere i loro doveri. Ciò non toglie che il tema della diligenza resti centrale, proprio perché è evidente che l'obbligo di amministrare in via continuativa una società di capitali, ossia un'impresa creata a fini di lucro, difficilmente si presta ad esser totalmente inadempito, ma piuttosto è suscettibile di dar luogo a difformi valutazioni quanto al modo del suo adempimento: cioè, appunto, al grado di diligenza con cui l'amministratore vi ha atteso. Si comprende perciò come la diligenza, in presenza di obblighi aventi ad oggetto una prestazione solo genericamente definibile, finisca per assumere una funzione di specificazione dei comportamenti dovuti e quindi, in questo senso, per identificarsi con l'oggetto stesso dell'obbligazione. Quanto appena osservato - è bene sottolinearlo - non implica in alcun modo che gli amministratori possano esser chiamati in responsabilità sol perché la gestione dell'impresa sociale ha avuto un cattivo esito. La valutazione sull'eventuale responsabilità giuridica dell'amministratore, come opportunamente la corte d'appello ha puntualizzato, non attiene al merito delle scelte imprenditoriali da lui compiute. La sua responsabilità giuridica ben può discendere, però, dal rilievo che le modalità stesse del suo agire denotano la mancata adozione di quelle cautele o la non osservanza di quei canoni di comportamento che il dovere di diligente gestione ragionevolmente impone, secondo il metro della normale professionalità, a chi è preposto ad un tal genere di impresa, ed il cui difetto diviene perciò apprezzabile in termini di inesatto adempimento delle obbligazioni su di lui gravanti».

In sostanza, si cristallizza l'attenzione al procedimento decisionale e si ammette espressamente che, ove tale processo dovesse risultare compiuto in violazione

degli obblighi generici o specifici gravanti sull'organo amministrativo, una responsabilità in capo ai suoi componenti può senz'altro essere individuata.

Nella “costruzione” della versione italiana della *Business Judgment Rule* aggiunge un'ulteriore elemento una pronuncia del 2009¹⁰¹, che si occupa della responsabilità di amministratori e sindaci di una società definita «parabancaria» (la Finanziaria Popolare s.r.l.) per avere, i primi, eseguito operazioni dannose in violazione dei loro doveri di corretta amministrazione e per non aver vigilato, i secondi, sulla legittimità dell'operato degli amministratori.

Nel decidere, specificamente, sui motivi di ricorso, la Corte statuisce: «Se è vero, come costantemente affermato dalla giurisprudenza di questa Corte, che non sono sottoposte a sindacato di merito le scelte gestionali discrezionali, anche se presentino profili di alea economica superiori alla norma, resta invece valutabile la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente - se necessario, con adeguata istruttoria - i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere, così da non esporre l'impresa a perdite, altrimenti prevenibili»¹⁰². Sulla base di tale premessa in diritto – del tutto in linea con i precedenti arresti di legittimità, i quali tendevano a spostare l'attenzione dalla scelta assunta dall'organo di gestione al procedimento decisionale seguito –, la Corte afferma che sussiste responsabilità degli amministratori se questi, nell'ambito di un'operazione di finanziamento effettuata da parte di una società «parabancaria», omettono imprudentemente di richiedere garanzie, reali o personali, ai soggetti finanziati. In sostanza, ferma la non sindacabilità nel merito delle scelte imprenditoriali, la Corte afferma che non può considerarsi diligente una scelta caratterizzata da un particolare livello di imprudenza come quella descritta nella sentenza in commento.

La posizione appena descritta ha trovato poi ulteriore sviluppo in una pronuncia del 2017¹⁰³, successivamente ripresa da molte altre decisioni di merito e di

¹⁰¹ Si tratta di Cass. Civ., Sez. I, 12 agosto 2009, n. 18231.

¹⁰² In ciò si nota, peraltro, la distanza tra la giurisprudenza italiana e gli approdi della giurisprudenza statunitense, che – si ricorda – pare addirittura escludere l'obbligo degli amministratori di valutare compiutamente i rischi imprenditoriali dell'attività svolta dall'impresa. Cfr. la già citata pronuncia *In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation*, 964 A.2d 106 (Del. 2009), in *westlaw.com*.

¹⁰³ Si tratta di Cass. Civ., Sez. I, 22 giugno 2017, n. 15470.

legittimità¹⁰⁴. La vicenda riguardava la responsabilità del precedente presidente del consiglio di amministrazione di una società consortile per azioni il quale, «sulla base di note spese artefatte, fraudolentemente maggiorate e con causali non inerenti l'attività sociale, avrebbe ricevuto [...] rimborsi non dovuti ed, inoltre, avrebbe stipulato contratti con altre imprese [...], privi di alcuna utilità» per la società consortile. Dopo le condanne in primo e in secondo grado, la Suprema Corte conferma le statuizioni dei giudici di merito, accertando l'arbitrarietà delle condotte dell'amministratore ricorrente e osservando che «in tema di responsabilità dell'amministratore di una società di capitali (nella specie, per azioni) per i danni cagionati alla società amministrata, l'insindacabilità del merito delle sue scelte di gestione (cd. business judgement rule) trova un limite nella valutazione di ragionevolezza delle stesse, da compiersi sia ex ante, secondo i parametri della diligenza del mandatario [...]»¹⁰⁵, sia tenendo conto della mancata adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo e della diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere». È così che il limite¹⁰⁶ della ragionevolezza viene più esplicitamente aggiunto alla struttura del *judicial restraint* nel nostro ordinamento.

Nel frattempo, un'altra rilevante pronuncia di legittimità¹⁰⁷ aveva dato un contributo allo sviluppo della regola in parola conferendo maggiore specificità al contenuto della diligenza richiesta agli amministratori. Nel caso di specie, gli amministratori di una società fallita (la Sincies Chiementin s.p.a.) erano chiamati a rispondere di due operazioni finanziarie internazionali particolarmente dannose per la società medesima. Dopo il rigetto della domanda in primo grado, la corte d'appello aveva ritenuto responsabili gli amministratori convenuti e la Suprema Corte

¹⁰⁴ Tra le altre, si ricordano: Trib. Genova, 18 maggio 2018, in *DeJure*; Trib. Roma, 16 ottobre 2019, in *DeJure*; Cass. Civ., Sez. III, 22 giugno 2020, n.12108; Cass. Civ., Sez. I, 19 gennaio 2023, n. 1678.

¹⁰⁵ La fattispecie dedotta dinanzi alla Suprema Corte risaliva a prima della riforma del 2003.

¹⁰⁶ Sul fatto che, a parere di chi scrive, la ragionevolezza costituisce un limite della *Business Judgment Rule* ma non un'eccezione al suo disposto, v. *supra* in questo capitolo, par. 2.

¹⁰⁷ Cass. Civ., Sez. I, 27 dicembre 2013, n. 28669.

conferma tale sentenza. In particolare, con riferimento a una specifica attribuzione (relativa alla mancata assunzione di idonee garanzie per la restituzione di un'ingente somma di denaro), i giudici di legittimità ritengono responsabili gli amministratori, affermando: «se è vero che all'amministratore non può essere rimproverato il cattivo uso della discrezionalità imprenditoriale, in quanto il merito dell'agire gestorio resta insindacabile, tuttavia rientra nell'ambito della diligenza esigibile il corredare le scelte medesime con le verifiche, le indagini e informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quella natura, alle condizioni di tempo e di luogo e ad alla luce di ogni altra circostanza concreta. Se certamente il giudice non può sostituire le proprie valutazioni a quelle di merito compiute dall'organo societario, invero, rientra però nei suoi compiti verificare se, nel caso concreto, la scelta gestoria sia avvenuta nel rispetto dei parametri dell'azione adempiente e diligente, così come richiesta nel mondo degli affari, che deve essere connotata da liceità, razionalità, congruità, attenzione e cura particolari, nozioni da integrare alla stregua delle circostanze del caso concreto».

Quelli descritti finora costituiscono, dal punto di vista giurisprudenziale, i passaggi fondamentali attraverso i quali si è evoluta, sviluppata e cristallizzata¹⁰⁸ la *Business Judgment Rule* nel nostro ordinamento. In sostanza, attraverso i precedenti descritti appena sopra, la *BJR* è diventata, in Italia, la regola di cui si è descritto il contenuto al precedente paragrafo.

Peraltro, risulta quanto meno interessante segnalare che oggi la regola in parola, rimasta presente a livello giurisprudenziale in Italia e in altri paesi (primi tra tutti gli Stati Uniti), è stata codificata in numerosi altri Paesi. Tra questi ultimi se ne annoverano alcuni vicini all'ordinamento italiano, come Germania¹⁰⁹ e Spagna¹¹⁰,

¹⁰⁸ Nell'ultimo decennio, riprendono la regola come è stata descritta numerose pronunce. Tra le altre, si vedano: Cass. Civ., Sez. I, 12 febbraio 2013, n. 3409; Cass. Civ., Sez. I, 2 febbraio 2015, n. 1783; Cass. Civ., Sez. I, 8 settembre 2016, n. 17761; Cass. Civ., Sez. I, 27 marzo 2018, n. 7545; Cass. Civ., Sez. I, 16 dicembre 2020, n. 28718; Cass. Civ., Sez. I, 21 dicembre 2022, n. 37440; Cass. Civ., Sez. I, 16 febbraio 2023, n. 4849.

¹⁰⁹ Il riferimento è al § 93, Abs. 1, S. 2, *AktG*. V., sul punto, nt. 52.

¹¹⁰ Per quanto fosse già generalmente accettata dalla giurisprudenza e dalla dottrina spagnole, la *Business Judgment Rule* è stata oggetto di recente codificazione in Spagna, con la legge 31/2014 del 3 dicembre, che ha modificato l'art. 226 (rubricato «Protección de la discrecionalidad empresarial») della *Ley de Sociedades de Capital*, prevedendo: «En el ámbito de las decisiones estratégicas y de

e altri più lontani (anche geograficamente), come alcuni paesi africani (tra cui ad esempio Sud Africa¹¹¹ e Zimbabwe¹¹²), confermandosi elemento centrale del diritto societario contemporaneo.

negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado» (in italiano: “Nell’ambito delle decisioni strategiche e imprenditoriali, soggette alla discrezionalità imprenditoriale, il livello di diligenza del buon imprenditore si intenderà soddisfatto quando l’amministratore ha agito in buona fede, senza interesse personale nella questione oggetto della decisione, con sufficienti informazioni e secondo un adeguato processo decisionale”).

¹¹¹ In questo ordinamento, il paragrafo n. 76(4) del *Companies Act 71* del 2008 prevede: «(4) In respect of any particular matter arising in the exercise of the powers or the performance of the functions of director, a particular director of a company-

- (a) will have satisfied the obligations of subsection (3)(b) and (c) if-
 - (i) the director has taken reasonably diligent steps to become informed about the matter;
 - (ii) either-
 - (aa) the director had no material personal financial interest in the subject matter of the decision, and had no reasonable basis to know that any related person had a personal financial interest in the matter; or
 - (bb) the director complied with the requirements of section 75 with respect to any interest contemplated in subparagraph (aa); and
 - (iii) the director made a decision, or supported the decision of a committee or the board, with regard to that matter, and the director had a rational basis for believing, and did believe, that the decision was in the best interests of the company; and
- (b) is entitled to rely on-
 - (i) the performance by any of the persons-
 - (aa) referred to in subsection (5); or
 - (bb) to whom the board may reasonably have delegated, formally or informally by course of conduct, the authority or duty to perform one or more of the board’s functions that are delegable under applicable law; and
 - (ii) any information, opinions, recommendations, reports or statements, including financial statements and other financial data, prepared or presented by any of the persons specified in subsection (5)».

¹¹² Nell’ordinamento dello Zimbabwe, la *BJR* è codificata all’art. 54 (rubricato «Duty of care and business judgment rule») del *Companies and other Business Entities Act* del 2019, che prevede: «(4) A person who makes a business judgment acting as stated in subsection (1), (2) and (3) fulfils the duty under this section with respect to that judgment if that person—

- (a) does not have a personal interest as defined in section 56 (“Transactions involving conflict of interest”) in the subject of the judgment; and
- (b) is fully informed on the subject to the extent appropriate under the circumstances; and
- (c) honestly believes when the judgment is made that it is in the best interests of the company or corporation».

4. *Ratio* della regola

Per quanto il *judicial restraint* non abbia il medesimo contenuto in tutti gli ordinamenti – si sono viste infatti le differenze della *Business Judgment Rule* nell'ordinamento statunitense e in quello italiano –, si può affermare che esso mantiene la medesima *ratio* nei diversi Paesi in cui è applicato.

Prima di procedere oltre sul punto, però, preme specificare che la ragione per cui ci si addentra in tale analisi non è solo descrittiva – il che comunque già da sé potrebbe giustificare una simile indagine –, ma è anche funzionale all'esame che sarà svolto nel successivo capitolo, ove si verificherà l'applicabilità della *Business Judgment Rule* alla “scelta organizzativa”. E infatti, una volta individuata ed esaminata la *ratio* della regola, potranno verificarsi anche le possibili applicazioni analogiche della stessa, ove si dovesse concludere la “scelta organizzativa” non rientri tra quelle naturalmente soggette al *judicial restraint*.

Anzitutto, si è già detto in precedenza che la *BJR* svolge la funzione di meccanismo di risoluzione del noto *agency problem* esistente tra i titolari di un interesse (in questo caso, i soci o, collettivamente, la società) e i soggetti che tale interesse gestiscono (in questo caso, gli amministratori). Più nello specifico, la regola in questione nasce con la finalità di bilanciare due fondamentali interessi contrapposti: da una parte, quello di far sì che le decisioni imprenditoriali siano assunte senza che l'*agent* debba necessariamente accettare il rischio di una responsabilità troppo ampia; dall'altra parte, quello di consentire ai titolari dell'interesse gestito di disporre di una tutela risarcitoria nel caso in cui le perdite subite derivino da violazione di norme di legge o di statuto¹¹³.

¹¹³ V., sul punto, nella dottrina statunitense, BAINBRIDGE S.M., *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, cit. (nt. 46), pp. 86-87, ove: «In turn, director primacy thus identifies the tension between authority and accountability as the central problem of corporate law. In this article, I argue that the business judgment rule is the principal mechanism by which corporate law resolves that tension». Nella dottrina italiana, v., per tutti, ANGELICI C., *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, cit. (nt. 48), p. 1, ove: «Al fondo, da un punto di vista anche giuspolitico, si pone una dialettica tra due esigenze, che potrebbero apparire contrapposte: da un lato non disincentivare l'assunzione di rischi da parte di chi a tale gestione è preposto, poiché ne risulterebbe in certo modo negata la tipica caratteristica dell'attività imprenditoriale, che è appunto quella di svolgersi in un contesto di rischio ed incertezza; dall'altro fornire adeguata tutela a coloro i cui interessi possono

Tuttavia, muovendo dalle generiche statuizioni all'analisi specifica della regola, per condurre un approfondimento ordinato delle ragioni dell'esistenza della *Business Judgment Rule* per come è stata descritta sopra, si ritiene che la *ratio* della regola possa essere suddivisa in due principali elementi, complessi e meritevoli di uno specifico esame.

a) *Elemento statico: evitare l'eccessiva responsabilizzazione degli amministratori*

In primo luogo, la regola in parola svolge la funzione per così dire “sostanziale” (o “statica”) di evitare un'eccessiva responsabilizzazione degli amministratori.

Lo scrutinio di merito sull'opportunità dell'azione imprenditoriale esercitata dagli amministratori rischia infatti – prima ancora di avere un impatto materiale sull'efficienza dell'impresa, come si vedrà poco più oltre – in primo luogo di alterare lo stesso equilibrio negoziale su cui si regge il contratto di società, andandone a colpire addirittura la causa. E infatti, se i soci (e, considerati collettivamente, la società) potessero imputare agli amministratori ogni danno, anche in termini di lucro cessante, derivante da scelte imprenditoriali poi rivelatesi errate o comunque non vantaggiose quanto si sarebbe potuto sperare, il rischio imprenditoriale sarebbe sostanzialmente traslato dai soggetti che istituzionalmente ne sono titolari (i soci) ai soggetti che lo gestiscono (gli amministratori). In tal modo, cercando di ridurre il discorso ai minimi termini¹¹⁴, si creerebbe una inversione di ruoli tra *residual claimants* (i soci), che corrono il rischio imprenditoriale ma beneficiano anche dei vantaggi (tra cui il diritto di *voice*) e degli eventuali dividendi derivanti dalla proficua attività imprenditoriale, e *fixed claimants* (gli amministratori), il cui compenso è tendenzialmente predeterminato e che (nella distinzione corporativa tipica delle

essere pregiudicati dalla gestione imprenditoriale medesima, quelli che direttamente ne subiscono le eventuali conseguenze negative e più ampiamente i soggetti del mercato nel quale l'impresa opera».

¹¹⁴ Con la consapevolezza che, invero, esso può essere più complicato, ad esempio, dal riconoscimento agli amministratori di strumenti finanziari partecipativi come parte del loro compenso (si pensi, ad es., alle note *stock options*). Tuttavia, la finalità del discorso in merito di *BJR* è sufficiente analizzare l'ipotesi-base in cui la suddivisione tra *residual* e *fixed claimants* rimane netta e chiara.

società per azioni) non sono neppure prestatori di capitale sociale. Per queste ragioni, non sarebbe accettabile se, ogniqualvolta l'attività imprenditoriale – a causa non di una violazione di legge o di statuto ma a causa dell'avverarsi del rischio insito nell'attività medesima – non dovesse avere i risultati sperati, i soci potessero reintegrare tale perdita “attaccando” il patrimonio degli amministratori che hanno assunto tale decisione¹¹⁵. Tale impostazione potrebbe, ove estremizzata, dare luogo a una situazione di sostanziale immunità dei soci alle perdite, con il rischio che i rapporti sociali assumano dei tratti “innaturali”, sotto certi aspetti addirittura leonini¹¹⁶.

Ma l'eccessiva responsabilizzazione degli amministratori non avrebbe solo le conseguenze di stravolgimento dogmatico di cui si è detto sopra. E infatti, nell'esaminare e nello studiare la *BJR* si è anche fatto riferimento a conseguenze molto più “materiali” – ma ugualmente dannose – di un sindacato di merito da parte dei giudici sulle scelte imprenditoriali degli amministratori.

Da una parte, si correrebbe il rischio che gli amministratori di società, al fine di evitare il più possibile ipotesi di responsabilità, limitino l'attività d'impresa al c.d. *business as usual*, evitando così di assumere decisioni più rischiose ma

¹¹⁵ Cfr., sul punto, MAUGERI M., *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, cit. (nt. 20), pp. 1-2, ove si dice che l'attività d'impresa «importa per sua natura l'assunzione sistematica di decisioni in condizioni di incertezza» e pertanto l'esclusione di un sindacato di merito sulle scelte degli amministratori «trova altresì puntuale rispondenza nella fisiologica correlazione esistente tra il profilo del 'rischio' e quello del 'rendimento' dell'operazione societaria, nel senso che l'adozione di qualsiasi scelta funzionalmente orientata alla massimizzazione del valore dell'investimento azionario sconta l'ineliminabile possibilità di un insuccesso dell'iniziativa e non può quindi determinare a posteriori una affermazione di responsabilità degli amministratori per il solo fatto dell'essersi invero quell'insuccesso». Sul punto, v. anche BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit. (nt. 9), pp. 414-415.

¹¹⁶ Il divieto di patto leonino è sancito dall'art. 2265 c.c., in tema di società di persone, che prevede: «È nullo il patto con il quale uno o più soci sono esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite». L'art. 2265 c.c. è stato da autorevole dottrina definito «norma-chiave dell'architettura tipologica del contratto di società» (ABRIANI N., *Il divieto del patto leonino. Vicende storiche e prospettive applicative*, Giuffrè, Milano, 1994, p. XV), donde può affermarsi che la sua sistematica violazione può produrre un'importante alterazione della struttura causale del contratto di società medesimo. Dal momento che il divieto di patto leonino negli ultimi anni è tornato al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, il discorso meriterebbe un particolare approfondimento che in questa sede non può essere condotto. Sia sufficiente il rinvio a chi più di recente si è dedicato al tema e alla bibliografia ivi indicata: CADORIN F., *Il divieto di patto leonino dopo il Codice della crisi, tra incentivi alla corretta gestione imprenditoriale e tutela del contraente debole*, in *Giur. comm.*, 2022, I, p. 124 ss.

potenzialmente anche molto più remunerative per l'impresa medesima¹¹⁷. Ciò non solo a discapito dei soci – i quali vedrebbero ridotto il rischio di perdere il capitale investito a discapito però della possibilità di ottenere un ritorno sull'investimento effettuato, peraltro con un aggravio dei costi gestionali¹¹⁸ –, ma anche in un certo senso a frustrazione della funzione stessa dell'impresa, dal momento che amministratori eccessivamente *risk adverse*¹¹⁹ non possono esercitare efficacemente l'attività d'impresa, che vede nel rischio un elemento senz'altro centrale¹²⁰.

¹¹⁷ Cfr., sul punto, ALVARO S., CAPPARIELLO E., GENTILE V., IANNACCONE E.R., MOLLO G., NOCELLA S., VENTORUZZO M., *Business judgement rule e mercati finanziari. Efficienza economica e tutela degli investitori*, cit. (nt. 33), p. 17; BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit. (nt. 9), p. 415; pur con specifico riferimento all'istituzione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati, DI CATALDO V., ARCIDIACONO D., *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgment rule*, cit. (nt. 8), p. 88; MAUGERI M., *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, cit. (nt. 20), p. 2; TINA A., *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, cit. (nt. 33), pp. 53-56. Sempre sul punto, cfr. il noto precedente *In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation*, cit., ove: «To impose liability on directors for making a “wrong” business decision would cripple their ability to earn returns for investors by taking business risks. Indeed, this kind of judicial second guessing is what the business judgment rule was de-signed to prevent».

¹¹⁸ Cfr. TINA A., *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, cit. (nt. 33), pp. 53-56.

¹¹⁹ V. sul punto il noto precedente statunitense *Gagliardi v. TriFoods International Inc.*, 683 A.2d 1049 (Del.Ch. 1996), in *westlaw.com*, ove: «Shareholders don't want (or shouldn't rationally want) directors to be risk averse. Shareholders' investment interests, across the full range of their diversifiable equity investments, will be maximized if corporate directors and managers honestly assess risk and reward and accept for the corporation the highest risk adjusted returns available that are above the firm's cost of capital. But directors will tend to deviate from this rational acceptance of corporate risk if in authorizing the corporation to undertake a risky investment, the directors must assume some degree of personal risk relating to ex post facto claims of derivative liability for any resulting corporate loss. Corporate directors of public companies typically have a very small proportionate ownership interest in their corporations and little or no incentive compensation. Thus, they enjoy (as residual owners) only a very small proportion of any “upside” gains earned by the corporation on risky investment projects. If, however, corporate directors were to be found liable for a corporate loss from a risky project on the ground that the investment was too risky (foolishly risky! stupidly risky! egregiously risky!—you supply the adverb), their liability would be joint and several for the whole loss (with I suppose a right of contribution). Given the scale of operation of modern public corporations, this stupefying disjunction between risk and reward for corporate directors threatens undesirable effects. Given this disjunction, only a very small probability of director liability based on “negligence”, “inattention”, “waste”, etc., could induce a board to avoid authorizing risky investment projects to any extent! Obviously, it is in the shareholders' economic interest to offer sufficient protection to directors from liability for negligence, etc., to allow directors to conclude that, as a practical matter, there is no risk that, if they act in good faith and meet minimal proceduralist standards of attention, they can face liability as a result of a business loss». Riportano il precedente ALVARO S., CAPPARIELLO E., GENTILE V., IANNACCONE E.R., MOLLO G., NOCELLA S., VENTORUZZO M., *Business judgement rule e mercati finanziari. Efficienza economica e tutela degli investitori*, cit. (nt. 33), p. 17 e spec. nt. 45.

¹²⁰ In questi termini si esprime la giurisprudenza statunitense: v. *Wilson v. Tully*, 243 A.D.2d 229, 238, 676 N.Y.S.2d 531, 538 (N.Y. App. Div. 1st Dep't 1998), in *westlaw.com*, ricordata da ALVARO S., CAPPARIELLO E., GENTILE V., IANNACCONE E.R., MOLLO G., NOCELLA S., VENTORUZZO M.,

Dall'altra parte, l'eccessiva responsabilizzazione degli amministratori, se portata all'estremo, comporta il rischio di non riuscire a individuare amministratori particolarmente capaci e competenti che intendano assumere tale carica nella società, essendo i relativi rischi di responsabilità personale eccessivi rispetto ai benefici derivanti dall'assunzione della carica medesima¹²¹. In alternativa, si potrebbe rischiare che il costo dei compensi degli amministratori capaci diventi eccessivo per la società, dovendo quest'ultima remunerare il rischio – assunto dagli amministratori stessi – di essere chiamati a rispondere personalmente in un numero molto elevato di ipotesi. In ogni caso, risulta evidente che anche sotto questo profilo l'eccessiva responsabilizzazione degli amministratori comporterebbe, in definitiva, un pregiudizio proprio a carico dei soggetti (i soci) che tale responsabilizzazione punta, almeno nella teoria, a tutelare.

b) Elemento dinamico: evitare l'invasione del giudice nel giudizio di responsabilità e nell'attività d'impresa

Come anticipato, oltre alla funzione “sostanziale” o “statica”, la *BJR* svolge anche una funzione per così dire “dinamica”, volta a garantire non tanto l'efficienza dell'impresa e il corretto funzionamento del suo processo decisionale, ma piuttosto il corretto svolgersi della funzione giurisdizionale quando i giudici sono chiamati a pronunciarsi sulla responsabilità degli amministratori.

Sotto questo profilo, la limitazione del sindacato giurisdizionale alla sola legittimità (e non anche al merito) dell'agire imprenditoriale è giustificata da tre ragioni, che vanno dunque a comporre – insieme a quelle già esaminate *supra* – la *ratio* della *Business Judgment Rule*.

Business judgement rule e mercati finanziari. *Efficienza economica e tutela degli investitori*, cit. (nt. 33), p. 17 e spec. nt. 37.

¹²¹ ALVARO S., CAPPARIELLO E., GENTILE V., IANNACCONE E.R., MOLLO G., NOCELLA S., VENTORUZZO M., *Business judgement rule e mercati finanziari. Efficienza economica e tutela degli investitori*, cit. (nt. 33), p. 16; TINA A., *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, cit. (nt. 33), pp. 53-56, ove, testualmente: «una eccessiva responsabilizzazione degli amministratori, da un lato, può indurre gli amministratori di società ad una gestione eccessivamente cauta e prudente (e, quindi, inefficiente) rispetto alle preferenze dei soci, con un conseguente aggravio (tendenziale) dei costi gestionali e precauzionali, a discapito sia degli interessi degli stessi soci, sia degli interessi del mercato e dell'economia in generale; fino al limite estremo [...] di scoraggiare amministratori capaci e competenti dall'assumere e mantenere il proprio incarico»

In primo luogo, il giudice non è soggetto esperto di attività imprenditoriale. Al contrario, esperti sono (o quanto meno dovrebbero essere)¹²² gli amministratori professionisti di società per azioni. Dunque, la valutazione dell'opportunità delle scelte imprenditoriali da parte di giudici inesperti delle attività di *business* rischierebbe di portare a decisioni semplicemente errate e possibilmente anche dannose per gli interessi dei soci medesimi¹²³.

In secondo luogo, il sindacato giurisdizionale si pone in un momento necessariamente successivo rispetto non solo alla scelta ma anche al procedimento che alla scelta ha condotto. Tale circostanza, quando l'oggetto del giudizio è l'opportunità di scelte imprenditoriali che hanno comportato un danno per la società, può ingenerare nell'organo giudicante la falsa convinzione che le conseguenze dannose della scelta avrebbero dovuto essere previste dagli amministratori e, conseguentemente, portare a un maggior numero di decisioni che accertano – proprio per effetto di tale convinzione fallace – una responsabilità dell'organo amministrativo. Si parla a tal proposito di *hindsight bias*¹²⁴, che è capace di portare a decisioni sostanzialmente ingiuste.

In terzo luogo, l'intervento di merito del giudice nell'ambito delle scelte imprenditoriali rischia di comportare una sostanziale sostituzione dell'organo

¹²² Fermo restando che, come già detto in precedenza, non si ritiene che si configuri un vero e proprio obbligo di perizia in capo agli amministratori. Cfr. BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori*, cit. (nt. 37), p. 361 ss., richiamato da DONGIACOMO G., *Insindacabilità delle scelte di gestione, adeguatezza degli assetti ed onere della prova*, cit. (nt. 44), p. 31 e spec. nt. 3. Sul punto, v. anche ROVELLI L., *Dall'insolvenza alla crisi di impresa. Ricadute sul diritto societario*, in *Il diritto degli affari*, 2020, 1, p. 29.

¹²³ Cfr., sul punto, il noto precedente statunitense *In re Caremark Intern. Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959 (Del. 1996), cit., ove: «To employ a different rule—one that permitted an “objective” evaluation of the decision—would expose directors to substantive second guessing by ill-equipped judges or juries, which would, in the long-run, be injurious to investor interests». Nella dottrina italiana, v. BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit. (nt. 9), pp. 415-416.

¹²⁴ Cfr., sul punto, ALVARO S., CAPPARIELLO E., GENTILE V., IANNACCONE E.R., MOLLO G., NOCELLA S., VENTORUZZO M., *Business judgment rule e mercati finanziari. Efficienza economica e tutela degli investitori*, cit. (nt. 33), p. 18; BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit. (nt. 9), p. 416; pur con specifico riferimento alla responsabilità derivante dalla istituzione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili inadeguati, DI CATALDO V., ARCIDIACONO D., *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgment rule*, cit. (nt. 8), p. 86.

giurisdizionale all'organo amministrativo¹²⁵, con un risultato evidentemente *contra legem* in ragione proprio del disposto dell'art. 2380-*bis* c.c., che prevede, tra le altre cose, che la gestione dell'impresa spetti «esclusivamente agli amministratori».

5. Ambito applicativo della regola: la scelta imprenditoriale

Oltre alla *ratio*, un altro degli elementi che, nei diversi ordinamenti in cui essa è applicata, rimane costante della *Business Judgment Rule* è il suo ambito di applicazione, e cioè le decisioni che possono beneficiare del *judicial restraint*. In particolare, nei diversi ordinamenti esaminati, vi è concordia sul fatto che la *BJR* si applichi alla c.d. “scelta imprenditoriale” (definita in Germania *unternehmerische Entscheidung*, in Spagna *decisión de negocio* e negli Stati Uniti *business decision*)¹²⁶.

Risulta pertanto evidente la rilevanza della individuazione delle caratteristiche fondamentali che costituiscono la scelta imprenditoriale, poiché è da tale individuazione – nell'ambito della fattispecie concreta dedotta in giudizio – che deriva l'applicazione (o la non applicabilità) del *judicial restraint*.

Dunque, per completare l'analisi della regola che sta al centro del presente elaborato, si ritiene necessario un esame approfondito della scelta imprenditoriale, cercando di identificarne i principali caratteri. In particolare, tra le ricostruzioni giurisprudenziali, dottrinali e normative della *Business Judgment Rule* non solo italiane ma anche statunitensi e tedesche, si possono individuare quattro caratteristiche principali che distinguono la scelta imprenditoriale da altri tipi di scelte che possono essere assunte dagli amministratori di società. Perché una scelta possa essere definita “imprenditoriale”, tutte e quattro le caratteristiche devono essere presenti.

¹²⁵ TINA A., *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, cit. (nt. 33), p. 56, ove si dice che un'eccessiva responsabilizzazione degli amministratori «può determinare una sostituzione (di fatto) delle valutazioni discrezionali del giudice all'“autorità” e alle scelte degli amministratori, chiamati dai soci a gestire il patrimonio sociale».

¹²⁶ Cfr., per tutti, MAUGERI M., *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, cit. (nt. 20), p. 9 e spec. nt. 35, ove: «la ricorrenza di una decisione ‘imprenditoriale’ è elemento essenziale [della *Business Judgment Rule*] in tutti i principali sistemi che ne fanno uso».

a) Non imposizione

La prima caratteristica della scelta imprenditoriale è quella di non essere imposta da una norma di legge o di statuto, nel senso che gli amministratori, nell'assunzione della decisione in parola, devono essere liberi anche di *non* assumere la scelta. Un esempio molto semplice – peraltro già fatto nel precedente capitolo – può essere quello relativo all'obbligo di redazione del bilancio d'esercizio, *ex art. 2423 c.c.*: non potrà certo essere considerata scelta imprenditoriale quella di redigere o di non redigere il bilancio d'esercizio, essendo tale condotta imposta agli amministratori.

Questa prima caratteristica della scelta imprenditoriale è ben enucleata nell'ordinamento tedesco. Nella più autorevole dottrina si legge infatti: «Entscheidendes Charakteristikum einer unternehmerischen Entscheidung ergibt sich daher nicht so sehr aus positiver Umschreibung, sondern aus ihrem negativen Gegenstück: Unternehmerische Entscheidung ist immer dann zu verneinen, wenn rechtliche Bindung gegeben ist»¹²⁷. Ma ad esprimersi in questa direzione, nell'ambito dell'ordinamento tedesco, è anche la stessa relazione di accompagnamento al disegno di legge che ha successivamente introdotto la *BJR* nel § 93 *AktG*¹²⁸, che recita: «Die unternehmerische Entscheidung steht im Gegensatz zur rechtlich gebundenen Entscheidung»¹²⁹.

Questa posizione assunta nell'ordinamento tedesco, invero, si può riscontrare anche in Italia nella misura in cui dottrina e giurisprudenza affermano – come ricordato al precedente capitolo – che la *BJR* non si applicherebbe quando si tratta di c.d. obblighi specifici degli amministratori, rispetto ai quali non residua una

¹²⁷ “La caratteristica decisiva di una scelta imprenditoriale non si riscontra tanto in positivo, ma piuttosto in negativo: non può esistere una scelta imprenditoriale quando la scelta è giuridicamente imposta”, così testualmente KOCH J., sub §93 *AktG*, in *Aktiengesetz*, 17 ed., C.H. Beck, München, 2023, 35, disponibile su *beck-online.beck.de*.

¹²⁸ Gesetzentwurf der Bundesregierung 15/5092 del 15 marzo 2005, Entwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), p. 11, reperibile su *dserver.bundestag.de*.

¹²⁹ “La scelta imprenditoriale rappresenta il contrario rispetto alla scelta imposta dalla legge”.

discrezionalità di questi ultimi¹³⁰. A ben vedere, però, la posizione italiana abbraccia *due* caratteristiche fondamentali della scelta imprenditoriale: quella qui in discussione (la non imposizione, che, come detto, comporta che l'amministratore sia libero di decidere se assumere o meno la scelta) e quella di cui al successivo punto, che, come si vedrà più oltre, riguarda una diversa sfumatura della genericità dell'obbligo degli amministratori.

b) Discrezionalità

Seconda principale caratteristica della scelta imprenditoriale è costituita dalla discrezionalità, che differisce dalla non imposizione poiché non attiene all'*an* della scelta (cioè alla libertà degli amministratori di assumerla o di non assumerla) ma al *quomodo* della scelta, e cioè alle modalità concrete con cui la scelta è assunta. In altri termini, alla luce delle caratteristiche viste finora, una scelta può essere definita "imprenditoriale" se gli amministratori: (i) possono scegliere se assumerla o non assumerla e (ii) dispongono di discrezionalità nella determinazione del contenuto concreto della scelta.

Sul punto si è espressa anche autorevole dottrina, che ha affermato che la scelta imprenditoriale, «poiché concerne l'impresa, necessariamente serve a individuare un punto di equilibrio fra i diversi fattori produttivi che contribuiscono alla sua attività», specificando poi che, proprio a causa della discrezionalità della scelta, il punto di equilibrio che essa individua rappresenta «uno fra i diversi ugualmente plausibili punti di equilibrio»¹³¹. Dunque, a fronte di numerosi "punti di equilibrio", è la discrezionalità che determina quale di essi sia quello di volta in volta adeguato.

¹³⁰ Per tutti, sul punto, v. BONELLI F., *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, cit. (nt. 37), p. 186, ove: «il giudice non può sindacare l'opportunità o la convenienza delle scelte di gestione degli amministratori, poiché esse rientrano nei loro poteri discrezionali, che non sono sindacabili ex post».

¹³¹ Così ANGELICI C., *Interesse sociale e business judgment rule*, cit. (nt. 70), pp. 584-585. Prosegue poi l'Autore affermando che «La 'decisione imprenditoriale' significa in questo senso la scelta di quale fra essi perseguire e realizzare. [...] [Le scelte] propriamente imprenditoriali, perché volte a definire un punto di equilibrio fra gli interessi che convergono sull'impresa, si traducono per definizione nella scelta di quale, fra i diversi plausibili equilibri, in concreto realizzare». Sul punto, v. anche BONELLI F., *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, cit. (nt. 37), p. 186, e MAUGERI M., *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, cit. (nt. 20), p. 9 e spec. nt. 35.

Peraltro, di questa caratteristica delle scelte “coperte” dalla *Business Judgment Rule* si trova eco fin dalla più risalente giurisprudenza di legittimità già ricordata in questo capitolo. Nella citata pronuncia del 1965, infatti, la Suprema Corte, nel confermare la responsabilità degli amministratori convenuti in giudizio, afferma che i giudici di merito non avrebbero violato la *BJR*, poiché «non si trattava di scegliere fra varie soluzioni, tra loro equivalenti, che gli amministratori avrebbero potuto adottare al fine di fronteggiare la precaria situazione della Cooperativa, soluzioni che dovevano essere lasciate alla valutazione degli stessi amministratori, non sindacabile dall’ autorità giudiziaria sulla base dei risultati conseguiti».

In definitiva, la scelta imprenditoriale, per poter essere considerata tale, deve essere discrezionale e rappresentare cioè il frutto di una composizione di interessi da parte degli amministratori e il raggiungimento di uno tra i diversi possibili punti di equilibrio tra tali interessi, mediante l’esercizio – appunto – di una discrezionalità di natura imprenditoriale.

Si specifica a tal proposito la natura “imprenditoriale” della discrezionalità è data dall’insussistenza di una predeterminazione normativa sia riguardo al *modo* in cui l’azione discrezionale può atteggiarsi sia riguardo alla finalità che l’azione persegue. In altri termini, è imprenditoriale quella discrezionalità che è priva di vincoli anche rispetto alla finalità da perseguire, nel senso che mediante la medesima si persegue uno o un altro fine senza che vi sia alcun obbligo normativo a riguardo. Diversa dalla discrezionalità imprenditoriale è invece la discrezionalità “tecnica”¹³², su cui si tornerà più ampiamente nel prossimo capitolo, rispetto alla quale la finalità dell’azione è normativamente predeterminata (come nel caso della disciplina del bilancio, che richiede il rispetto di vari principi tra cui la chiarezza) e l’ambito di discrezionalità riguarda le modalità mediante le quali tale finalità predeterminata può essere raggiunta.

Ciò chiarito, si specifica che l’elemento che compone la scelta imprenditoriale è quello della discrezionalità imprenditoriale, e non quello della discrezionalità

¹³² Cfr. LIBERTINI M., *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell’organizzazione delle società a controllo pubblico*, cit. (nt. 8), p. 7.

tecnica.

c) Incertezza

Terza caratteristica è quella dell'incertezza, che nell'ordinamento tedesco è trattata come “direzione al futuro” (*Zukunftsbezogenheit*).

Sempre la relazione di accompagnamento al disegno di legge di riforma dell'*Aktiengesetz* del 2005 parla della *Zukunftsbezogenheit* come della principale ragione per cui le scelte imprenditoriali non possono essere sindacate. Nella relazione, infatti, si legge: «Unternehmerische Entscheidungen sind infolge ihrer Zukunftsbezogenheit durch Prognosen und nicht justiziable Einschätzungen geprägt»¹³³.

In sostanza, la scelta imprenditoriale è caratterizzata altresì dal suo contenuto prognostico – in questo senso essa è rivolta al futuro – e incerto¹³⁴ e anche per questa ragione non è sottoposta a uno scrutinio di merito da svolgersi necessariamente *ex post*.

d) Rischio (economico)

Da ultimo, ma non per rilevanza, caratteristica essenziale della scelta imprenditoriale è quella di essere per natura rischiosa¹³⁵, nel senso di fisiologicamente

¹³³ “Le scelte imprenditoriali, per il loro essere rivolte al futuro, sono caratterizzate da previsioni e valutazioni non sindacabili”. Il passo si trova nel Gesetzentwurf der Bundesregierung 15/5092 del 15 marzo 2005, Entwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), p. 11, reperibile su *dserver.bundestag.de*. Tra gli Autori italiani, ricorda la caratteristica della *Zukunftsbezogenheit* BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit. (nt. 9), p. 430.

¹³⁴ Cfr. ANGELICI C., *Interesse sociale e business judgment rule*, cit. (nt. 70), p. 584. V., sul punto, anche MAUGERI M., *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, cit. (nt. 20), p. 1, ove si dice che l'attività d'impresa «importa per sua natura l'assunzione sistematica di decisioni in condizioni di incertezza».

¹³⁵ Cfr. MAUGERI M., *ivi*, p. 8, ove si legge che il rischio economico «si presenta intrinsecamente immanente nell'attività d'impresa, sino al punto di precludere la possibilità stessa di qualificare “imprenditoriale” una decisione degli amministratori che ne sia sprovvista». Sul punto, v. anche il noto precedente statunitense *In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation*, cit., ove: «The essence of the business judgment of managers and directors is deciding how the company will evaluate the trade-off between risk and return. Businesses —and particularly financial institutions— make returns by taking on risk; a company or investor that is willing to take on more risk can earn a higher return. Thus, in almost any business transaction, the parties go into the deal with the knowledge that, even if they have evaluated the situation correctly, the return could be different than they expected».

idonea a comportare delle perdite a carico della società¹³⁶.

Tuttavia, quello che costituisce caratteristica essenziale della scelta imprenditoriale non è un qualsiasi tipo di rischio, ma il cosiddetto rischio economico. Si suole infatti distinguere tra il rischio economico e il rischio giuridico: il primo rappresenta elemento naturale e fisiologico dell'attività d'impresa, cioè la possibilità che l'attività economica esercitata non produca i frutti sperati e, anzi, finisca pure per erodere il capitale – appunto, di rischio – investito dai partecipanti all'iniziativa economica; il secondo rappresenta «limite esterno» dell'agire imprenditoriale¹³⁷, cioè la possibilità che la società subisca una perdita o un danno per l'effetto di una circostanza patologica, che può essere identificata, ad esempio, nel mancato rispetto di una normativa vincolante o nella commissione di un reato da soggetti interni all'impresa nell'esercizio delle loro funzioni. Quest'ultima tipologia di rischio non può essere legittimamente accettata nell'assunzione di una scelta imprenditoriale né deve essere bilanciata con gli altri rischi economici: il rischio giuridico deve essere evitato dagli amministratori e, ove assunto, costituisce una illegittimità nell'agire di questi ultimi.

Pertanto, alla luce di quanto appena detto, se da una parte la scelta imprenditoriale non può essere caratterizzata dalla presenza di un rischio giuridico,

¹³⁶ Cfr. ANGELICI C., *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, cit. (nt. 48), p. 7.

¹³⁷ Cfr. MAUGERI M., *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, cit. (nt. 20), p. 8. L'A. riporta l'interessante definizione elaborata nella dottrina tedesca, per cui le norme imperative costituirebbero i confini esterni delle scelte imprenditoriali («äußere Grenzen unternehmerischer Entscheidungen»), v. BAUMS T., *Risiko und Risikosteuerung im Aktienrecht*, in *ZGR*, 2011, p. 224. Una distinzione tra i diversi tipi di rischio si rinviene anche nella giurisprudenza statunitense e, in particolare, nella già citata sentenza *In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation*, cit., ove: «There are significant differences between failing to oversee employee fraudulent or criminal conduct and failing to recognize the extent of a Company's business risk. Directors should, indeed must under Delaware law, ensure that reasonable information and reporting systems exist that would put them on notice of fraudulent or criminal conduct within the company. Such oversight programs allow directors to intervene and prevent frauds or other wrongdoing that could expose the company to risk of loss as a result of such conduct. While it may be tempting to say that directors have the same duties to monitor and oversee business risk, imposing Caremark-type duties on directors to monitor business risk is fundamentally different. Citigroup was in the business of taking on and managing investment and other business risks. To impose oversight liability on directors for failure to monitor "excessive" risk would involve courts in conducting hindsight evaluations of decisions at the heart of the business judgment of directors. Oversight duties under Delaware law are not designed to subject directors, even expert directors, to personal liability for failure to predict the future and to properly evaluate business risk».

dall'altra parte, per essere considerata tale (*i.e.* "imprenditoriale"), essa deve necessariamente essere caratterizzata da una misura di rischio economico, cioè deve consistere in un vero e proprio atto di gestione dell'impresa.

CAPITOLO III

IL PROBLEMA DELL'APPLICABILITÀ DELLA *BUSINESS JUDGMENT*

RULE ALLA “SCELTA ORGANIZZATIVA”

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La “scelta organizzativa” – 3. I profili di problematicità dell'applicazione della *Business Judgment Rule* alla “scelta organizzativa” – 4. Le più recenti pronunce giurisprudenziali in materia di assetti e le posizioni della dottrina – 5. Una proposta di soluzione: la suddivisione delle scelte organizzative – 6. (*segue*): le scelte organizzative strumentali all'agire legittimo degli amministratori (o “scelte *ex* 2086”) – 7. (*segue*): le scelte organizzative volte all'efficientamento dell'impresa (o “scelte *extra* 2086”) – 8. (*segue*): le scelte organizzative “miste”: una categoria esistente? – 9. Esiti pratici della soluzione proposta

1. Premessa

Si giunge così al nodo della trattazione, quello cioè dell'incontro tra i due grandi filoni oggetto dei primi due capitoli dell'elaborato: da una parte l'organizzazione dell'impresa (e la conseguente responsabilità degli amministratori derivante dalla violazione degli obblighi organizzativi) e dall'altra la *Business Judgment Rule*, da cui deriva l'interrogativo di quale sia il rapporto tra i due elementi e quale sia, dunque, il regime di responsabilità dell'organo amministrativo in relazione a scelte di natura organizzativa che conducano alla produzione di un danno a carico della società.

L'incontro di tali filoni presenta alcuni rilevanti profili di problematicità, principalmente dipendenti dalla qualificazione della “scelta organizzativa” e dalla sua riconducibilità alla “scelta imprenditoriale”, circostanza da cui – lo si ricorda – dipende senz'altro l'applicabilità della *BJR*. Nell'impostazione qui seguita, la soluzione delle difficoltà interpretative e classificatorie appena accennate passa attraverso la definizione del contenuto della “scelta organizzativa”, l'esame dei profili di problematicità legati all'applicazione della *BJR* alla “scelta organizzativa” (un esame, dunque, in termini di *ratio*) e il confronto tra “scelta organizzativa” e “scelta imprenditoriale” (un esame, questo, in termini di ambito applicativo).

L'obiettivo, in particolare, è quello di individuare una soluzione in merito all'applicabilità della *Business Judgment Rule* alle scelte organizzative, distinguendo – nell'ambito di queste ultime e sulla base della funzione che esse svolgono – tra quelle cui il *judicial restraint* può applicarsi e quelle che invece possono essere esaminate nel merito da parte dell'autorità giudiziaria.

2. La “scelta organizzativa”

Prima di verificare se (ed eventualmente quando) la “scelta organizzativa” sia riconducibile alla scelta imprenditoriale e dunque interna all'area di applicazione della *Business Judgment Rule*, è opportuno, in primo luogo, esaminare gli aspetti principali della “scelta organizzativa” medesima.

A tal fine, risulta utile anzitutto domandarsi se una distinzione possa effettivamente farsi tra la scelta di organizzazione e la scelta imprenditoriale. La questione potrebbe, prima vista, risultare di non facile risoluzione, affondando apparentemente le proprie radici in questioni di diritto dell'impresa (*genus* nel quale si inserisce il diritto societario)¹³⁸ che impegnano da anni gli studiosi della materia¹³⁹. In particolare, la distinzione tra atti organizzativi e atti di esercizio dell'impresa è stata tradizionalmente utilizzata per determinare il momento di nascita dell'impresa¹⁴⁰:

¹³⁸ In questo senso, v. MACARIO, *La riforma dell'art. 2086 c.c. nel contesto del codice della crisi di impresa e i suoi riflessi sul sistema della responsabilità degli organi sociali*, in *Crisi d'impresa e responsabilità nelle società di capitali*, a cura di L. Balestra e M. Martino, 2022, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 29.

¹³⁹ Una ricognizione della discussione in materia è riportata da CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale. I. Diritto dell'impresa*, 8^a ed., a cura di Mario Campobasso, 2022, UTET, Milano, p. 96 ss. Tra gli altri Autori che affrontano il tema, senza pretese di completezza, si riportano: AFFERINI V., *Gli atti di organizzazione e la figura giuridica dell'imprenditore*, 1973, Giuffrè, Milano, p. 111 ss.; BENEDETTI L., *L'applicazione della business judgment rule alle decisioni organizzative: spunti giurisprudenziali*, nota a Trib. Roma, 8 aprile 2020, in *Banca borsa*, 2021, p. 286; FRANCESCHELLI R., *Imprese e imprenditori*, 1964, Giuffrè, Milano, p. 99 ss.; JAEGER P.G., DENOZZA F., TOFFOLETTO A., *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, cit. (nt. 2), p. 49; LIBONATI B., *L'amministratore non socio di società in nome collettivo*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, p. 426 ss.; MAUGERI M., *Considerazioni sul sistema delle competenze assembleari nella s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 365; MINERVINI G., *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1956, p. 218 ss.; MIRONI A., *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del “decreto correttivo” al Codice della crisi e dell'insolvenza*, cit. (nt. 28), p. 191.

¹⁴⁰ Quando questa non è esercitata in forma societaria. In tale ipotesi, infatti, la nascita dell'impresa è generalmente individuata nel momento della costituzione, cfr. per tutti JAEGER P.G., DENOZZA F., TOFFOLETTO A., *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, cit. (nt. 2), p. 49, che pure

si era infatti soliti affermare che, nascendo l'impresa nel momento in cui la relativa attività imprenditoriale è esercitata, gli atti preparatori (cioè di organizzazione), in quanto non propriamente relativi all'esercizio dell'impresa, non fossero idonei a determinarne la nascita¹⁴¹. Pertanto, si è tradizionalmente ritenuto di dover collocare il momento della nascita dell'impresa, con tutte le conseguenze che ne derivano (soprattutto in termini di assoggettamento alle procedure concorsuali), al momento in cui, completati gli atti preparatori/organizzativi, è effettuato il primo atto di vera e propria gestione.

Più di recente, si è determinata l'insostenibilità della netta distinzione – ai fini della determinazione dell'inizio dell'impresa – tra atti preparatori (e cioè organizzativi) e atti di gestione dell'impresa¹⁴². Si è infatti ritenuto che quelli che erano precedentemente definiti atti organizzativi debbano essere ricondotti agli stessi atti di gestione dell'impresa, dal momento che anche la sua organizzazione è parte della gestione, anche in ragione del fatto che, con la modifica dell'art. 2086 c.c. effettuata nel 2019, alla norma in questione è stata pure modificata la rubrica, che oggi recita: «Gestione dell'impresa»¹⁴³.

Considerato l'orientamento appena riportato, a prima vista, si potrebbe affermare che non possa quindi continuare a sostenersi una distinzione tra scelte imprenditoriali (corrispondenti all'esecuzione di “atti di gestione”) e scelte organizzative (corrispondenti all'esecuzione di “atti di organizzazione”) e che quindi il problema posto nel presente lavoro sia già da considerarsi in un certo senso risolto: secondo questa impostazione, le scelte organizzative dovrebbero dunque ricondursi sempre a scelte imprenditoriali, con l'ovvia conseguenza anche le scelte

criticano tale posizione, sostenendo che anche per le società la nascita dell'impresa dovrebbe coincidere con il momento in cui l'esercizio dell'impresa medesima è avviato.

¹⁴¹ Della distinzione tra atti organizzativi e atti di gestione ai fini della determinazione dell'applicabilità o meno della *BJR* alle scelte organizzative degli amministratori, pur giungendo a conclusioni non in linea con il presente scritto, si occupa anche FORTUNATO S., *Atti di organizzazione, principi di correttezza amministrativa e Business Judgment Rule*, cit. (nt. 93), p. 1394.

¹⁴² Cfr., per tutti: CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale. I. Diritto dell'impresa*, cit. (nt. 139), p. 97; JAEGER P.G., DENOZZA F., TOFFOLETTO A., *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, cit. (nt. 2), p. 49.

¹⁴³ Prima dell'avvento del codice della crisi, l'art. 2086 c.c. era rubricato «Direzione e gerarchia nell'impresa».

organizzative sarebbero “coperte” dal *safe harbor* della *Business Judgment Rule*. Tuttavia, non si ritiene che una soluzione così *tranchant* possa essere soddisfacente rispetto alla complessità del discorso affrontato. E infatti, si crede che l’orientamento più recente in materia di distinzione tra atti di gestione e atti di organizzazione ai fini della determinazione dell’inizio dell’impresa, pur condivisibile, non sia idoneo a determinare la radicale inesistenza di una distinzione tra la scelta imprenditoriale e la scelta organizzativa. Ciò per almeno tre ragioni.

In primo luogo, per una ragione che può definirsi terminologico-lessicale. E infatti, ad avviso di chi scrive, il problema nella determinazione dell’inizio dell’impresa non è tanto quello della possibilità di distinguere tra atti di esercizio e atti di organizzazione ma piuttosto quella della possibilità di ricondurre gli atti di organizzazione agli atti d’impresa. In altri termini, il dubbio circa la non distinguibilità tra gli atti di organizzazione e gli atti di gestione deriva dal fatto che la locuzione “atti di gestione” sia utilizzata quale sinonimo di “atti d’impresa”. Tuttavia, ciò che conta al fine di determinare se l’impresa è sorta o meno è – evidentemente – l’esercizio di attività d’impresa. Ebbene, ciò detto, il problema della distinzione tra atti organizzativi e atti gestori scompare e rimane solo quello, già anticipato, della riconducibilità degli atti organizzativi agli “atti d’impresa”, rispetto alla quale non pare che possano oggi residuare dubbi¹⁴⁴. Ciò soprattutto alla luce delle già menzionate modifiche introdotte dal d.lgs. 147/2020 all’art. 2380-*bis* c.c.¹⁴⁵, che ha previsto che la gestione dell’impresa si svolga nel rispetto dell’art. 2086, comma 2, c.c., e che essa

¹⁴⁴ Cfr., per tutti, CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale. 1. Diritto dell’impresa*, cit. (nt. 139), p. 97, ove si rileva che anche l’attività di organizzazione di un’impresa è, in fin dei conti, indirizzata ad un fine produttivo. Per questa ragione, l’illustre A. afferma che anche gli atti di organizzazione sono atti di impresa e che quindi, ai fini della determinazione del momento di nascita dell’impresa, essi possono essere equiparati agli atti di gestione non preceduti da una fase organizzativa. L’A. richiama JAEGER P.G., *Note critiche sull’inizio dell’impresa commerciale*, in *Riv. soc.*, 1966, p. 756 ss. e AFFERINI V., *Gli atti di organizzazione e la figura giuridica dell’imprenditore*, cit. (nt. 139), p. 260 ss. Cfr. inoltre CALANDRA BUONAURA V., *L’amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, in *Trattato di diritto commerciale. Sezione IV - Tomo 4.VI*, fondato da V. Buonocore e diretto da R. Costi, 2019, Giappichelli, Torino, p. 301, ove si legge che la «definizione della struttura organizzativa con cui svolgere l’attività economica [...] costituisce uno dei momenti fondamentali in cui si esercita la funzione imprenditoriale».

¹⁴⁵ Sul punto, v. il contributo già citato di MIRONE A., *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del “decreto correttivo” al Codice della crisi e dell’insolvenza*, cit. (nt. 28), p. 183 ss.

spetti all'organo amministrativo, così come a essi spetta l'obbligo di istituire assetti adeguati. È chiaro che, in quanto attribuita all'organo gestorio, l'attività organizzativa sia una parte dell'attività d'impresa ed è pertanto condivisibile la posizione di coloro che affermano che l'inizio dell'impresa medesima possa individuarsi nell'esecuzione di atti anche meramente organizzativi. Ciò, però, non pare risolutivo rispetto al problema della configurabilità di una distinzione contenutistica e di disciplina tra atti di organizzazione (*i.e.*, scelta organizzativa) e atti di gestione (*i.e.*, scelta gestoria).

In secondo luogo, anche ove la precisazione lessicale di cui al capoverso precedente non dovesse risultare condivisa, si deve precisare che in ogni caso gli atti di gestione dell'impresa, ai quali in ipotesi potrebbero dunque essere ricondotti anche gli atti di organizzazione della medesima, non richiedono sempre l'adozione di scelte imprenditoriali, specialmente nel caso in cui – come appare – gli atti dell'imprenditore possano essere ricondotti esclusivamente ad atti di organizzazione e atti di gestione, senza un *tertium genus*. Si è visto infatti in conclusione del precedente capitolo quali sono le caratteristiche ineliminabili delle scelte imprenditoriali (non imposizione, discrezionalità, incertezza e rischio) e senza dubbio queste non possono essere individuate in tutti gli atti di gestione. Si pensi, ad esempio, alla redazione del bilancio d'esercizio: nessuno dubiterebbe del fatto che questo sia, in effetti, un atto di gestione dell'impresa (non certo un atto preparatorio o organizzativo), eppure esso senza dubbio esula dall'alveo delle scelte imprenditoriali, mancando evidentemente il primo requisito, cioè quello della non imposizione, nonché quello della discrezionalità imprenditoriale. Pertanto, neppure sotto questo profilo viene messa in discussione la possibilità di operare una distinzione tra i diversi tipi di scelta nell'ambito dell'attività d'impresa.

In terzo luogo, la configurabilità di una distinzione tra l'attività organizzativa e l'attività gestoria, oltre a non essere messa in discussione da molti di coloro che nel corso degli anni si sono occupati dell'applicabilità della *BJR* alle scelte organizzative degli amministratori¹⁴⁶ e ad essere pienamente accettata dalle scienze

¹⁴⁶ Tra i numerosi riferimenti già indicati nell'ambito del presente lavoro, si richiamano in questa sede, per tutti, AMATUCCI C., *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e*

aziendalistiche¹⁴⁷, è prevista espressamente dalla legge. E infatti, con riferimento alle società per azioni, è proprio il già citato art. 2380-*bis* c.c. che distingue l'obbligo organizzativo dal potere gestorio¹⁴⁸, pur attribuendo entrambi allo stesso organo. D'altra parte, non si ritiene che la modifica della rubrica dell'art. 2086 c.c. in «Gestione dell'impresa» possa essere elemento sufficiente a determinare l'assimilazione tra la scelta gestoria e quella organizzativa. Tale assimilazione dipende, infatti, dal rapporto in cui si pongono organizzazione e gestione: solo se si ritenesse, infatti, che l'organizzazione sia stata posta dal legislatore in posizione assolutamente parificata alla gestione si potrebbe sostenere la corrispondenza tra scelta organizzativa e *unternehmerische Entscheidung*. Tuttavia, come si vedrà poco oltre, si ritiene qui che almeno alcune tra le scelte organizzative siano strumentali alla (e non consistenti nella) gestione e si possano qualificare quali *quomodo* della gestione stessa¹⁴⁹ e che dunque gli atti organizzativi non possano essere *in toto* equiparati agli atti di natura gestoria¹⁵⁰.

Business Judgment Rule, cit. (nt. 7), p. 643 ss.; ANGELICI C., *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, cit. (nt. 48), p. 1 ss.; BARCELLONA E., *Business Judgment Rule e interesse sociale nella "crisi"*, cit. (nt. 75); CALANDRA BUONAURA V., *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi nella Società per azioni*, cit. (nt. 13), p. 439 ss.; FORTUNATO S., *Atti di organizzazione, principi di correttezza amministrativa e Business Judgment Rule*, cit. (nt. 93), p. 1373 ss.; RORDORF R., *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, cit. (nt. 23), p. 129 ss.

¹⁴⁷ Cfr., sul punto, DE MARI, *Gli assetti organizzativi societari*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, diretto da M. Irrera, 206, Zanichelli, Bologna, p. 23 ss., riportato da MIRONE A., *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del "decreto correttivo" al Codice della crisi e dell'insolvenza*, cit. (nt. 28), p. 191, spec. nt. 36, ove: «in realtà la materia degli assetti organizzativi presenta dei precisi connotati oggettivi, oggetto di precise discipline aziendalistiche [...], che appaiono ben in grado di distinguere tale ambito da quello delle scelte imprenditoriali di mercato e di inquadrare pertanto la singola decisione nell'uno o nell'altro».

¹⁴⁸ Cfr., MIRONE A., *ivi*, p. 191.

¹⁴⁹ In dottrina si è parlato di «procedimentalizzazione» dell'attività gestoria», cfr. RIOLFO G., *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e le modifiche al codice civile: il diritto societario tra "rivisitazione" e "restaurazione"*, in *Contr. impr.*, 2019, 2, pp. 421-422. In giurisprudenza, cfr. Trib. Catania, 8 febbraio 2023, cit., ove: «le misure organizzative che gli amministratori sono chiamati, anche sulla base del "nuovo" art. 2086 c.c., ad adottare risultano pur sempre finalizzate alla gestione societaria ovvero ne rappresentano una modalità di attuazione. Ed in effetti anche le irregolarità organizzative sono idonee a produrre inefficienze che si ripercuotono, inevitabilmente, sulla gestione imprenditoriale della società. Un concetto ampio di gestione consente, dunque, di annoverare tra le irregolarità anche la violazione di specifici compiti che, pur non attenendo alla gestione imprenditoriale in senso stretto, riguardano l'ordinato svolgimento dei poteri tra organi della società».

¹⁵⁰ In senso conforme a quanto indicato nel testo, cfr. CALANDRA BUONAURA V., *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, in *Giur. comm.*, cit. (nt. 55), p. 6, il quale ha definito «aspetto singolare del nuovo art. 2086» il fatto che la rubrica della disposizione codicistica non ne

Determinato quindi che la ormai diffusa riconduzione del momento di nascita dell'impresa a quello dell'esecuzione di atti anche aventi funzione organizzativa non può di per sé escludere la distinguibilità tra le scelte organizzative e le scelte gestorie¹⁵¹, si può dunque affermare l'esistenza di una distinzione, quanto meno in termini di contenuto tra i due tipi di scelta¹⁵², quanto meno sulla base degli elementi che saranno descritti subito di seguito.

Anzitutto, la “scelta organizzativa” spetta all'organo di gestione dell'impresa (come già evidenziato sia nel primo capitolo sia in questo) e, al contrario della scelta gestoria, presenta un contenuto “interno”, cioè rivolto non alla relazione dell'impresa con terzi¹⁵³ ma alla sua strutturazione appunto organizzativa. Ciò, comunque, non toglie che la scelta organizzativa possa mantenere uno stretto

rifletta il contenuto, dal momento che l'oggetto di entrambi i commi che compongono la norma sarebbe proprio l'organizzazione dell'impresa e non la sua gestione. Sulla base di tali osservazioni, l'A. sostiene che l'art. 2086 c.c. «sarebbe stato più correttamente rubricato adottando la stessa formula dell'art. 375 del Codice che parla di “Aspetti organizzativi dell'impresa”».

¹⁵¹ Si consideri sul punto CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*, cit. (nt. 139), p. 98, il quale, dopo aver sostenuto la tesi che colloca l'inizio dell'impresa al momento dell'esecuzione di atti anche di natura esclusivamente organizzativa, afferma: «nella concreta valutazione degli atti di organizzazione come indici di professionalità acquista rilievo la distinzione fra persone fisiche e società, operata invece in via di principio dall'opinione prevalente [...]. Un singolo atto di organizzazione non sarà di regola sufficiente perché una persona fisica diventi imprenditore. Ed anche più atti potrebbero non bastare, se inespressivi (ad esempio, affitto di un locale, acquisto di un'automobile, richiesta di un fido bancario) o non coordinati funzionalmente. La valutazione in fatto può essere invece diversa quando gli stessi atti vengono compiuti da una società, organismo di durata programmato per lo svolgimento di una determinata attività di impresa. Anche un solo atto di organizzazione imprenditoriale, soprattutto se particolarmente qualificato, potrà essere sufficiente per affermare che l'attività di impresa è iniziata».

¹⁵² *Contra*, però, FORTUNATO S., *Atti di organizzazione, principi di correttezza amministrativa e Business Judgment Rule*, cit. (nt. 93), p. 1394, che richiama TABELLINI M., *Business Judgment Rule e scelte organizzative*, in *Giur. it.*, 2021, p. 108 ss. L'A., in particolare, afferma: «le scelte organizzative presentano le medesime caratteristiche delle scelte imprenditoriali/gestionali: (i) “anch'esse implicano una valutazione prognostica delle future esigenze organizzative della società e dei probabili rischi d'impresa e di mercato e concorrono a definire la strategia imprenditoriale”; (ii) “richiedono all'amministratore di contemperare costi e benefici e allocare risorse, assumendo i rischi di tale valutazione in contesti di incertezza”; (iii) “sono scelte tra almeno due opzioni, poiché i modelli organizzativi ‘adequati’ tra cui scegliere sono molteplici e la discrezionalità nel definire cosa è ‘adeguato’ è ampia”; (iv) “il momento della gestione e prevenzione dei rischi è essenziale nell'attività d'impresa essendo inestricabilmente legato a quello dell'assunzione dei rischi: anch'esso, infatti, esprime una maggiore o minore propensione al rischio della proprietà e del management sulla quale il giudice non deve poter interferire in quanto trattasi di scelte d'impresa”».

¹⁵³ Elemento che comunque deve necessariamente essere presente nell'ambito dell'impresa, ai sensi dell'art. 2082 c.c., che prevede che l'imprenditore è tale se l'attività svolta è finalizzata alla produzione o allo scambio di beni o di servizi.

collegamento con l'attività propriamente "gestoria"¹⁵⁴, che invece ha un contenuto esterno e molto più chiaramente imprenditoriale. In ogni caso, si segnala che la scelta organizzativa non riguarda soltanto la fase "preparatoria" rispetto all'avvio dell'attività principale che l'impresa si propone di esercitare: l'organizzazione dell'impresa è infatti un'attività che viene svolta di continuo nell'arco di tutta la vita dell'impresa medesima¹⁵⁵, dal momento che la verifica e la "manutenzione" dei presidi organizzativi deve essere esercitata continuativamente anche al fine di un costante adeguamento dell'assetto organizzativo al mutevole contesto esterno in cui l'impresa opera.

In secondo luogo, quasi a completamento della prima caratteristica, la scelta organizzativa non persegue in modo diretto l'oggetto sociale ma è *strumentale* al suo perseguimento¹⁵⁶. Alla luce di quanto detto sopra, è ben possibile un perseguimento indiretto dell'oggetto sociale attraverso la scelta organizzativa, ma, avendo essa un contenuto prettamente interno, non si individua generalmente un perseguimento diretto dell'oggetto sociale mediante la scelta in questione. Ad ogni modo, si segnala che anche la scelta organizzativa può avere – come in effetti ha – un forte contenuto concorrenziale¹⁵⁷, e ciò in una duplice prospettiva: da una parte, in termini di capacità dell'impresa di produrre ricchezza, nel senso che la scelta organizzativa può contribuire alla distinzione di un'impresa rispetto a quella concorrente,

¹⁵⁴ Pur al fine di negare una distinzione tra atti organizzativi e atti di gestione (conclusione con la quale in questa sede non si concorda), c'è chi ha parlato di un «indissolubile intreccio» tra i due tipi di attività. Cfr. CAPELLI I., *La gestione delle società di persone dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: una prima lettura del nuovo art. 2257, primo comma, c.c.*, in *Rivista ODC*, fasc. 2, 2019, p. 338.

¹⁵⁵ Infatti, in materia di adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, Trib. Roma, 15 settembre 2020, cit. (nt. 65), che ricorda come concetto di adeguatezza implichi «la strutturazione di un'organizzazione interna che sia in grado di "adeguarsi" all'andamento dell'attività di impresa e, quindi, alle variazioni del rischio gestionale che questo comporta». Secondo quanto sostenuto dai giudici di merito, dunque, l'attività organizzativa deve essere svolta continuativamente da parte dell'organo amministrativo, mediante l'esecuzione di «continue analisi e verifiche interne».

¹⁵⁶ Cfr. FORTUNATO S., *Assetti organizzativi dell'impresa nella fisiologia e nella crisi*, cit. (nt. 26), p. 903, che osserva che l'organizzazione dell'impresa è «strumento di esercizio dell'attività economica dell'impresa, finalizzata alla realizzazione dell'oggetto sociale, all'attuazione dell'affare o *business* imprenditoriale e dunque alla produzione di beni e/o servizi da offrire sul mercato».

¹⁵⁷ Cfr. CALANDRA BUONAURA V., *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, cit. (nt. 144), p. 301, nonché DI CATALDO V., ARCIDIACONO D., *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgment rule*, cit. (nt. 8), p. 86.

all'efficientamento dell'attività svolta, a una riduzione dei costi e a un più efficace (ed efficiente) perseguimento dell'oggetto sociale¹⁵⁸; dall'altra parte, in termini di correttezza dell'agire imprenditoriale, nel senso che la scelta organizzativa può consentire una migliore e più tempestiva rilevazione dei fatti gestori, una più efficiente circolazione delle informazioni e un miglior esercizio della discrezionalità imprenditoriale riconosciuta agli amministratori¹⁵⁹.

Quanto alla fonte normativa della scelta organizzativa, oggi essa vede la sua norma fondamentale nell'art. 2086, comma 2, c.c., per come modificato dal legislatore del 2019 mediante il codice della crisi, che, per quanto qui rileva, prevede: «L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguata alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale».

Partendo dall'oggetto dell'obbligo individuato dalla norma in parola, si può anzitutto formulare una distinzione tra l'assetto organizzativo e quello amministrativo e contabile. In particolare, l'assetto organizzativo è costituito «dalla strutturazione aziendale interna per uffici e dal complesso dei regolamenti, delle direttive e delle procedure (anche informatiche) stabilite per garantire che il processo decisionale all'interno dell'impresa sia assegnato ed effettivamente esercitato in modo corretto e ad un appropriato livello di competenza e responsabilità»¹⁶⁰, garantendo

¹⁵⁸ Cfr. FORTUNATO S., *Atti di organizzazione, principi di correttezza amministrativa e Business Judgment Rule*, cit. (nt. 93), p. 1398.

¹⁵⁹ A riguardo, pare opportuno formulare la quasi ovvia osservazione per cui l'intempestività nella circolazione delle informazioni all'interno dell'impresa, così come l'incapacità di rilevare i fatti contabili e gestori degni di nota non comportano esclusivamente la possibile responsabilità dell'organo amministrativo per carenze organizzative, ma rendono anche meno efficiente l'attività d'impresa nel suo complesso, impedendo all'organo adibito alla gestione imprenditoriale di assumere decisioni adeguatamente informate.

¹⁶⁰ Così MIRONE A., *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta*, in *Rivista ODC*, 2020, fasc. 1, p. 25, che richiama il documento CNDCEC, *Principi di comportamento del Collegio sindacale di società non quotate*, del settembre 2015. Cfr., sul punto, anche LIBERTINI M., *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, cit. (nt. 8), p. 8, ove: «l'adeguatezza non riguarda solo

(i) l'organizzazione in senso stretto, cioè la determinazione dei diversi "organi" dotati di competenze giuridicamente rilevanti ai fini della validità degli atti imputabili alla società (con la tripartizione di base tra funzioni deliberative, amministrative e di controllo), ma anche

altresì, anche attraverso un'adeguata dotazione di risorse umane e tecniche¹⁶¹, che i flussi informativi funzionino correttamente al fine di consentire l'adozione di decisioni informate¹⁶². D'altra parte, l'assetto amministrativo-contabile è costituito «dall'insieme delle procedure e delle prassi operative dirette a garantire la completezza, la correttezza, la tempestività e l'attendibilità delle informazioni societarie, gestionali e contabili, in accordo con i principi contabili adottati dall'impresa»¹⁶³, nonché la corretta individuazione e rappresentazione dei fatti contabili¹⁶⁴, anche al fine della rilevazione delle situazioni di crisi o di perdita della continuità aziendale¹⁶⁵.

Di particolare rilevanza, poi, è l'enunciazione normativa di un principio di proporzionalità¹⁶⁶ (consistente nel requisito della "adeguatezza")¹⁶⁷ nell'istituzione degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili da parte dell'organo gestorio: la complessità e la concreta conformazione degli assetti da istituire dipende dalle

(ii) l'amministrazione, intesa nel senso di articolazione degli uffici interni all'impresa (o organizzazione aziendale che dir si voglia). Inoltre, il legislatore ha espressamente richiesto anche (iii) l'adeguatezza "contabile", che peraltro era già sancita, come dovere dell'imprenditore commerciale, nel Codice civile del 1942 (art. 2214, per cui l'imprenditore commerciale, oltre ai libri contabili obbligatori, deve "tenere le altre scritture contabili che siano richieste dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa")».

¹⁶¹ Cfr. LIBERTINI M., *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, cit. (nt. 8), p. 8.

¹⁶² Cfr. FORTUNATO S., *Assetti organizzativi e crisi d'impresa: una sintesi*, cit. (nt. 9), p. 554, che rileva come l'adeguatezza dell'elemento organizzativo sia essenziale affinché l'organo amministrativo «possa assolvere con la dovuta diligenza al suo compito gestorio e all'obbligo – specificamente enucleato nel sesto comma dell'art. 2381 c.c. – di "agire in modo informato"».

¹⁶³ MIRONE A., *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta*, in *Rivista ODC*, 2020, fasc. 1, p. 25.

¹⁶⁴ Sul punto, cfr. FORTUNATO S., *Assetti organizzativi e crisi d'impresa: una sintesi*, cit. (nt. 8), p. 559, nonché ASSONIME, *Le nuove regole societarie sull'emersione anticipata della crisi d'impresa e gli strumenti di allerta*, Circ. n. 19/2019, disponibile all'indirizzo <https://www.assonime.it/attivita-editoriale/circolari/Pagine/circolare-19-2019.aspx>, p. 21.

¹⁶⁵ A riguardo, v. anche Trib. Catania, 8 febbraio 2023, cit., ove si afferma che la *ratio* dell'art. 2086 c.c. è proprio quella di impedire agli amministratori di «ignorare» la crisi e, al contrario, di «rilevarlo quanto prima», anche al fine dell'assunzione delle relative misure conseguenziali.

¹⁶⁶ Cfr. FORTUNATO S., *Assetti organizzativi dell'impresa nella fisiologia e nella crisi*, cit. (nt. 26), p. 903, nonché ID., *Atti di organizzazione, principi di correttezza amministrativa e Business Judgment Rule*, cit. (nt. 93), p. 1400.

¹⁶⁷ Cfr. FORTUNATO S., *Assetti organizzativi e crisi d'impresa: una sintesi*, cit. (nt. 8), p. 560, ove l'adeguatezza è definita «sostanzialmente un giudizio complesso di proporzionalità fra termini di relazione».

concrete caratteristiche dell'impresa. In particolare, è richiesto ai soggetti titolari del dovere dell'istituzione degli assetti di adeguare gli stessi alla natura – intesa come tipo di attività svolta, tipo di mercato in cui opera, forma giuridica, ecc. – e alle dimensioni – intese nel senso non solo di “grandezza” dell'organizzazione imprenditoriale, ma anche di misure dell'impatto economico/finanziario della stessa – dell'impresa. Per garantire la proporzionalità dell'assetto organizzativo all'ente nel quale esso è istituito, l'organo amministrativo è chiamato a esercitare un margine di discrezionalità – sulla cui natura si tornerà più oltre in questo stesso capitolo –, funzionale all'adeguamento di un modello astratto al contesto concreto, nel rispetto delle finalità del modello medesimo. Si ritiene peraltro che quest'ultimo elemento sia di particolare importanza nell'analisi del disposto dell'art. 2086, comma 2, c.c. e del dovere di istituire assetti adeguati: il principio di proporzionalità/adeguatezza, infatti, deve certamente essere commisurato – come prevede la norma – alla natura e alle dimensioni dell'impresa, ma deve anche tener conto della finalità dell'assetto; deve, in altri termini, essere *idoneo*, nell'ambito di un'impresa di tale natura e di tali dimensioni, a garantire il rispetto degli obiettivi che, per espressa (o anche non espressa) disposizione di legge, esso deve raggiungere. Inoltre, come è naturale che sia in un'organizzazione che è definita pure dal requisito dell'economicità¹⁶⁸, l'attività di adeguamento dell'assetto deve essere effettuata tenendo conto delle risorse disponibili in base alle capacità patrimoniali e reddituali dell'impresa.

Per quanto riguarda, poi, la finalità dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, la norma prevede espressamente che esso debba essere istituito «*anche* in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale».

Partiamo dalla finalità espressamente prevista dalla norma in analisi, per poi esaminare eventuali altre finalità. Ebbene, per quanto sia evidente che – in via mediata – l'istituzione degli assetti ai sensi del secondo comma dell'art. 2086 c.c. debba perseguire la finalità di prevenzione di situazioni di crisi e di perdita della

¹⁶⁸ Cfr. JAEGER P.G., DENOZZA F., TOFFOLETTO A., *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, cit. (nt. 1), p. 27 ss., i quali, nell'esame del requisito di economicità dell'attività dettato dall'art. 2082 c.c., sostengono che tale elemento debba tradursi nell'esigenza che l'impresa tragga «da se stessa i mezzi per la sua sopravvivenza».

continuità aziendale, non si concorda con coloro che affermano che questa appena enunciata sia la funzione principale, tra quelle espresse, degli assetti¹⁶⁹. E infatti, in primo luogo, non si vede per quale ragione il legislatore, mediante il medesimo insieme di norme che ha di fatto ricondotto le situazioni di crisi e di perdita della continuità aziendale alla fisiologia dell'impresa¹⁷⁰ – come se queste ultime fossero un momento giuridicamente “neutro” nella vita dell'impresa medesima –, avrebbe dovuto parallelamente inserire una disciplina specifica finalizzata a evitare che situazioni si verificassero, con l'obbligo giuridico a carico dei gestori dell'impresa di istituire sistemi organizzativi finalizzati alla prevenzione della crisi ed, evidentemente, una correlativa responsabilità in caso di mancato adempimento dell'obbligo in questione. In secondo luogo, pare che sia la stessa lettera della norma a descrivere quale finalità degli assetti non tanto la prevenzione di situazioni di crisi o perdita della continuità aziendale ma, piuttosto, la *rilevazione* di queste ultime¹⁷¹.

¹⁶⁹ Cfr. FORTUNATO S., *ivi*, p. 554, ove si parla di una «funzionalizzazione» dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile alla prevenzione della crisi e della perdita della continuità aziendale, nonché all'assunzione delle misure conseguenti al verificarsi di tali situazioni, in modo da consentirne il rapido superamento. Sul punto, v. anche ROVELLI L., *Dall'insolvenza alla crisi di impresa. Ricadute sul diritto societario*, cit. (nt. 122), p. 14.

¹⁷⁰ Cfr. FORTUNATO S., *Assetti organizzativi dell'impresa nella fisiologia e nella crisi*, cit. (nt. 26), p. 902. Colpisce che il medesimo A., da una parte, rinviene negli assetti la finalità principale di prevenzione della crisi e, dall'altra parte, fa presente la natura fisiologica delle situazioni di crisi. Sulla natura ormai “fisiologica” della crisi d'impresa, v. anche ESPOSITO C., *Lo statuto delle società in crisi e l'esilio della neutralità organizzativa*, in *Giust. civ.*, 2021, p. 568 (p. 563 ss.) e MONTALENTI P., *Il diritto concorsuale tra passato e futuro*, in *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo*, a cura di P. Montalenti, 2018, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, p. 23. È bene precisare qui che quando si fa riferimento alla natura fisiologica della crisi la prospettiva assunta è quella prettamente giuridica: la crisi dell'impresa non comporta di per sé un rimprovero ai soggetti che l'hanno gestita né uno stigma sull'impresa medesima. Ciò non toglie che la situazione di crisi e di perdita della continuità aziendale (e ovviamente di insolvenza) abbiano natura economicamente e finanziariamente patologica.

¹⁷¹ Non sembra invece a chi scrive che si possa ritenere una finalità diretta e immediata dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato quella dell'adozione dei provvedimenti necessari a superare la crisi o a recuperare la continuità aziendale (cfr., però, in questo senso, Trib. Roma, 15 settembre 2020, cit. (nt. 65)). Pare infatti che l'adozione dei provvedimenti di cui sia appena detto sia un obbligo ulteriore che non si collega direttamente con l'assetto adeguato ma deriva dall'individuazione – appunto, attraverso l'assetto adeguato – della situazione che richiede l'intervento tempestivo dell'organo gestorio. Al più, dunque, l'obiettivo dell'attivazione degli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento per il superamento delle situazioni economicamente e finanziariamente patologiche (*i.e.*, la crisi e la perdita della continuità aziendale) può essere considerata una finalità mediata, da perseguirsi attraverso gli obiettivi (di rilevazione delle situazioni in questione) propri dell'assetto.

Ne deriva che la funzione espressa dell'art. 2086, comma 2, c.c. è quella di imporre all'organo amministrativo di istituire assetti adeguati al fine (tra gli altri fini) di prevenire non tanto la crisi d'impresa o la perdita della continuità aziendale ma il fatto – ben più grave – che tali circostanze non siano correttamente e tempestivamente rese note agli amministratori, per mancata rilevazione (da parte della struttura organizzativa, amministrativa e contabile interna all'impresa) dei fatti contabili e gestori indicativi di una situazione di crisi o di perdita della continuità aziendale o per mancata trasmissione all'organo amministrativo delle informazioni relative proprio a tali circostanze (in ipotesi intercettate dalle strutture aziendali)¹⁷².

Questa conclusione relativamente alla funzione espressa degli assetti, al contrario di quella riportata sopra, appare coerente: (i) con il testo della norma, che pone al centro la *rilevazione* delle situazioni di crisi e di perdita della continuità aziendale e non la loro prevenzione; (ii) con l'avvenuta “de-patologizzazione” della crisi: la patologia in termini giuridici, infatti, come già accennato, non sta tanto nella situazione di difficoltà economica affrontata dall'impresa¹⁷³, ma nella mancata tempestiva rilevazione della medesima, il che impedisce all'organo amministrativo di adottare tutte le misure necessarie alla tutela dell'impresa, dei suoi creditori e, in generale, della collettività. Poi, come si anticipava, è chiaro che una finalità mediata che può perseguirsi mediante gli assetti è anche quella di evitare il peggioramento di situazioni di difficoltà economico/finanziaria attraverso la loro tempestiva individuazione nonché quella di consentire all'organo amministrativo di adottare tempestivamente gli strumenti previsti dall'ordinamento per far fronte a tali situazioni, ma per le ragioni appena menzionate non paiono essere questi i principali elementi di attenzione del legislatore nella definizione degli obiettivi che l'assetto è tenuto a perseguire.

¹⁷² Sul punto, cfr. Trib, Cagliari, 19 gennaio 2022, cit. (nt. 65), ove si dice che gli assetti adeguati hanno la funzione di «evitare la impresa scivoli inconsapevolmente vers[o] una situazione di crisi o di perdita della continuità» e di dare quindi all'organo amministrativo la possibilità di percepire tempestivamente il verificarsi di tali circostanze in modo che possano essere adottate le iniziative opportune nel caso di specie.

¹⁷³ Per un esame approfondito delle circostanze che costituiscono una situazione di “crisi” e di “perdita della continuità aziendale” si fa rinvio, tra gli altri, ad ASSONIME, *Le nuove regole societarie sull'emersione anticipata della crisi d'impresa e gli strumenti di allerta*, cit. (nt. 164), *passim*.

Visto da questa prospettiva, dunque, l'assetto adeguato e correttamente funzionante è quello che consente una corretta individuazione dei fatti contabili e gestionali, nell'ottica dell'intercettamento di situazioni di difficoltà economico-finanziaria, nonché una corretta circolazione delle informazioni all'interno dell'impresa, in modo che i soggetti dotati di potere decisionale (e conseguentemente anche della relativa responsabilità) siano messi nelle condizioni di poter adottare tutte le misure necessarie per far fronte alla situazione di crisi o di perdita della continuità aziendale.

L'individuazione di tale principale finalità degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili consente di esaminare più agevolmente la questione relativa alle ulteriori finalità che gli assetti sono chiamati per legge a perseguire. E infatti, è chiarita dallo stesso legislatore la non esclusività della finalità descritta sopra: la norma, attraverso l'«*anche*» contenuto nel secondo comma dell'art. 2086 c.c., lascia “aperto” il dovere dell'organo amministrativo al perseguimento, attraverso gli assetti, di ulteriori fini non direttamente specificati.

A ben vedere, tuttavia, ciò che veramente conta in questa sede non è neppure individuare nello specifico tali ulteriori finalità, ma piuttosto il modo in cui queste devono essere perseguite: è a tale riguardo che – si ritiene – la norma in analisi offre spunti preziosi. Da quello che si diceva sopra è evidente che, ai fini dell'analisi del contenuto dell'art. 2086, comma 2, c.c. in un'ottica più puramente giuscommerciale (e non nell'ottica del diritto concorsuale o del c.d. “diritto societario della crisi”)¹⁷⁴, il legame con la crisi d'impresa e con la perdita della continuità aziendale passa in secondo piano e ciò che più rileva è il fatto che all'imprenditore costituito

¹⁷⁴ La dicitura “diritto societario della crisi” è stata oggetto di numerosi dibattiti. Si riportano di seguito alcuni dei principali contributi in materia: MAZZONI A., *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber Amicorum Antonio Piras, 2010, Torino, Giappichelli, p. 813 ss.; MONTALENTI P., *Diritto societario della crisi: poteri e doveri degli amministratori*, in *L'amministrazione delle società. Profili e problemi*, a cura di A. Bartolacelli, R. Guidotti, E. Pederzini e F. Rosi, 2023, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, p. 141; PORTALE G.B., *Verso un “diritto societario della crisi”?*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, a cura di U. Tombari, 2014, Torino, Giappichelli, p. 1 ss.; TOMBARI U., *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, a cura di U. Tombari, 2014, Torino, Giappichelli, p. 5 ss. In senso critico rispetto alla dicitura riportata, v. SACCHI R., *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?*, in *NLCC*, 2018, p. 1280 ss.

in forma collettiva sia richiesto uno sforzo organizzativo che persegue la primaria finalità di evitare la mancata rilevazione di situazioni di difficoltà economico-finanziaria *attraverso* la corretta individuazione dei fatti contabili e gestionali e il corretto flusso informativo interno all'impresa. Dunque, il criterio di collegamento tra il dovere dell'imprenditore e le situazioni di crisi o di perdita della continuità aziendale, nell'ottica dell'art. 2086, comma 2, c.c., è quello dell'istituzione di assetti che abbiano i requisiti menzionati poco sopra e che quindi siano idonei a perseguire la principale finalità "societaria" di garantire il corretto flusso informativo interno a valle dell'individuazione delle circostanze che devono essere oggetto di informazione endosocietaria¹⁷⁵.

Alla luce di ciò, come si anticipava, risulta anche poco rilevante individuare specificamente quali possano essere le ulteriori finalità che l'assetto, in concreto adottato, debba perseguire¹⁷⁶: ciò che conta, da un punto di vista di esame giuscommerciale della materia, è che tali finalità debbano essere perseguite attraverso l'istituzione di un modello organizzativo che, nella specifica impresa in cui è messo a punto, sia in grado di garantire all'organo gestorio un *set* informativo completo, dettagliato e tempestivo al fine dell'assunzione delle decisioni imprenditoriali¹⁷⁷. In altri termini, l'organizzazione dell'impresa per come intesa dall'art. 2086, comma 2, c.c. è lo strumento attraverso il quale possono essere assunte decisioni informate¹⁷⁸, costituendo una sorta di garanzia della legittimità dell'agire

¹⁷⁵ Cfr., sul punto, CALANDRA BUONAURA V., *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi nella Società per azioni*, cit. (nt. 13), p. 441.

¹⁷⁶ Tra le altre finalità che si possono ipotizzare vi sono, ad es., l'individuazione dei rischi insiti in un'operazione imprenditoriale che si intenda intraprendere, oppure l'informazione all'organo gestorio circa situazioni patologiche interne all'impresa che possano avere un effetto negativo sulle *performance* dell'impresa medesima, o ancora l'individuazione di *gap* di conformità alla normativa o l'istituzione di procedure aziendali che consentano un adeguato controllo del rischio nell'attività di esternalizzazione di funzioni o che garantiscano il monitoraggio del rischio legato alle condizioni economico-finanziarie dei fornitori ecc.

¹⁷⁷ Cfr., sul punto, FRANCA T., *Assetti "adeguati" e conseguenze sanzionatorie*, in *Giur. comm.*, II, 2023, p. 313.

¹⁷⁸ In dottrina, si è fatto riferimento all'adeguatezza degli assetti come requisito minimo perché siano assunte scelte informate, v. DI CATALDO V., ARCIDIACONO D., *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgment rule*, cit. (nt. 8), p. 85 (ove: «poiché le scelte di gestione sono insindacabili nel merito ma possono essere valutate soltanto sulla base del procedimento decisionario seguito, l'adeguatezza degli assetti costituisce la premessa necessaria perché possa darsi un

imprenditoriale¹⁷⁹ e della corretta amministrazione dell'impresa¹⁸⁰. Pertanto, l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, ai sensi dell'art. 2086, comma 2, c.c., non previene l'assunzione di scelte gestorie "sbagliate" da un punto di vista imprenditoriale (*i.e.*, quelle scelte che, ad esempio, si rivelano dannose per la società per effetto del concretizzarsi di quel rischio imprenditoriale insito nell'attività d'impresa), ma previene l'adozione di scelte "illegittime", cioè quelle che derivano dalla «mancata adozione di quelle cautele o [dal]la non osservanza di quei canoni di comportamento che il dovere di diligente gestione ragionevolmente impone, secondo il metro della normale professionalità, a chi è preposto ad un tal genere di impresa»¹⁸¹.

Sia consentita, a questo punto, una postilla strumentale alla prosecuzione dell'analisi in merito alla "scelta organizzativa". Quanto si è appena detto relativamente all'assetto previsto dall'art. 2086, comma 2, c.c. può essere considerato l'assetto "minimo" imposto dalla legge¹⁸², nel senso che l'assetto in questione deve *quanto meno* consentire il raggiungimento degli obiettivi di legittimità dell'agire imprenditoriale di cui si è appena discusso. Si badi, tuttavia, che ritenere che l'obbligo imposto dal secondo comma dell'art. 2086 c.c. riguardi l'istituzione dell'assetto "minimo" non comporta corrispondentemente negare che l'assetto

procedimento decisionale corretto»), che richiamano SACCHI R., *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, cit. (nt. 7), pp. 309-309.

¹⁷⁹ Sul punto, v. SPOLIDORO M.S., *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, cit. (nt. 23), ove: «dotarsi di strumenti che interpretino l'andamento della società e del contesto in cui essa opera null'altro [è] che un modo diligente di operare per un imprenditore qualsiasi (compresa la persona fisica che eserciti la professione di imprenditore)».

¹⁸⁰ Il principio di corretta amministrazione è stato inteso come conformità delle scelte imprenditoriali ai criteri di razionalità economica. Cfr., sul punto, CAPELLI I., *La gestione delle società di persone dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: una prima lettura del nuovo art. 2257, primo comma, c.c.*, cit. (nt. 154), p. 325; SILVA M., *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. Governance delle società di persone*, in *Not.*, 2022, 2, p. 459.

¹⁸¹ Cfr. la già citata Cass. Civ., Sez. I, 24 agosto 2004, n. 16707.

¹⁸² Si è già detto in precedenza che il dovere di istituire assetti adeguati rappresenta non solo (e non semplicemente) uno strumento finalizzato alla prevenzione della crisi ma uno strumento di individuazione dei rischi che costituisce una vera e propria «condizione di legittimazione e corretta gestione dell'impresa» (BENZAZZO P., *La denuncia al Tribunale di gravi irregolarità e l'adozione di assetti organizzativi adeguati: da prevenzione della crisi a "condizione di esercizio dell'attività d'impresa"*, cit. (nt. 27), p. 827). Sul punto, v. anche CALANDRA BUONAURA V., *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi nella Società per azioni*, cit. (nt. 13), p. 442.

organizzativo, amministrativo e contabile menzionato dalla medesima norma debba essere necessariamente quello “minimo” imposto. Ben può darsi, infatti, che un assetto organizzativo sia di molto più ampio e articolato di quel minimo richiesto dalla legge per assolvere alle funzioni di cui si è detto sopra. Soltanto che, ad avviso di chi scrive, questo *plus* organizzativo non rientra nell’obbligo sancito dall’art. 2086, comma 2, c.c. e pertanto non è giuridicamente imposto.

Da tali ultime considerazioni può dedursi che la norma appena citata, imponendo all’organo amministrativo l’istituzione di un modello organizzativo strumentale all’adozione di scelte legittime e riguardando il “minimo” di organizzazione che è richiesto all’impresa per la legittimità del suo operare, non esaurisce il ventaglio di scelte organizzative ulteriori rispetto a quelle necessarie per l’istituzione del minimo organizzativo di cui si è detto. È ben possibile, infatti, che gli amministratori assumano anche *altre* scelte organizzative, ciò in ragione del fatto che, come si anticipava, l’esigenza di organizzazione dell’impresa, al di là del relativo obbligo previsto per legge, ha natura sostanzialmente inesauribile e si estende per l’intera vita dell’impresa stessa.

La scelta organizzativa in parola, nel prosieguo, prima di individuarne una definizione più specifica, sarà anche denominata “scelta *extra* 2086”¹⁸³. Nell’analisi che segue, dunque, si dovrà tenere conto di tutte le scelte organizzative a prescindere dal fatto che esse siano assunte in adempimento all’obbligo sancito dall’art. 2086, comma 2, c.c. o meno.

3. I profili di problematicità dell’applicazione della *Business Judgment Rule* alla “scelta organizzativa”: la riconducibilità alla scelta imprenditoriale e la ricorrenza della *ratio*

Completata la descrizione degli elementi fondamentali che caratterizzano la “scelta organizzativa”, è ora opportuno esaminare la possibilità di applicare a essa

¹⁸³ Con la specifica, già fatta poco sopra, che con “*extra* 2086” si intende esclusivamente la scelta non oggetto di imposizione da parte dell’art. 2086, comma 2, c.c., ben potendo comunque tale scelta aggiungere elementi di organizzazione all’assetto “minimo” imposto dalla legge.

la *Business Judgment Rule* e, dunque, in primo luogo, la possibilità di ricondurre la “scelta organizzativa” a scelta imprenditoriale e, in secondo luogo, la ricorrenza della *ratio* della *BJR* nelle sue molteplici sfaccettature.

a) Riconducibilità della “scelta organizzativa” alla scelta imprenditoriale

Quanto alla ricorrenza, nella “scelta organizzativa”, degli elementi che caratterizzano la scelta imprenditoriale, la nuova formulazione dell’art. 2086, comma 2, c.c. permette di affrontare in maniera probabilmente più agevole una questione che, pur essendo risolta in maniera uniforme dalla maggior parte della dottrina precedente al codice della crisi, incontrava comunque diverse resistenze tra alcuni Autori: quella della *non imposizione*.

Già prima del marzo 2019, infatti, si era ritenuto che il dovere di istituire assetti organizzativi, amministrativi e contabili costituisse un obbligo specifico gravante sull’organo amministrativo¹⁸⁴. Tale tesi era stata sostenuta soprattutto da parte di chi, in seguito all’introduzione del codice della crisi, ha individuato nel nuovo comma 2 dell’art. 2086 c.c. una mera formalizzazione di un principio già esistente nell’ordinamento (derivante in particolare non solo dall’obbligo di corretta gestione imprenditoriale della società, ma anche dallo stesso requisito dell’organizzazione previsto dall’art. 2082 c.c. nonché dalle disposizioni di cui agli artt. 2381, commi 3 e 5, e 2403 c.c.). Tuttavia, prima dell’introduzione del nuovo secondo comma dell’art. 2086 c.c., vi era chi aveva sostenuto che il dovere di «curare» gli assetti in parola non comportasse necessariamente l’obbligo di istituirli, potendo invece gli amministratori legittimamente e liberamente scegliere, in seguito a un’adeguata istruttoria e senza conflitti di interessi, di rinunciare all’istituzione degli assetti

¹⁸⁴ Cfr., in particolare, SACCHI R., *La responsabilità gestionale nella crisi dell’impresa societaria*, cit. (nt. 7), p. 308. Quanto alle voci che, successivamente alla riforma, hanno affermato la preesistenza dell’obbligo a carico degli amministratori, v. ABRIANI N., ROSSI A., *Nuova disciplina della crisi d’impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, cit. (nt. 20), p. 397 ss.; DI CATALDO V., ARCIDIACONO D., *Decisioni organizzative, dimensioni dell’impresa e business judgment rule*, cit. (nt. 8), p. 83; RORDORF R., *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell’insolvenza*, cit. (nt. 23), p. 134; SPOLIDORO M.S., *Note critiche sulla «gestione dell’impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, cit. (nt. 23), pp. 262-263. *Contra*, v. DI MARZIO F., *Obbligazione, insolvenza, impresa*, cit. (nt. 23), p. 134.

medesimi¹⁸⁵. Dopo il codice della crisi, data la formulazione del nuovo comma secondo dell'art. 2086 c.c., non pare revocabile in dubbio che l'organo amministrativo abbia il *dovere* di istituire assetti adeguati e che l'obbligo in questione ricada proprio sulla istituzione dell'assetto, tanto che la mancanza *in toto* di quest'ultimo comporterebbe di per sé una violazione del dovere gravante sull'organo gestorio, senza che sia necessario verificare le ragioni che hanno condotto a tale scelta¹⁸⁶.

Tale conclusione, tuttavia, per quanto ormai sostanzialmente acquisita in dottrina, non è stata idonea, da sola, a escludere la riconducibilità della "scelta organizzativa" alla scelta imprenditoriale e dunque a escludere l'applicabilità, alla prima, della *Business Judgment Rule*. E infatti, si è affermato che quello di istituire assetti adeguati sarebbe invero un «dovere specifico, ancorché a contenuto indeterminato»¹⁸⁷, cioè un dovere che non risulta specificato quanto al *quomodo* del suo adempimento, data l'ampiezza del principio di adeguatezza¹⁸⁸.

In aggiunta all'incertezza circa l'imposizione della scelta organizzativa assunta in adempimento del disposto dell'art. 2086, comma 2, c.c., l'elaborazione di una regola sintetica e generale relativa al regime di responsabilità degli

¹⁸⁵ Sul punto, cfr. la precedente nt. 20, ove si fa riferimento a MAUGERI M., *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, cit. (nt. 20), p. 4.

¹⁸⁶ Addirittura, come indicato *supra* alla nt. 27, la mancata predisposizione *in toto* di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile è stata considerata di per sé idonea a integrare una grave irregolarità nella gestione, tanto da legittimare l'adozione di un provvedimento *ex art.* 2409 c.c. Cfr. Trib. Catania, 8 febbraio 2020, cit., che, nell'affermare la natura "specificata" dell'obbligo di istituzione degli assetti, richiama espressamente Trib. Roma, 19 settembre 2020, cit. In senso parzialmente contrario, cfr. BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit. (nt. 9), p. 435, 448.

¹⁸⁷ Testualmente, BRIZZI F., *Procedure di allerta e doveri degli organi di gestione e controllo: tra nuovo diritto della crisi e diritto societario*, cit. (nt. 56), p. 383. Sul punto, v. anche CALANDRA BUONAURA V., *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi nella Società per azioni*, cit. (nt. 13), p. 441; DI CATALDO V., ARCIDIACONO D., *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgment rule*, cit. (nt. 8) p. 87; FORTUNATO S., *Assetti organizzativi e crisi d'impresa: una sintesi*, cit. (nt. 8), p. 560; IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, 2005, Giuffrè, Milano, p. 82, che precisa che si tratta di obbligo specifico a contenuto «aperto».

¹⁸⁸ Cfr., per tutti, FORTUNATO S., *ivi*, p. 555 e *passim*. Nel lessico giuridico tedesco – come riportato anche in BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit. (nt. 9), p. 439 –, si parla delle clausole generali come di *unbestimmte Rechtsbegriffe* (letteralmente: concetti giuridici indefiniti), di cui si può apprezzare l'utilizzo nel § 93 *AktG*, ove si fa riferimento all'uso della diligenza del buono e coscienzioso amministratore («die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters»)

amministratori per atti di organizzazione rivelatisi poi dannosi per la società è resa ulteriormente complicata dalla configurabilità di una scelta *extra* 2086, non finalizzata alla istituzione dell'assetto "minimo" previsto dalla norma introdotta dal codice della crisi. Per una tale scelta organizzativa, infatti, risulta evidente l'insussistenza di un'imposizione normativa dal momento che essa fuoriesce, appunto, dal disposto dell'art. 2086, comma secondo, c.c. e non pare rientrare in altre disposizioni che la impongono all'organo gestorio.

Un grado di incertezza sostanzialmente parificabile a quello riscontrato nella verifica circa la sussistenza del requisito della non imposizione si riscontra con riferimento a quello della *discrezionalità* della scelta organizzativa.

In ogni caso, in merito, si può porre un punto fermo: è fuor di dubbio che, vista la stessa formulazione normativa dell'art. 2086, comma 2, c.c., l'istituzione di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura dell'impresa e idoneo a perseguire le finalità di cui si è detto richieda l'esercizio di un certo grado di discrezionalità da parte dell'organo gestorio dell'impresa e che tale discrezionalità abbia ripercussioni sul piano della concorrenza tra imprese. Eppure, tale certezza non permette di risolvere in maniera semplicistica la questione circa la ricorrenza del requisito della discrezionalità (per come individuato al precedente capitolo, v. *supra* Capitolo II, par. 5, lett. b) nella scelta organizzativa. Pure in quest'ambito si fronteggiano due impostazioni tra loro opposte: da una parte, si potrebbe affermare che l'ampiezza del concetto di "adeguatezza", per come previsto dal secondo comma dell'art. 2086 c.c. e per come si deve atteggiare in concreto, imponga l'esercizio di una discrezionalità di natura imprenditoriale, «proprio perché la decisione deve tener conto della dimensione e della natura dell'attività in concreto esercitata» e «poiché fra le varie alternative di sviluppo del *business* gli amministratori dovranno decidere tenendo conto anche delle risorse (proprie o di terzi) disponibili e di tanti altri fattori»¹⁸⁹; dall'altra parte, si può altresì legittimamente affermare che l'assetto adeguato "minimo", costituendo invero uno

¹⁸⁹ Così FORTUNATO S., *ivi*, p. 577. In merito, v. anche BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit. (nt. 8), p. 434 ss.

strumento di tutela dell'impresa in quanto tale¹⁹⁰, non è frutto di un bilanciamento tra vari interessi che entrano in gioco ma di un adeguamento di concetti astratti e generali (quale il canone di "adeguatezza") all'impresa in concreto, attraverso l'esercizio di una discrezionalità meramente "tecnica" e non imprenditoriale¹⁹¹. In materia, come si vedrà anche più oltre in questo capitolo, si può accennare un parallelismo con la disciplina bilancistica, che sarà poi successivamente ripreso. Gli articoli 2423 e 2423-bis c.c. dettano una serie di principi in materia di redazione del bilancio e, in particolare, quelli di "chiarezza", "verità" e "correttezza", oltre al principio di "prudenza". Ora, questi principi, secondo la più seguita posizione

¹⁹⁰ Cfr. LIBERTINI M., *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, cit. (nt. 8), pp. 6-7, ove si legge che l'impresa «costituisce un bene oggetto di tutela giuridica. Il principio di adeguatezza organizzativa mira a far sì che l'impresa possa stare in modo efficiente nel mercato. [...] quella che l'art. 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea chiama "libertà d'impresa" non è una libertà individuale (né come tale è declinata nella norma di principio citata), ma è garanzia di tutela, nell'ordinamento, di quel particolare tipo di organizzazione sociale che è l'impresa (capitalistica), con le sue esigenze di efficienza, che devono essere rispettate da tutti coloro che, nell'ambito di questa organizzazione, si trovino ad operare, in vari ruoli. L'organizzazione dell'impresa non è dunque un atto di libertà, ma è il risultato dell'esercizio di un potere funzionale, da esercitare secondo criteri di discrezionalità tecnica. [...] È vero che anche la discrezionalità tecnica in materia di organizzazione comporta, per solito, possibilità di scelta fra soluzioni diverse e variamente opinabili, e che il sindacato giudiziario delle stesse può ammettersi solo in caso di errore tecnico evidente, ma in ogni caso si tratterà di un sindacato più incisivo rispetto a quello, limitato ad ipotesi scolastiche, che potrà esercitarsi sulla scelta delle strategie e delle tattiche di mercato». *Contra*, v. FORTUNATO S., *Atti di organizzazione, principi di correttezza amministrativa e Business Judgment Rule*, cit. (nt. 93), p. 1400, ove: «se pure è innegabile che le scelte organizzative comportino soluzione di problemi tecnici per i quali possono presentarsi varie alternative tutt'altro che univocamente prefissate, tanto non può affatto escludersi per gli stessi atti di gestione. Si pensi alla scelta produttiva di beni a forte componente tecnologica, per i quali si presentino alternative nel processo produttivo e comunque la necessità di affrontare la soluzione di problemi tecnici particolarmente rilevanti. Ma soprattutto va evidenziato che le scelte organizzative non pongono solo problemi tecnici, ma esigono l'esercizio di una vera e propria discrezionalità amministrativa, che è pur essa richiamata dal principio di adeguatezza. La dimensione dell'impresa è criterio che rinvia anche alla proporzionalità della scelta organizzativa alle risorse disponibili: com'è stato giustamente rilevato, decidere di adottare un sistema informativo particolarmente costoso in relazione alle risorse disponibili significa anche sottrarre parte di quelle risorse alle finalità più direttamente produttive (o gestorie in senso stretto che dir si voglia). E ciò richiede un indubbio esercizio di discrezionalità amministrativa e non puramente tecnica».

¹⁹¹ Sul punto, oltre LIBERTINI M., *ibidem*, cfr.: AMATUCCI C., *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business Judgment Rule*, cit. (nt. 7), p. 666 ss.; BRIZZI F., *Procedure di allerta e doveri degli organi di gestione e controllo: tra nuovo diritto della crisi e diritto societario*, cit. (nt. 56), p. 383; MIRONI A., *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta*, cit. (nt. 160), p. 37, che ritiene che la natura prettamente interna delle scelte organizzative limiti la discrezionalità rispetto a scelte imprenditoriali assunte in un «contesto esterno e di mercato, caratterizzato da possibile scarsità di informazioni, variabili esterne e necessità di adottare previsioni su eventi futuri»; SACCHI R., *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?*, cit. (nt. 174), p. 1285 ss.

dottrinale, non sono altro che clausole generali¹⁹², proprio come l’“adeguatezza” in ambito di assetti. Tuttavia, il fatto che i principi che regolano la disciplina di bilancio non siano predeterminati nel loro contenuto non comporta di per sé che gli amministratori che redigono il bilancio siano chiamati a esercitare una discrezionalità imprenditoriale: tale discrezionalità ha infatti natura solo tecnica, finalizzata cioè all’adeguamento delle richieste normative alla situazione concreta della singola impresa. Sul punto, basti questo: si tornerà al parallelismo con la disciplina dettata in materia di bilancio poco più oltre.

Ovviamente, discorso diverso può farsi con riferimento alla scelta organizzativa *extra* 2086: una volta soddisfatto quel minimo organizzativo necessario a una corretta gestione dell’impresa, è evidente che ogni scelta ulteriore richiede l’esercizio di una discrezionalità imprenditoriale non predeterminata, neppure nei suoi obiettivi, dalla legge.

Passando al successivo elemento che definisce la scelta imprenditoriale, si può ritenere senza particolari difficoltà che quello della *Zukunftsbezogenheit* (*incertezza*) sia presente nella scelta organizzativa *extra* 2086. Considerata infatti la discrezionalità (imprenditoriale) da esercitarsi in tale frangente, è richiesto agli amministratori un giudizio prognostico rispetto al funzionamento dell’organizzazione messa a punto e alla sua idoneità a raggiungere gli obiettivi perseguiti. Rispetto alla scelta finalizzata ad adempiere al disposto di cui all’art. 2086, comma 2, c.c., invece, si deve fare un discorso diverso. E infatti, la ricorrenza del requisito dell’incertezza della scelta dipende in massima parte dal contenuto dell’obbligazione organizzativa gravante sull’organo amministrativo. Se si ritiene che l’adeguatezza dell’assetto costituisca elemento esterno rispetto all’obbligazione degli amministratori (nel senso che questi ultimi sono chiamati solo a perseguire l’adeguatezza, ma non sono obbligati anche al raggiungimento della stessa), allora la *Zukunftsbezogenheit* della scelta organizzativa volta all’istituzione dell’assetto “minimo” può dirsi presente; se, invece, l’adeguatezza dell’assetto è considerata parte integrante

¹⁹² Cfr., per tutti, CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, 10^a ed., a cura di Mario Campobasso, 2020, UTET, Milano, p. 457; STRAMPELLI G., sub *art. 2423*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Tomo II, 2016, Giuffrè Editore, Milano, p. 2172 ss.

dell'obbligazione gravante sull'organo amministrativo (nel senso che essa non deve essere solo perseguita ma anche raggiunta), non può essere giuridicamente tollerato un livello di incertezza rispetto all'idoneità della scelta alla creazione di un assetto adeguato (o, in altri termini, non può essere giuridicamente tollerato un livello di incertezza rispetto all'idoneità della prestazione a garantire l'adempimento dell'obbligazione assunta), salve le ipotesi espressamente previste dall'art. 1218 c.c. Anche su questo punto, di particolare complessità, si tornerà più avanti: basti qui registrare l'esistenza quanto meno di dubbi circa la ricorrenza del requisito in parola quando si tratta di "scelta organizzativa".

Anche per quanto riguarda l'ultimo degli elementi costituenti la scelta imprenditoriale – quello del *rischio economico* –, il discorso è complesso e non si può elaborare una risposta che riguardi la "scelta organizzativa" senza fare distinzioni.

E infatti, da una parte, tenuto a mente che l'assetto organizzativo ha anche un contenuto concorrenziale e che secondo almeno una parte della dottrina la sua istituzione richiede l'esercizio di una discrezionalità imprenditoriale, si potrebbe sostenere che quello corso con l'adozione della scelta organizzativa sia un rischio di natura economica, attinente all'esercizio dell'attività imprenditoriale e inerente rispetto a tale attività¹⁹³. Tale conclusione, invero, può trarsi soprattutto con riferimento alle scelte *extra* 2086, rispetto alle quali è evidente la componente di rischio economico, essendo queste prive di qualsivoglia condizionamento o imposizione normativi.

Dall'altra parte, però, se si tiene in considerazione la funzione principale (per come individuata nel precedente paragrafo) della scelta organizzativa finalizzata all'istituzione di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato e dunque la sua strumentalità rispetto alla corretta gestione imprenditoriale¹⁹⁴, emerge un profilo del rischio ben diverso da quello considerato appena sopra. E

¹⁹³ Cfr. *supra*, nt. 135.

¹⁹⁴ Cfr., oltre agli Autori citati alle precedenti nt. 178 e 179, ABRIANI N., ROSSI A., *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, cit. (nt. 21), pp. 394-395, ove: «la definizione di assetti adeguati costituisce un aspetto imprescindibile ai fini dell'incardinamento sui binari della correttezza di quel complesso agire organizzato che caratterizza ontologicamente l'attività d'impresa».

infatti, se la scelta da adottare è strumentale alla istituzione di un assetto che è necessario sia adeguato non (solo) per un proficuo agire imprenditoriale ma per il legittimo esercizio dell'impresa da parte dell'organo amministrativo, si può affermare che il rischio corso in fase di istituzione dell'assetto è il rischio giuridico della sua inadeguatezza. E, dal momento che tale rischio non può essere legittimamente assunto¹⁹⁵, non potrebbe considerarsi ricorrente – quantomeno con riferimento alla scelta organizzativa finalizzata all'istituzione dell'assetto “minimo” – neppure quest'ultimo elemento che contraddistingue la scelta imprenditoriale.

b) Ricorrenza della ratio per l'applicabilità della BJR

Elementi di incertezza rispetto all'applicabilità della *Business Judgment Rule* alla scelta organizzativa non si riscontrano esclusivamente nella riconducibilità della scelta organizzativa alla scelta imprenditoriale: anche da un punto di vista di *ratio* emergono alcuni profili di problematicità.

Quanto all'elemento statico della *ratio* della *BJR*, infatti, i tre fattori che lo compongono non sempre risultano presenti nell'ambito della scelta organizzativa.

Anzitutto, non sembra ricorrere in ogni scelta organizzativa il primo fattore, costituito dalla finalità di evitare l'accollo del rischio imprenditoriale da parte dell'organo amministrativo, il quale, in mancanza del *judicial restraint*, rischierebbe di essere tenuto responsabile ogniqualvolta una decisione, per il verificarsi del rischio fisiologico connaturato a ogni attività economica, non dovesse avere i risultati sperati o, addirittura, dovesse avere risultati dannosi. E infatti, se l'obiettivo della scelta (imprenditoriale o organizzativa) dell'organo amministrativo è quello di incrementare l'efficienza o il profitto nella gestione dell'impresa, è chiaro che gli amministratori – salvi i casi di violazione di norme specifiche o di scelte irrazionali – non debbano essere tenuti responsabili per risultati insoddisfacenti o addirittura

¹⁹⁵ Sul punto, v. MAUGERI M., *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, cit. (nt. 20), p. 9, ove: «mentre la decisione di attuare un determinato investimento si presta ad esser calibrata e apprezzata in ragione di una analisi dei costi e dei benefici rivenienti dalla sua esecuzione, nessun calcolo di utilità economica può svolgersi con riguardo al rispetto del comando normativo, la cui inosservanza, esponendo l'impresa a conseguenze patrimoniali pregiudizievoli, si presta ad esser apprezzata unicamente in termini di una situazione di *pericolo*, che si tratta allora, ancora una volta, di scongiurare e quindi, prima ancora, di *non accettare*».

negativi, poiché tale rischio (imprenditoriale) grava sui soci. Altro discorso deve essere fatto però per le scelte che sono strumentali al corretto agire imprenditoriale (*i.e.*, le scelte attraverso le quali gli amministratori istituiscono l'assetto organizzativo "minimo" richiesto dall'art. 2086, comma 2, c.c.), poiché il rischio di una scelta errata costituisce sostanzialmente violazione dell'obbligo di amministrare la società con diligenza¹⁹⁶, obbligo che grava naturalmente sull'organo amministrativo. In questi casi, insomma, l'attribuzione ai gestori dell'impresa di una responsabilità "piena" non darebbe l'esito di generare una innaturale traslazione del relativo rischio dai soggetti fisiologicamente titolari del medesimo ad altri. E infatti, se l'adeguatezza è specificazione del principio di diligenza, l'inadeguatezza degli assetti comporta l'inadempimento all'obbligo di diligenza degli amministratori. Risulta interessante, in quest'ambito, richiamare l'autorevole orientamento dottrinale sviluppatosi in ambito civilistico, che afferma che, quando l'obbligazione (come quella organizzativa gravante sull'organo amministrativo della società per azioni) ha per oggetto un *facere* e nell'esecuzione di questo *facere* è espressamente previsto che il soggetto obbligato debba operare con diligenza, quest'ultimo elemento assume il doppio ruolo di criterio di responsabilità ma anche di determinazione dell'oggetto della prestazione dovuta¹⁹⁷. Applicando tale assunto all'obbligazione relativa all'istituzione degli assetti, l'adeguatezza (che corrisponde alla diligenza) determina in sostanza l'oggetto della prestazione dovuta e, dunque, la responsabilità derivante da scelte finalizzate a garantire l'adeguatezza degli assetti grava per sua natura sull'organo amministrativo, soggetto obbligato a garantire l'adeguatezza medesima. Sul punto, comunque, si tornerà più diffusamente in seguito: basti qui rilevare che non pare che un giudizio di merito relativo alle scelte organizzative istitutive dell'assetto "minimo" di cui all'art. 2086, comma 2, c.c. conduca alla innaturale traslazione del rischio d'impresa dal soggetto titolare (i soci) all'organo

¹⁹⁶ Si è sostenuto in dottrina che il principio di adeguatezza degli assetti debba essere interpretato come una specificazione del criterio di diligenza. Cfr. MONTALENTI P., *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *Giur. comm.*, 2018, pp. 78-79; ROVELLI L., *Dall'insolvenza alla crisi di impresa. Ricadute sul diritto societario*, cit. (nt. 122), p. 14.

¹⁹⁷ Cfr., BIANCA C.M., *Diritto civile. V. La responsabilità*, 1994, Milano, Giuffrè, p. 74; v. anche LOBUONO M., *Gli assetti organizzativi dell'impresa: spunti per una riflessione di diritto civile*, in *Giust. civ.*, 2023, 4, p. 869

amministrativo, poiché l'obbligo di diligenza comprende in sé anche l'adeguatezza degli assetti e la responsabilità per inadeguatezza dell'assetto consisterebbe nella concretizzazione di un rischio che naturalmente grava sugli amministratori (in quanto oggetto della loro obbligazione professionale).

Anche rispetto al secondo fattore, consistente nella finalità di evitare che gli amministratori siano eccessivamente *risk adverse*, sussistono quantomeno dei dubbi circa la sua sussistenza in ogni scelta organizzativa. Da una parte, infatti, è chiaro che un'eccessiva cautela nell'assunzione di scelte organizzative potrebbe portare a una gestione "ingessata" dell'impresa, con un particolare aumento dei costi e con una probabile riduzione dell'efficienza (con un impatto anche in termini concorrenziali). Dall'altra parte, però, quando la scelta organizzativa è finalizzata all'istituzione del modello organizzativo "minimo" strumentale alla gestione legittima dell'impresa, il discorso dell'efficienza operativa deve essere di molto ridimensionato. E infatti, fermo restando che l'assetto organizzativo deve comunque essere istituito in un ente che naturalmente agisce secondo criteri di economicità e rispetto al quale l'allocazione delle risorse produttive è attività di grande delicatezza, la valutazione di efficienza in termine di riduzione dei costi, per quanto riguarda la scelta organizzativa in parola, non può comunque comportare la volontaria assunzione del rischio giuridico della inadeguatezza dell'assetto organizzativo¹⁹⁸. Ne deriva che, per quanto riguarda la tipologia di scelta organizzativa da ultimo menzionata, non pare che si possa riscontrare il pericolo di decisioni eccessivamente *risk adverse*, dal momento che in tale ambito nessuna deliberata¹⁹⁹ accettazione di un margine di rischio può considerarsi legittima.

Lo stesso discorso già fatto nei due precedenti capoversi può essere ripetuto quanto al terzo fattore che compone l'elemento statico della *ratio* della *Business Judgment Rule*, consistente nel rischio che risulti particolarmente complicato

¹⁹⁸ Si ricordava sopra che il rischio giuridico non può essere accettato. Cfr. MAUGERI M., *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, cit. (nt. 20), p. 9.

¹⁹⁹ Diverso sarebbe il discorso per l'ipotesi in cui il rischio dovesse essere obbligatoriamente accettato a causa della scarsità di risorse disponibili. Sul punto si tornerà più oltre nella trattazione (cfr. paragrafo 6, lett. c). Cfr., in materia, MIRONE A., *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta*, cit. (nt. 160), p. 38.

individuare soggetti competenti che siano disposti ad assumere la carica di amministratore, considerata l'ampiezza del ventaglio di ipotesi in cui questo sarebbe chiamato a rispondere personalmente per danni causati alla società. In particolare, anche in questo caso, il dubbio riguarda la scelta organizzativa che è finalizzata ad adempiere al disposto dell'art. 2086, comma 2, c.c.: se infatti la scelta organizzativa consiste sostanzialmente nell'adempimento del dovere di diligenza²⁰⁰, l'inadeguatezza dell'assetto certificherebbe di fatto l'inadempimento dell'organo responsabile all'istituzione dello stesso. Ora, sarebbe quantomeno curiosa (e di certo non meritevole di particolare tutela mediante una regola di giudizio di formazione giurisprudenziale quale la *BJR*) l'ipotesi in cui un soggetto non volesse accettare la responsabilità derivante da un proprio inadempimento. Di certo il progressivo incremento degli obblighi organizzativi richiede una sempre maggiore professionalità e diligenza degli amministratori, il cui compito tende a diventare sempre più gravoso anche alla luce degli interessi collettivi che dipendono dalla corretta gestione dell'impresa, ma non per questo si ritiene opportuno che, quale contropartita, si acconsenta a un alleggerimento della responsabilità per inadempimento a tali ulteriori doveri.

Anche l'aspetto dinamico della *ratio* del *judicial restraint* non sempre ricorre quando la valutazione riguarda una scelta organizzativa.

E infatti, quando l'organo amministrativo è chiamato a esercitare non una discrezionalità puramente imprenditoriale ma, piuttosto, come si è visto sopra, una discrezionalità tecnica, questa non fa altro che costituire il modo di adempimento del proprio obbligo di diligenza²⁰¹. Ne deriva che l'intervento del giudice, in situazioni di questo tipo, non differisce dalle altre ipotesi in cui, per valutare l'adempimento di un soggetto a un'obbligazione assunta in ambito professionale (e che richiede l'utilizzo di una certa professionalità), è richiesta l'applicazione di una clausola generale (in particolare, l'obbligo di diligenza nell'esecuzione

²⁰⁰ Cfr., per tutti, MONTALENTI P., *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, cit. (nt. 196), pp. 78-79.

²⁰¹ Cfr. ROVELLI L., *Dall'insolvenza alla crisi di impresa. Ricadute sul diritto societario*, cit. (nt. 122), p. 28 ss.

dell'obbligazione ai sensi dell'art. 1176, comma 2, c.c.)²⁰². Di certo, non ci si pongono dubbi sulla possibilità che, ad esempio, un giudice valuti nel merito il grado di diligenza di un medico²⁰³ nel caso in cui, dalla sua prestazione professionale, sia derivato un danno al paziente o il grado di diligenza di un avvocato che, ferma restando la sua discrezionalità nell'esercizio della professione, abbia con il suo operato cagionato un danno al cliente. In tali circostanze si procederà, infatti, mediante una valutazione in concreto con l'eventuale assistenza di consulenti tecnici (e delle relative scienze mediche o aziendalistiche, ove presenti), a determinare qual era il grado di diligenza esigibile e a verificare se esso sia stato rispettato o meno da parte del debitore (il medico, l'avvocato o l'amministratore di società), eventualmente facendo anche riferimento all'"alleggerimento" di responsabilità previsto dall'art. 2236 c.c. Ne deriva che, quando sono assunte scelte imprenditoriali, il problema che la *ratio* dinamica della *BJR* tenta di risolvere non può essere ricondotto all'inesperienza dei giudici in materia di *business*, al c.d. *hindsight bias* o al rischio che i giudici si sostituiscano agli amministratori nella gestione dell'impresa, poiché gli stessi problemi si possono infatti porre con riferimento alla prestazione, ad esempio, del medico: il giudice è infatti inesperto di medicina, rischia di essere influenzato dall'esito infausto della prestazione e non può sostituirsi nelle sue valutazioni al soggetto (professionista) obbligato. Il problema che fonda la *ratio* dinamica del *judicial restraint*, semmai, deriva dal collegamento di tali elementi di attrito (inesperienza, *hindsight bias* e violazione dell'esclusività del potere gestorio) con la discrezionalità imprenditoriale (che si contrappone a quella tecnica) e col fatto che non rientra certo tra le obbligazioni dell'organo amministrativo quella di gestire l'impresa in modo che la gestione abbia un risultato proficuo²⁰⁴ (ma solo di gestirla

²⁰² Sull'applicabilità del disposto dell'art. 1176, comma 2, c.c. agli amministratori di società *nulla quaestio*. Cfr., per tutti, Trib. Roma, 8 aprile 2020, cit., ove: «si ritiene dovuta la diligenza professionale di cui all'art. 1176 comma 2 c.c. di cui il riferimento alla natura dell'incarico (ex art. 2392 c.c.) rappresenta evidente specificazione (così, in giurisprudenza, Trib. Roma, 19 ottobre 2015; Trib. Milano, 28 febbraio 2011)».

²⁰³ Cfr. DI MAJO A., *Obbligazioni e tutele*, 2019, Giappichelli, Torino, p. 76, il quale, discorrendo proprio di diligenza nell'adempimento dell'obbligazione – e in specie della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato –, richiama quali destinatari di un'obbligazione parificabile l'amministratore di società e il medico.

²⁰⁴ Cfr. ROVELLI L., *Dall'insolvenza alla crisi di impresa. Ricadute sul diritto societario*, cit. (nt. 122), p. 28 ss., ove si dice che, in generale, nell'ambito delle obbligazioni del professionista, il

legittimamente): applicare un sindacato di merito da parte del giudice a scelte che hanno una finalità “esterna” rispetto all’oggetto dell’obbligazione dell’amministratore è senz’altro da evitare, mentre non appare così problematico un sindacato – effettuato anche con l’assistenza di consulenti tecnici – relativo a scelte che perseguono una finalità che è pienamente oggetto dell’obbligazione del debitore (ad es., l’adeguatezza dell’assetto o la diligenza o la buona fede).

Da tutto ciò deriva che l’elemento dinamico della *ratio* della *BJR* rimane sussistente solo ove la scelta (imprenditoriale od organizzativa) richieda l’esercizio di una discrezionalità imprenditoriale al fine del raggiungimento di un risultato che è estraneo all’obbligazione del soggetto debitore (come, ad esempio, la gestione dell’impresa con un risultato economico positivo). Al contrario, nelle ipotesi in cui la scelta, pur richiedendo l’esercizio di un certo margine di discrezionalità (tecnica), è finalizzata al perseguimento di una finalità “interna” all’obbligo degli amministratori, che quindi deve essere garantita dall’organo gestorio (nel caso di specie, l’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile alla natura e alle dimensioni dell’impresa), non ricorrono gli estremi per ritenere applicabile l’elemento dinamico della *ratio* della *Business Judgment Rule*.

Come si è visto, però, la scelta organizzativa non può, con sufficiente certezza, essere ricondotta sempre a una o all’altra ipotesi (si pensi ad esempio alle scelte *extra* 2086), creando così rilevanti dubbi rispetto alla ricorrenza della componente dinamica della *ratio* della *BJR*.

Da tutto quanto detto finora può derivarsi, per sommi capi, che non è possibile concludere agevolmente per l’applicabilità del *judicial restraint* alla “scelta organizzativa”, fintantoché quest’ultima è intesa come *unicum*, alla luce delle diverse conclusioni che possono trarsi rispetto alle finalità che la scelta organizzativa medesima persegue. Il punto, centrale ai fini del presente lavoro, sarà oggetto di analisi

raggiungimento del risultato sperato da parte del creditore (ad es., nel caso del medico, la guarigione del paziente o, nel caso dell’amministratore, la massimizzazione del valore e del profitto dell’impresa) non è parte dell’obbligazione del professionista e anzi esula completamente dalla stessa («nessuno di questi esiti sperati – che pure costituiscono la ragion d’essere per il creditore della costituzione del vincolo obbligatorio – è anche oggetto dell’obbligazione è cioè compreso nella sfera della prestazione»).

poco più oltre: prima appare necessario esaminare in che modo e con quali conclusioni è affrontato il problema nella giurisprudenza e in dottrina.

4. Le più recenti pronunce giurisprudenziali in materia di assetti e le posizioni della dottrina

I profili di problematicità relativi all'applicazione della *Business Judgment Rule* alla "scelta organizzativa" si ripercuotono sulle posizioni della più recente giurisprudenza in materia. Per chiarire meglio il punto, è necessario un breve *excursus* delle più rilevanti decisioni emesse in materia di assetti dopo la modifica dell'art. 2086, comma 2, c.c.²⁰⁵.

Una prima pronuncia che ha affrontato espressamente il tema della responsabilità derivante da assetti inadeguati e l'applicabilità della *Business Judgment Rule* – e che per questo è stata molto richiamata in dottrina²⁰⁶ – è stata emessa dal Tribunale di Roma nell'aprile 2020²⁰⁷. Il provvedimento del Tribunale ha natura cautelare in quanto emesso in seguito a una domanda di sequestro conservativo in corso di causa proposta dall'ex socio unico di una società a responsabilità limitata nel frattempo cancellata dal registro delle imprese, dopo la proposizione, da parte del medesimo ex socio, di una domanda di accertamento della responsabilità e di conseguente condanna dell'ex presidente del consiglio di amministrazione e del direttore generale della società. Tra le diverse circostanze che, nella prospettazione attorea, fonderebbero la responsabilità, quella che rileva ai fini della presente trattazione riguarda l'assunzione di personale in misura del tutto eccedente prima

²⁰⁵ Per una rassegna giurisprudenziale su questo stesso tema ma antecedente alla modifica dell'art. 2086, comma 2, c.c., v. CESIANO D., *L'applicazione della "Business Judgement Rule" nella giurisprudenza italiana*, cit. (nt. 87), p. 103 ss.

²⁰⁶ Si vedano, tra i tanti, FRANCA T., *Assetti "adeguati" e conseguenze sanzionatorie*, cit. (nt. 177), p. 310; LOBUONO M., *Gli assetti organizzativi dell'impresa: spunti per una riflessione di diritto civile*, cit. (nt. 197), p. 835; RIGANTI F., *Rassegna di giurisprudenza. Società per azioni. Responsabilità degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2023, II, p. 183, ove il provvedimento in parola è definito «cruciale». A questi si aggiungano anche Autori che hanno dedicato interi commenti alla pronuncia in questione: BENEDETTI L., *L'applicazione della business judgment rule alle decisioni organizzative: spunti giurisprudenziali*, cit. (nt. 139), p. 278 ss.; FORTUNATO S., *Atti di organizzazione, principi di correttezza amministrativa e Business Judgment Rule*, cit. (nt. 93), p. 1373 ss.

²⁰⁷ Trib. Roma, 8 aprile 2020, cit. (nt. 65).

ancora che fosse avviata l'attività d'impresa, con il conseguente obbligo da parte della società di sostenere elevati costi non solo per il pagamento degli stipendi dei dipendenti, ma anche per il versamento di ulteriori somme legate alla successiva risoluzione dei rapporti contrattuali instaurati gli stessi.

Essendo quella da ultimo descritta una decisione senz'altro organizzativa, il Tribunale è chiamato a esprimersi in merito al regime di responsabilità derivante dal rinnovato art. 2086, comma 2, c.c. Nell'effettuare tale disamina, i giudici romani rilevano anzitutto che, nonostante l'istituzione dell'assetto organizzativo costituisca un obbligo specifico, esso non è predeterminato nel suo contenuto e permane dunque un margine di discrezionalità dell'organo gestorio nell'esercizio dei propri doveri di organizzazione, il che rende le decisioni organizzative «decisioni strategiche». Ne deriva, secondo il Tribunale, che l'obbligo organizzativo «può essere efficacemente assolto guardando non tanto a rigidi parametri normativi (non essendo enucleabile dal codice un modello di assetto utile per tutte le situazioni), quanto ai principi elaborati dalle scienze aziendalistiche ovvero da associazioni di categoria o dai codici di autodisciplina». Considerata l'applicabilità della clausola generale dell'adeguatezza al dovere degli amministratori e considerata dunque l'elasticità del contenuto dell'obbligo organizzativo, i giudici affermano che «la scelta organizzativa rimane pur sempre una scelta afferente al merito gestorio, per la quale vale il criterio della insindacabilità», a condizione che «la scelta effettuata sia razionale (o ragionevole), non sia *ab origine* connotata da imprudenza tenuto conto del contesto e sia stata accompagnata dalle verifiche imposte dalla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico». Alla luce di tali premesse (e, in un certo senso, nonostante tali premesse), il Tribunale, spingendosi in una valutazione di merito della scelta organizzativa oggetto del giudizio, ritiene sussistente il *fumus boni iuris* circa la responsabilità dell'amministratore e del direttore generale coinvolti nella vicenda, con specifico riferimento alla violazione degli obblighi organizzativi, sostenendo che le assunzioni in blocco, in quanto in violazione dei canoni di diligenza e di prudenza professionale dell'organo gestorio, «risultino verosimilmente lesive dell'obbligo, incombente sugli amministratori di società di capitali, di corretta gestione delle risorse societarie e di tutela dell'integrità del patrimonio della società e, in definitiva,

dell'obbligo di dotare la società di assetti adeguati (anche) alla fase che quella società sta vivendo».

Per ricapitolare gli elementi chiave della decisione appena riportata utilizzando anche le categorie elaborate nel corso del presente lavoro, dunque, il Tribunale di Roma, esamina una scelta organizzativa che non viene specificata con chiarezza nella sua natura (anche se, sulla base degli scarsi elementi indicati nel provvedimento, sembrerebbe una scelta *extra* 2086, dal momento che non pare che l'assunzione dei numerosi dipendenti fosse strumentale all'istituzione di quell'assetto "minimo" reso obbligatorio dall'art. 2086, comma 2, c.c.). Ebbene, il Tribunale, dopo aver affermato la generale non sindacabilità nel merito delle scelte organizzative – parificandole sostanzialmente alle scelte imprenditoriali –, salva l'applicabilità dei limiti alla *Business Judgment Rule*, applica proprio uno dei limiti della regola (quello della razionalità/ragionevolezza) e, sindacando nel merito le scelte, afferma, almeno in sede cautelare, una responsabilità dei soggetti chiamati a rispondere delle condotte dannose oggetto del giudizio.

Una seconda pronuncia che ha destato molto interesse in dottrina risale al settembre 2020 ed è stata emessa sempre dal Tribunale di Roma²⁰⁸. La vicenda prende le mosse da una denuncia al tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c. presentata dal collegio sindacale di una società per azioni, con la quale questi ultimi denunciano gravi irregolarità nella gestione e chiedono la revoca immediata dei componenti del consiglio di amministrazione o, in subordine, l'ispezione della società. In particolare, i ricorrenti denunciano la mancata rilevazione della situazione di perdita della continuità aziendale nonché il compimento di atti pregiudizievoli per il patrimonio sociale.

Prima di entrare nel merito della vicenda, i giudici si dilungano in una premessa relativa proprio al disposto del nuovo secondo comma dell'art. 2086 c.c. e all'applicabilità della *Business Judgment Rule* alla responsabilità derivante dalla violazione della norma in questione. Nel fare ciò, il collegio riprende *in toto* quanto già affermato nella pronuncia dell'aprile 2020 del medesimo giudice: la natura

²⁰⁸ Trib. Roma, 15 settembre 2020, cit. (nt. 65).

specifica dell'obbligo di istituzione dell'assetto adeguato ma il contenuto "aperto" del medesimo obbligo; l'insopprimibile margine di discrezionalità dell'organo amministrativo nell'istituzione dell'assetto; l'afferenza delle scelte discrezionali degli amministratori al merito gestorio; l'impossibilità di procedere a un sindacato di merito rispetto a tali scelte. Poste tali premesse, il Tribunale ritiene comunque astrattamente sanzionabili nel merito le scelte degli amministratori nel caso di specie e dispone l'ispezione della società ritenendo che possano essere astrattamente configurabili gravi irregolarità in due condotte ascritte all'organo amministrativo: da una parte, la mancata attuazione del piano industriale pur approvato (che prevedeva la quotazione in borsa della società e l'emissione di ulteriori obbligazioni) e, dall'altra parte, il conferimento in altra società di capitali del ramo d'azienda maggiormente capace di produrre reddito (al posto della vendita del medesimo ramo d'azienda al fine di ottenere liquidità).

Anche relativamente a questa pronuncia si segnalano alcuni elementi di particolare interesse ai fini della trattazione: da una parte, anche qui, come nella pronuncia dell'aprile 2020, il Tribunale di Roma, dopo aver affrontato in maniera molto decisa la questione della (im)possibilità di sindacare nel merito le scelte organizzative dell'organo gestorio, entra nel merito delle stesse (probabilmente utilizzando, senza esplicitarlo, il limite della irrazionalità delle scelte) e ritiene pure che esse, ove assunte in modo illegittimo, possano costituire gravi irregolarità nella gestione (art. 2409 c.c.); dall'altra parte, le scelte organizzative prese in considerazione dai giudici (*i.e.*, la mancata attuazione di un piano industriale pur approvato e le attività poste in essere per contrastare la situazione di crisi conclamata dell'impresa), per loro natura, paiono rientrare tra quelle estranee all'assetto organizzativo "minimo" imposto dal secondo comma dell'art. 2086 c.c.

Il terzo precedente di merito di particolare rilevanza ai fini della presente trattazione risale al gennaio 2022 ed è stato emesso dal Tribunale di Cagliari²⁰⁹. Anche la presente vicenda trae origine dalla denuncia di gravi irregolarità presentata, ai sensi dell'art. 2409 c.c., dai componenti del collegio sindacale, questa volta

²⁰⁹ Trib. Cagliari, 19 gennaio 2022, cit. (nt. 65).

di una società cooperativa agricola. In particolare, i ricorrenti rilevano la presenza di prelievi indebiti di denaro dalle casse della cooperativa nonché alcuni episodi che hanno messo in discussione l'adeguatezza della struttura organizzativa e contabile della cooperativa²¹⁰. Disposta l'ispezione della società, il Tribunale, riportando i rilievi dell'ispettore, rileva la mancanza di un assetto organizzativo e contabile adeguato, in ragione di: (i) l'inesistenza di un piano industriale e strategico; (ii) la mancanza di relazioni dell'organo amministrativo circa l'andamento gestionale e la sua prevedibile evoluzione; (iii) la mancanza di un sistema efficace di gestione dei crediti commerciali; (iv) l'omissione di un'adeguata analisi di bilancio; (v) la mancanza di strumenti volti al tempestivo rilevamento di situazioni di squilibrio finanziario.

Alla luce di tutto ciò, il Tribunale, ritenuto che tali carenze siano indice della mancanza di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato, considera sussistenti le gravi criticità nella gestione segnalate dai sindaci e dispone la nomina di un amministratore giudiziario per l'attività di recupero crediti e per la supervisione – nel rispetto della discrezionalità dell'organo gestorio – sul consiglio di amministrazione nella sua attività di istituzione di un assetto adeguato.

Al contrario degli altri due precedenti romani finora analizzati, il Tribunale di Cagliari non si esprime in materia di applicabilità del *judicial restraint* alle scelte organizzative, richiamandosi solo alla prima delle due pronunce romane esaminate sopra. A ben vedere, tuttavia, pare evidente – e risulta con chiarezza dagli esiti delle

²¹⁰ In particolare:

«— il funzionamento anomalo dell'organo amministrativo, caratterizzato da irregolarità nella redazione e sottoscrizione dei verbali e dalla prassi di consentire a consulenti esterni di partecipare con ruolo attivo alle discussioni ed alle decisioni dell'organo collegiale;
— la mancanza di riscontri alle richieste di informazioni formulate dal collegio sindacale che ne ostacola la funzione di controllo;
— il recesso di numerosi soci che ha determinato un continuo calo dei conferimenti del latte e che, nel tempo, potrebbe rappresentare un rischio alla continuità aziendale, tanto da esigere un immediato intervento di pianificazione nel breve e medio periodo;
— la gestione delle morosità dei soci, che ha indotto il collegio sindacale a chiedere in più occasioni che il consiglio si conformasse alle norme statutarie;
— la situazione conflittuale con il personale dipendente, che rischia di pregiudicare l'ordinario svolgimento delle attività aziendali;
— l'adeguatezza della struttura amministrativa, organizzativa e contabile, che appare sottodimensionata a rispondere alle esigenze aziendali».

indagini condotte dall'ispettore nominato dal Tribunale – che il provvedimento in esame si discosti dai precedenti già citati: e infatti, il collegio mostra di voler entrare nel merito delle scelte organizzative (consistenti anche in omissioni) dell'organo amministrativo e considerarle gravi irregolarità nella gestione ai sensi dell'art. 2409 c.c.²¹¹. Ciò risulta ancor più rilevante se si tiene in considerazione la precedente pronuncia emessa dallo stesso collegio nell'ambito della medesima vicenda, mediante la quale era stata disposta l'ispezione della società²¹². E infatti, in tale pronuncia il Tribunale aveva anzitutto specificato: «Le gravi irregolarità idonee a dar luogo al controllo giudiziario previsto dall'art. 2409 c.c. ed invocato dai soci sono solamente quelle censure “di legittimità” connesse alla violazione di norme civili, penali, tributarie, amministrative capaci di pregiudicare il buon funzionamento della società e non anche le doglianze attinenti al merito o alla convenienza degli atti di gestione posti in essere da chi amministra la società». Insomma, si ritiene che, nei fatti, il Tribunale abbia considerato l'inadeguatezza dell'assetto della società coinvolto un difetto di legittimità dell'agire imprenditoriale e, per tale ragione, abbia ritenuto opportuno spingersi a un sindacato di merito relativamente alle scelte (o alle omissioni) dell'organo amministrativo in merito all'assetto.

Ulteriore pronuncia degna di nota ai fini dell'analisi qui svolta è quella del Tribunale di Catania, risalente al febbraio 2023²¹³. Anche questa vicenda giudiziaria trae origine da una denuncia *ex art. 2409 c.c.*, derivante da una lunga serie di atti di

²¹¹ Cfr., però, nel commento alla presente pronuncia, FRANCA T., *Assetti “adeguati” e conseguenze sanzionatorie*, cit. (nt. 177), p. 314, ove: «difettando in radice ogni scelta di natura organizzativa che non sia la mera omissione, si comprende che il Tribunale di Cagliari non abbia trovato ostacoli nella *business judgment rule* per qualificare l'inadeguatezza organizzativa in termini di grave irregolarità gestoria ai sensi dell'art. 2409 c.c.». Non si concorda con l'impostazione dell'A. appena citato, dal momento che, come indicato nel corpo del testo, pare evidente che il Tribunale abbia sostanzialmente deciso in merito all'*adeguatezza* dell'assetto organizzativo e non alla sua carenza *in toto*: che un assetto di base esistesse è testimoniato proprio dagli esiti dell'ispezione disposta dal Tribunale; quell'assetto, tuttavia, è stato considerato inadeguato a consentire una legittima gestione della cooperativa.

²¹² Cfr., Trib. Cagliari, 14 aprile 2021, in *Giur. comm.*, 2023, II, p. 301 ss.

²¹³ Trib. Catania, 8 febbraio 2023, cit. (nt. 65).

*mala gestio*²¹⁴, aventi anche natura organizzativa, compiuti dall'organo amministrativo di una società per azioni.

Disposta l'ispezione della società ed emerse numerose irregolarità con riferimento anche all'organizzazione della medesima, il Tribunale accerta la mancanza *in toto* di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile, ritiene fondato il ricorso e, pertanto, nomina un amministratore giudiziario affidandogli il compito, tra gli altri, di adottare «ogni iniziativa necessaria [...] con precipuo riguardo alla istituzione degli opportuni assetti organizzativi, amministrativi e contabili ex art. 2086, c. II, cc». Nel giungere a tale decisione, il collegio richiama il precedente romano del settembre 2020 quanto all'ipotesi di mancata istituzione *in toto* degli

²¹⁴ Nello specifico:

«1. Mancata approvazione di un piano industriale e finanziario, in luogo di quello approvato dal precedente C.d.A.;

2. Aggravamento esponenziale della situazione debitoria immotivato, legato a spese improduttive, privilegiando interessi personali agli scopi societari;

3. Applicazione a clienti bar di prezzi di vendita del caffè (per chilogrammo) ridotti rispetto a quelli pattuiti;

4. Aumento del costo di acquisto del caffè; intervenuto annullamento di contratti di acquisto del caffè verde (nonostante il prezzo vantaggioso e con pagamento di ingiustificata penale);

5. Complessiva politica volta a sostituire la produzione in proprio con una mera attività di intermediazione nel commercio di caffè e conseguenti effetti fiscali;

6. (Ri)assunzione di C. P. in conflitto di interessi con la società, essendo ella figlia del Presidente del C.d.A., P. S., nonché parente stretta di tutti i componenti del C.d.A.;

7. (Ri)assunzione quale dirigente e/o nomina quale direttore generale del presidente del C.d.A. Pappalardo Sergio in violazione del divieto di cumulo con la carica di amministratore della società dallo stesso ricoperta;

8. Grave condotta in conflitto di interessi del Presidente del C.d.A., P. S., per trattamenti di favore nei confronti del cliente bar CAFFÈ BELLINI sito in Catania, Corso Sicilia 14, in ragione del fatto che quest'ultimo esercita l'attività all'interno di un locale concesso in locazione dal sopraddetto presidente, tramite la società SE.PA. snc;

9. Esecuzione di lavori per conto della Fratelli Torrisi S.r.l. per il tramite di un operaio non in regola o, qualora in regola presso la Fratelli Torrisi S.r.l., in assenza di apposito accordo di distacco del lavoratore presso la Brasilrecca con relativa assenza di documentazione contabile- amministrativa;

10. Mancato rispetto delle norme anti-covid all'interno dello stabilimento aziendale (omessa misurazione della temperatura, conseguente omessa certificazione del monitoraggio, omessa igiene delle mani, etc.);

11. Mancata applicazione delle norme igienico-sanitarie e antinfortunistiche all'interno dello stabilimento aziendale (in particolare, mancato utilizzo da parte del personale delle scarpe antinfortunistiche con la punta in ferro a norma per l'industria alimentare, commistione all'interno dei depositi tra prodotti alimentari e non in violazione della planimetria depositata presso l'ASL competente, ecc.);

12. Utilizzo degli automezzi aziendali da parte degli amministratori per uso personale, con relative spese per carburante, manutenzione e assicurazione a carico della società;

13. Mancata acquisizione pareri legali su svalutazione crediti e mancata appostazione fondi rischi per cause passive anche di lavoro».

assetto, ma non si spinge a esaminare l'applicabilità della *BJR* alle scelte organizzative, in quanto non ritenuto necessario ai fini del decidere.

Ciò che però – ai fini della presente analisi – appare particolarmente rilevante della pronuncia in commento è il fatto che, a quanto emerge dall'esame della decisione, la società *era* provvista di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile, per quanto senza dubbio insufficiente. Ciò si deduce dalle difese dei resistenti, riportate nella decisione, ove si evidenzia l'attribuzione di deleghe di funzioni e la distribuzione di competenze all'interno del consiglio di amministrazione nonché lo svolgimento di varie sedute del consiglio di amministrazione «dedicate all'esame della situazione economica e finanziaria della società, con ampia informazione del collegio sindacale e dell'assemblea dei soci anche in seno alle relazioni al bilancio di esercizio». Tali circostanze non sono messe in discussione o negate – all'esito dell'attività istruttoria – dal collegio: esse sono solo – evidentemente – ritenute insufficienti. Ciò risulta con chiarezza dalla stessa pronuncia: «il rispetto degli obblighi imposti dall'art. 2086, c. II, non può limitarsi alla distribuzione delle deleghe agli amministratori, ma impone una precisa individuazione ed indicazione di tutti gli altri aspetti organizzativi, amministrativi e contabili, che, nel caso di specie, risultano del tutto assenti»²¹⁵.

Da tutto ciò può derivarsi che il Tribunale, in concreto, non sanziona l'inesistenza *in toto* dell'assetto organizzativo ma, piuttosto, la sua evidente insufficienza (o, meglio, inadeguatezza). Per fare ciò, tuttavia, senza addentrarsi in complesse valutazioni relative all'applicabilità della *Business Judgment Rule* alle scelte organizzative degli amministratori, si potrebbe ritenere che il Tribunale abbia scelto di percorrere la “scorciatoia” dalla radicale inesistenza dell'assetto per svolgere invero un sindacato di merito sulle scelte (*rectius*, le omissioni) organizzative degli amministratori.

²¹⁵ A ciò si aggiunga che, come segnalato nel commento alla pronuncia in questione (cfr. BENAZZO P., *La denuncia al Tribunale di gravi irregolarità e l'adozione di assetti organizzativi adeguati: da prevenzione della crisi a “condizione di esercizio dell'attività d'impresa”*, cit. (nt. 27), p. 823), dalla ricostruzione della vicenda emerge che il collegio sindacale della società non aveva mai sollecitato l'istituzione di quell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile poi ritenuto dal Tribunale del tutto assente.

Un'ultima recente pronuncia, questa volta di legittimità²¹⁶, risulta rilevante da esaminare. Essa, apparentemente, riguarda solo le scelte “imprenditoriali” degli amministratori, ma un'analisi più approfondita rivela una grande rilevanza del precedente proprio in merito al regime di responsabilità derivante da scelte organizzative non adeguate.

La vicenda riguarda una società, poi divenuta insolvente per effetto, secondo le pronunce che si sono susseguite a riguardo, della *mala gestio* dell'organo amministrativo. In particolare, l'attività che avrebbe dato luogo al grave squilibrio finanziario che poi ha condotto all'insolvenza è stata identificata nell'acquisto di un ramo d'azienda gravemente indebitato e nella mancata adozione di conseguenti presidi organizzativi finalizzati a mitigare le conseguenze della grave situazione economico-finanziaria del ramo d'azienda acquisito. La Suprema Corte, nel decidere il ricorso proposto dall'organo amministrativo, ritiene priva di vizi la sentenza di secondo grado, che aveva condannato gli amministratori per decisioni di merito gestorio, ritenendo applicabile nel caso di specie il limite della *BJR* consistente nella irrazionalità delle scelte gestorie. Se però si esamina più da vicino in cosa consiste, nel caso concreto, la irrazionalità che ha condotto alla condanna dell'organo amministrativo, emerge che essa si sostanzia nella mancata istituzione di un assetto organizzativo adeguato alle condizioni concrete dell'impresa (che si trovava in una situazione di difficoltà economico-finanziaria) e che ha condotto di fatto a scelte gestorie irrazionali (consistenti nella prosecuzione dell'attività d'impresa nonostante il dissesto, con conseguente aggravamento dello stesso), poiché non “guidate” da un adeguato assetto organizzativo.

Letta in questo modo, la pronuncia di legittimità assume tutt'altro significato rispetto a quello che può emergere a una prima analisi. Appare in particolare che – al di là della terminologia utilizzata per descrivere gli strumenti giuridici utilizzati per pervenire a una tale soluzione giuridica – essa sia in linea con l'orientamento che sostiene l'applicabilità della *BJR* alle scelte organizzative. E infatti, a quanto risulta dall'ordinanza in esame, sembrerebbe che la Corte – così come il

²¹⁶ Cass. Civ., Sez. I, 24 gennaio 2023, n. 2172.

giudice d'appello – abbia sfruttato il limite della irrazionalità per fare il seguente ragionamento: l'inadeguatezza dell'assetto organizzativo ha comportato l'adozione di scelte irrazionali e quindi queste possono essere sindacate nel merito. Sennonché, come detto nel precedente capitolo, l'irrazionalità quale limite della *BJR* viene in rilievo quando la decisione risulta essere del tutto incoerente con il *processo decisionale* adottato²¹⁷ e non, invece, nelle situazioni in cui il processo decisionale è stato falsato da inadeguatezze organizzative²¹⁸. Eppure, il caso di specie appare rientrare nell'ultima delle due ipotesi appena descritte.

Ne consegue che la Corte (così come il giudice d'appello prima di essa) ha utilizzato il limite della irrazionalità delle scelte gestorie per sanzionare, mediante un sindacato di merito, non tanto la scelta gestoria in sé ma piuttosto l'inadeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile che non ha consentito l'adozione di scelte gestorie economicamente e giuridicamente giustificabili²¹⁹.

Alla luce di questa breve disamina delle varie pronunce susseguitesi negli ultimi anni in materia di responsabilità dell'organo gestorio derivante da scelte organizzative, si può affermare che in giurisprudenza, al di là delle statuizioni di principio a cui si è spinto qualche giudice di merito, non c'è sia grande chiarezza circa la soluzione del problema affrontato da questo lavoro²²⁰. E infatti, le volte in cui la

²¹⁷ La finalità di questo approccio è chiaramente quella di evitare che gli amministratori beneficino del *safe harbor* esibendo un corretto processo decisionale, pur avendo assunto decisioni del tutto il contrasto con gli esiti di tale processo. Cfr. BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit. (nt. 9), p. 452 e spec. nt. 116.

²¹⁸ Anche perché in tale ipotesi non servirebbe ricorrere a una "deroga" della *Business Judgment Rule*, dal momento che l'illegittimità nella gestione riguarderebbe proprio il processo decisionale e non il momento di espressione della discrezionalità imprenditoriale: questo graverebbe la scelta imprenditoriale di un vero e proprio vizio "di legittimità" (cioè inerente al procedimento decisionale), senz'altro sindacabile.

²¹⁹ Cfr., sul punto, GIORGIANNI V., *L'insindacabilità del merito delle scelte di gestione degli amministratori di società di capitali ed il limite della ragionevolezza*, cit. (nt. 76) p. 222, la quale, commentando la pronuncia esaminata nel corpo del testo, ritiene corretto e logico il ragionamento della Cassazione, che «dinanzi a un danno cagionato da una scelta di gestione errata da parte degli amministratori, ha configurato la loro responsabilità per *mala gestio*, in quanto gli stessi non hanno saputo creare assetti adeguati e non hanno vigilato sul loro corretto funzionamento, non avendo previsto e preventivato le conseguenze negative della loro scelta di gestione non ben ponderata».

²²⁰ Con riferimento, invece, alla giurisprudenza statunitense, essa si attesta oggi sostanzialmente sulle posizioni espresso in un noto precedente del 2011 (In re the Goldman Sachs Group Inc. Shareholder Litigation, 2011 WL 4826104, in *westlaw.com*), ove i giudici, chiamati a decidere circa la correttezza del sistema di controllo e gestione dei rischi di Goldman Sachs Group Inc., dopo che la

giurisprudenza di merito ha dovuto affrontare la questione dell'applicabilità della *Business Judgment Rule* alle scelte organizzative degli amministratori, pur ritenendo applicabile il *judicial restraint*, l'ha sostanzialmente disapplicato nel caso specifico (o in ragione del limite della ragionevolezza/razionalità o ritenendo del tutto inesistente qualsivoglia assetto), mentre dalla giurisprudenza di legittimità sono derivate indicazioni poco chiare, che suggeriscono quasi un approccio opposto rispetto a quello così decisamente affermato (ma non sempre seguito) dai giudici di merito.

L'incertezza circa l'applicabilità della *BJR* alla "scelta organizzativa", rilevata nella giurisprudenza, si riscontra anche nelle posizioni della dottrina. A questa circostanza si è fatto riferimento a più riprese nell'ambito del presente lavoro; pertanto, è sufficiente qui riprendere per sommi capi quali sono le posizioni delle due correnti contrastanti in ambito dottrinale.

Da una parte, vi è chi afferma che la scelta organizzativa dovrebbe essere esclusa dall'ambito di applicazione del *judicial restraint*²²¹, rilevando, soprattutto,

società aveva subito gravi perdite in seguito alla crisi del 2008 del mercato *subprime*, non hanno riscontrato una volontaria violazione dell'obbligo di agire in modo informato e, anzi, hanno deliberatamente scelto di correre rischi, anche rilevanti, sulla base delle informazioni ottenute dal modello di controllo dei rischi. «The Director Defendants exercised their business judgment in choosing and implementing a risk management system that they presumably believed would keep them reasonably informed of the company's business risks. As described in detail above, the Plaintiffs admit that the Director Defendants were "fully aware of the extent of Goldman's RMBS and CDO securities market activities. Oversight duties under Delaware law are not designed to subject directors, even expert directors, to personal liability for failure to predict the future and to properly evaluate business risk. No reasonable inference can be made from the pleadings that the Director Defendants consciously disregarded their duty to be informed about business risk (assuming such a duty exists). On the contrary, the pleadings suggest that the Director Defendants kept themselves reasonably informed and fulfilled their duty of oversight in good faith. Good faith, not a good result, is what is required of the board. Goldman's board and management made decisions to hedge exposure during the deterioration of the housing market, decisions that have been roundly criticized in Congress and elsewhere. Those decisions involved taking objectively large risks, including particularly reputational risks. The outcome of that risk-taking may prove ultimately costly to the corporation. The Plaintiffs, however, have failed to plead with particularity that the Director Defendants consciously and in bad faith disregarded these risks; to the contrary, the facts pled indicate that the board kept itself informed of the risks involved. The Plaintiffs have failed to plead facts showing a substantial likelihood of liability on the part of the Director Defendants under *Caremark*».

²²¹ Tra gli altri, hanno sostenuto questa tesi: ANGELICI C., *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, cit. (nt. 48), p. 1 ss.; ID., *La società per azioni. I. Principi e problemi*, cit. (nt. 51), p. 407; AMATUCCI C., *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business Judgment Rule*, cit. (nt. 7), p. 667; DI CATALDO V., ARCIDIACONO D., *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgment rule*, cit. (nt. 8), p. 69 ss.; LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, cit. (nt. 8), p. 5 ss.;

la strumentalità di una corretta scelta organizzativa rispetto a una corretta gestione imprenditoriale e quindi la riconducibilità della scelta organizzativa all'alveo della "legittimità" dell'agire imprenditoriale, considerato sindacabile anche alla luce della *Business Judgment Rule*.

Dall'altra parte, vi è una opposta corrente dottrinale (che appare attualmente maggioritaria), che invece sostiene l'applicabilità della *BJR* alle scelte organizzative degli amministratori²²². Questa posizione si basa principalmente sul fatto che, nell'adozione della scelta organizzativa – che per sua natura non è mai predeterminata – l'organo amministrativo è chiamato a esercitare una discrezionalità che è la medesima che connota le scelte imprenditoriali, donde la necessaria applicazione del medesimo regime di responsabilità applicato alla *unternehmerische Entscheidung*.

MONTALENTI P., *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, cit. (nt. 196), pp. 77-78; ID., *Le riforme del codice civile: assetti organizzativi societari*, in *La riforma delle procedure concorsuali. In ricordo di Vincenzo Buonocore*, a cura di A. Jorio e R. Rosapepe, 2021, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 41 ss.; ID., *Diritto societario della crisi: poteri e doveri degli amministratori*, cit. (nt. 174), p. 153 ss.; MOZZARELLI M., *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber Amicorum Antonio Piras, 2010, Giappichelli, Torino, p. 740; SACCHI R., *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, cit. (nt. 7), p. 309, ove: «se l'omessa o ritardata percezione della situazione di crisi in cui l'impresa azionaria si trova — o della sua reale gravità — è dipesa da carenza o scarsa qualità delle informazioni disponibili e questo è conseguenza dell'inadeguatezza e/o dell'inaffidabilità degli assetti e delle procedure organizzative, i danni derivanti dall'omissione o dal ritardo nella rilevazione della crisi sono ascrivibili alla responsabilità degli amministratori, in quanto causalmente riconducibili a violazioni dei loro doveri, senza che al sindacato giudiziario in materia siano applicabili i limiti che discendono dalla business judgement rule».

²²² Tra i tanti sostenitori di questa tesi, si veda: ABRIANI N., ROSSI A., *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, cit. (nt. 21), p. 396; BARCELLONA E., *Business Judgment Rule e interesse sociale nella "crisi"*, cit. (nt. 75), p. 51 ss.; BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit. (nt. 9), p. 413 ss.; ID., *L'applicazione della business judgment rule alle decisioni organizzative: spunti giurisprudenziali*, cit. (nt. 139), p. 278 ss.; FERRARINI G., *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari*, in *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, a cura di M. Bianchini e C. Di Noia, 2010, Egea, Milano p. 63, il quale afferma che «l'organizzazione appartiene a quella sfera di discrezionalità imprenditoriale con la quale i giudici non dovrebbero interferire»; FORTUNATO S., *Atti di organizzazione, principi di correttezza amministrativa e Business Judgment Rule*, cit. (nt. 93), p. 1373 ss.; KUTUFÀ I., *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, cit. (nt. 20), p. 725 ss.; MACARIO F., *La riforma dell'art. 2086 c.c. nel contesto del codice della crisi di impresa e i suoi riflessi sul sistema della responsabilità degli organi sociali*, cit. (nt. 138), pp. 37-38; MAUGERI M., *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, cit. (nt. 20), p. 3 ss.; RORDORF R., *I doveri dei soggetti coinvolti nella regolazione della crisi nell'ambito dei principi generali del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2021, p. 589 ss.

In definitiva, emerge che ancora oggi non vi è chiarezza rispetto al regime di responsabilità applicabile alla scelta organizzativa, mancando una soluzione condivisa in via generale e un'applicazione giurisprudenziale coerente della medesima. Questa circostanza lascia spazio per nuove possibili soluzioni e nuove letture della vicenda.

5. Una proposta di soluzione: la suddivisione delle scelte organizzative

Da quanto riportato nei paragrafi che precedono, ciò che rende più difficoltosa la soluzione del problema relativo al regime di responsabilità degli amministratori per danni derivanti da scelte organizzative pare essere il fatto – a prima vista forse paradossale – che sembra che alla scelta organizzativa, intesa come *unicum*, debbano essere applicate regole diverse.

Prendendo le mosse da tale assunto, si crede che molti dei problemi e delle incertezze interpretative possano essere risolti attraverso una distinzione e categorizzazione delle scelte organizzative. In altri termini, ciò che in questa sede si nega – sulla base dell'analisi svolta finora – è la *reductio ad unum* della “scelta organizzativa” e la sua trattazione quasi monolitica da parte della giurisprudenza e della maggior parte della dottrina.

La soluzione qui proposta, quindi, è quella di distinguere tra le diverse possibili scelte organizzative.

Alla luce di quanto già detto nei precedenti paragrafi, si ritiene che una distinzione efficace possa essere formulata sulla base della finalità (o, meglio, della *funzione*) della scelta organizzativa: insomma, una distinzione funzionale tra scelte organizzative. A dire il vero, infatti, nell'ambito del presente capitolo già si è sostanzialmente elaborata una distinzione tra le scelte organizzative, che qui è necessario soltanto rifinire. Si è detto che una fonte normativa oggi di grande rilievo per le scelte organizzative è costituita dal secondo comma dell'art. 2086 c.c., che impone l'istituzione di un assetto organizzativo “minimo” per garantire la legittimità dell'agire imprenditoriale. Si è però anche detto che le scelte organizzative che costituiscono diretto adempimento agli obblighi di cui all'art. 2086, comma 2, c.c. non

esauriscono il ventaglio delle possibili scelte organizzative. E infatti, tenendo a mente che l'attività di organizzazione non consiste solamente in attività preparatorie finalizzata all'avvio delle attività finalizzate direttamente al perseguimento dell'oggetto sociale ma prosegue per tutta la durata dell'impresa e rappresenta un momento fondamentale per la vita di quest'ultima²²³, si è messa in luce l'esistenza di un gran numero di scelte organizzative che non perseguono la funzione di istituzione o di cura (o "manutenzione") dell'assetto "minimo" imposto dall'art. 2086 c.c., ma perseguono finalità diverse e ulteriori. Per questa ragione, si è parlato di scelte *extra* 2086.

Ebbene, prendendo le mosse dalla categorizzazione già elaborata e seguendo il percorso accennato da Vincenzo Calandra Buonauro²²⁴ nonché da Paolo Montalenti²²⁵ (che, pur con terminologia parzialmente diversa, si pongono in linea con l'impostazione qui proposta), si può ora completare il lavoro di "smembramento" della "scelta organizzativa" come *unicum* e quello di suddivisione delle tipologie di scelte nell'ambito dell'attività organizzativa dell'impresa.

Da una parte, si trovano le scelte organizzative finalizzate ad adempiere al dovere imposto dall'art. 2086, comma 2, c.c. e dunque finalizzate all'istituzione

²²³ Oltre a costituire, nelle imprese di maggiori dimensioni, l'oggetto principali delle scelte assunte dall'organo amministrativo. Cfr., sul punto, CALANDRA BUONAURA V., *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, cit. (nt. 55), pp. 12-13.

²²⁴ Cfr. CALANDRA BUONAURA V., *ibidem*, il quale afferma che si dovrebbe operare una distinzione tra le scelte organizzative: da una parte, si dovrebbero individuare «gli assetti organizzativi funzionali all'adempimento di un dovere specifico imposto dalla legge» (tra i quali sono fatte rientrare sostanzialmente le misure organizzative necessarie alla legittimità dell'agire imprenditoriale: rispetto della normativa giuslavoristica, individuazione dei segnali di crisi, rispetto della normativa contabile/bilancistica), la cui adeguatezza dipende dal raggiungimento dell'obiettivo previsto dalla legge; dall'altra parte, si individuano le «misure organizzative», che non sono sottoposte a vincolo di risultato e il cui corretto adempimento coincide con l'uso opportuno della diligenza richiesta all'organo gestorio.

²²⁵ Cfr. MONTALENTI P., *Le riforme del codice civile: assetti organizzativi societari*, cit. (nt. 221), p. 46, il quale opera una distinzione tra «scelte di organizzazione» e «assetti organizzativi»: le prime sono considerate vere e proprie decisioni di merito o *unternehmerischen Entscheidungen* «strettamente connesse alle opzioni di mercato» (l'A. porta a riguardo una serie di esempi con la quale non si concorda pienamente, dal momento che non tutte le scelte indicate – si veda ad esempio la scelta se investire su prodotti di nicchia o di largo consumo – hanno natura organizzativa); i secondi, invece, consistono nella messa a punto di quelle procedure necessarie al raggiungimento dell'obiettivo determinato normativamente dell'adeguatezza organizzativa, definita dall'autore anche «appropriatezza tra mezzo e fini».

dell'assetto "minimo" di cui si è parlato nei paragrafi precedenti. Queste scelte sono strumentali alla creazione di quel modello organizzativo a sua volta necessario per garantire la legittimità dell'agire imprenditoriale, dal momento che l'assetto in parola, come già ricordato nel paragrafo 2, è adeguato se idoneo a garantire anzitutto la corretta rilevazione dei fatti contabili e gestori relativi alla società e, in secondo luogo, a consentire il corretto flusso informativo relativo proprio a tali circostanze, in modo che l'organo amministrativo sia nella posizione di assumere decisioni informate. Dal momento che le scelte in parola sono strumentali alla creazione dell'assetto "minimo" previsto dall'art. 2086, comma 2, c.c., si ritiene che esse possano essere denominate "scelte organizzative strumentali all'agire legittimo degli amministratori"²²⁶ o, più brevemente, "scelte *ex* 2086".

Dall'altra parte, invece, si trovano le scelte organizzative diverse dalle prime: quelle che, cioè, non sono finalizzate all'istituzione dell'assetto "minimo" adeguato ai sensi dell'art. 2086, comma 2, c.c. Queste scelte differiscono dalle prime proprio per la loro finalità, mentre presentano tutte le caratteristiche proprie della "scelta organizzativa", per come individuate al paragrafo 2 del presente capitolo: esse hanno un contenuto prettamente "interno" (riguardano, ad esempio, la ristrutturazione dei dipartimenti aziendali con modifica delle linee di riporto, la riorganizzazione delle modalità di produzione di determinati beni, la riorganizzazione geografica della società, ecc.) e perseguono l'oggetto sociale in maniera solo indiretta in termini di efficientamento del funzionamento dell'organizzazione aziendale (per questa ragione, queste scelte svolgono anche un'importante funzione concorrenziale tra imprese). Alla luce di tutto ciò, le scelte in questione possono essere denominate "scelte organizzative volte all'efficientamento dell'impresa"²²⁷ o, più brevemente, "scelte *extra* 2086".

²²⁶ Si tratta sostanzialmente di scelte sovrapponibili a quelli che gli Autori citati alle precedenti due note definiscono "assetti organizzativi", in contrapposizione, secondo Calandra Buonauro, alle «misure organizzative» e, secondo Montalenti, alle «scelte di organizzazione». Si ritiene tuttavia che la definizione qui fornita sia più specifica e che essa tenga maggiormente conto dell'esistenza di una discrezionalità (tecnica) nell'assunzione delle scelte *ex* 2086.

²²⁷ Il contenuto di queste scelte corrisponde a quelle che sono state definite in dottrina come «misure organizzative» (CALANDRA BUONAURA V., *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, cit. (nt. 55), p. 13) o «scelte di organizzazione» (MONTALENTI P., *Le riforme del codice civile: assetti organizzativi societari*, cit. (nt. 221), p. 46, anche se – come già segnalato sopra – non si

Resta fermo, al di là delle distinzioni teoriche, che, nel caso concreto, la determinazione – da parte del giudice – relativamente alla natura (*i.e.*, in questo caso, alla funzione) della scelta organizzativa sottoposta allo scrutinio giudiziario deve essere fatta caso per caso, esaminando se la scelta organizzativa concreta adottata od omessa avrebbe potuto o dovuto garantire la legittimità dell’agire imprenditoriale, consentendo, in sostanza, la corretta rilevazione dei fatti contabili e gestori e/o il corretto transito delle informazioni all’interno dell’organizzazione. L’esito positivo di tale scrutinio conduce all’individuazione di una scelta *ex* 2086; qualora, invece, si dovesse ritenere che la scelta non fosse finalizzata a garantire la legittimità dell’agire imprenditoriale, la scelta dovrebbe essere considerata *extra* 2086.

Determinata l’esistenza di una distinzione interna tra scelte organizzative, si deve giungere alla proposta di soluzione del problema affrontato in questo scritto: verificare l’applicabilità della *Business Judgment Rule* a ciascuna delle categorie di scelta organizzativa individuate. Tale attività, alla quale saranno dedicati i prossimi paragrafi, dovrà essere effettuata anzitutto sulla base dei parametri individuati al precedente capitolo: da una parte, verificando se la singola categoria di scelte organizzative possa essere ricondotta alle scelte imprenditoriali sulla base delle caratteristiche proprie della *unternehmerische Entscheidung* (non imposizione, discrezionalità, incertezza e rischio); dall’altra parte, verificando se in ogni caso ricorrono ragioni di opportunità in termini di *ratio* della *BJR* che impongono un’applicazione estensiva o analogica della regola. Fatto ciò, si cercherà di individuare ulteriori ragioni in forza delle quali è fondata la conclusione in merito all’applicabilità o non applicabilità del *judicial restraint*.

6. (segue): le scelte organizzative strumentali all’agire legittimo degli amministratori (o “scelte *ex* 2086”)

Come già emerso da quanto detto nei precedenti paragrafi di questo capitolo, si ritiene che il *judicial restraint* non possa essere applicato alle scelte strumentali

concorda pienamente con tutti gli esempi che questo A. porta tra quelle individuate come scelte di organizzazione).

all'agire legittimo degli amministratori.

Ora, la verifica circa la riconducibilità delle scelte *ex* 2086 alla *unternehmerische Entscheidung* è stata già effettuata nel presente capitolo (cfr., *supra*, par. 3, lett. a), con esito negativo. Parimenti, si è già determinato che, per le scelte strumentali all'agire legittimo degli amministratori, nessuno dei due elementi – statico e dinamico – della *ratio* della *Business Judgment Rule* ricorre (cfr., *supra*, par. 3, lett. a).

Ad ogni modo, anche al fine di dare struttura all'esposizione, è bene qui riprendere brevemente le ragioni per cui, anzitutto, non si ritiene che le scelte *ex* 2086 possano essere ricondotte alla *unternehmerische Entscheidung*, ripercorrendo le caratteristiche di quest'ultima e confrontandole con le scelte qui specificamente considerate.

- a) *Non imposizione*. Le scelte *ex* 2086 devono considerarsi giuridicamente imposte, poiché l'istituzione dell'assetto “minimo” è indicata dalla legge come un «dovere» (“specifico”) dell'organo amministrativo. Tuttavia, questo non esaurisce del tutto il problema dell'applicabilità della *BJR* perché nell'adottare le scelte organizzative strumentali all'agire legittimo degli amministratori, l'organo gestorio deve riempire di significato, in concreto, il concetto di adeguatezza²²⁸.
- b) *Discrezionalità (imprenditoriale)*. Non vi sono dubbi che un certo grado di discrezionalità debba essere esercitato dall'organo amministrativo, ma si ritiene che, nell'adozione di una scelta strumentale all'agire legittimo degli amministratori, la discrezionalità da esercitarsi sia di natura sostanzialmente “tecnica”²²⁹ (e non, quindi, imprenditoriale), finalizzata esclusivamente a “tradurre” il requisito dell'adeguatezza in presidi organizzativi concreti nella specifica impresa, fermo restando

²²⁸ Cfr. *supra* nt. 187, ove si riportano alcuni Autori che hanno rilevato la natura specifica dell'obbligo di istituzione dell'assetto adeguato ma anche il suo contenuto «indeterminato» o «aperto».

²²⁹ Cfr. *supra* nt. 190 e 191, ove si riportano gli autori che hanno sostenuto la natura “tecnica” della discrezionalità in queste circostanze, oltre a un parallelismo con la disciplina bilancistica, che si ritiene affine a quella oggetto di analisi in questo lavoro.

l'obiettivo dell'adeguatezza (elemento su cui si tornerà più oltre in questo paragrafo).

- c) *Incertezza*. Pur attraverso un discorso più complesso, che presuppone l'inclusione dell'adeguatezza come "fine" nell'obbligazione assunta dagli amministratori²³⁰, si è determinato che la scelta *ex* 2086 non può essere caratterizzata da un'incertezza superiore a quella riconosciuta dall'art. 1218 c.c. come causa di esclusione della responsabilità del debitore in caso di suo inadempimento. Questo perché, come anticipato, non può essere oggetto di tutela giuridica l'incertezza relativa all'idoneità della prestazione all'adempimento della prestazione dovuta dal soggetto obbligato.
- d) *Rischio (economico)*. La carenza dell'elemento di rischio economico nella scelta strumentale all'agire legittimo degli amministratori è strettamente collegata all'incertezza della medesima: quello dell'inadeguatezza dell'assetto non è un rischio economico parificabile, ad esempio, a quello dell'inefficacia sulle vendite di una costosa campagna *marketing* o dell'impatto negativo dell'acquisto di un ramo d'azienda; essendo infatti il requisito dell'adeguatezza elemento "interno" all'obbligazione assunta dall'organo gestorio, l'inadeguatezza costituirebbe rischio "giuridico" e non economico²³¹.

Parimenti, si è già determinato che, con riguardo alle scelte *ex* 2086, non ricorrono neppure quegli elementi che costituiscono la *ratio* della *BJR*.

- a) *Elemento statico*. Non paiono meritevoli di tutela, rispetto alle scelte strumentali all'agire legittime degli amministratori, le ragioni che compongono l'elemento statico della *ratio* della *Business Judgment Rule*. E infatti: (i) pare corretto che ricada sull'organo amministrativo (e non sui soci) il rischio di assetti inadeguati, dal momento che l'adeguatezza è

²³⁰ Cfr. *supra* nt. 204, ove si accenna al risultato finale sperato dal creditore in un'obbligazione, distinguendo tra le obbligazioni che comprendono al loro interno anche tale risultato e quelle che non lo comprendono.

²³¹ Cfr. *supra* nt. 195.

specificazione della diligenza dovuta proprio dagli amministratori; (ii) l'eccessiva avversità al rischio di inadeguatezza degli assetti non pare problematica quanto l'eccessiva avversità al rischio imprenditoriale, proprio perché il rischio di inadeguatezza è un rischio "giuridico" che non può essere legittimamente accettato; (iii) la difficoltà di trovare amministratori disposti ad accettare il rischio di un proprio inadempimento non può essere considerata parificabile alla difficoltà di trovare amministratori disposti ad assumersi il rischio d'impresa obbligandosi alla gestione quanto più proficua possibile della società.

- b) *Elemento dinamico*. Anche le ragioni che compongono l'elemento dinamico della *ratio* del *judicial restraint* sfumano quando si fa riferimento a scelte *ex* 2086. Non pare infatti che la valutazione di adeguatezza effettuata dal giudice *ex post* (peraltro con l'assistenza di consulenti tecnici, ove necessario) differisca rispetto alla valutazione normalmente richiesta all'autorità giudiziaria quando viene in rilievo una qualsiasi altra clausola generale (anche su questo si tornerà più oltre).

Alla luce di tutto quanto si è detto finora, si potrebbe già concludere che, alle scelte strumentali all'agire legittimo degli amministratori, la *BJR* non può applicarsi, non ricorrendone i relativi presupposti né in termini di naturale ambito applicativo (*i.e.*, la scelta *ex* 2086 non è una scelta imprenditoriale) né in termini di opportunità (*i.e.* le ragioni che compongono la *ratio* della *BJR* non si riscontrano quando viene in gioco una scelta organizzativa strumentale all'agire legittimo degli amministratori). Tuttavia, si possono rinvenire ulteriori argomenti – di particolare importanza per la trattazione – che dimostrano, ad avviso di chi scrive, la correttezza sistematica dell'esclusione delle scelte *ex* 2086 dall'area di applicabilità della *Business Judgment Rule*.

a) *Ambito naturale del sindacato del giudice: la legittimità dell'agire imprenditoriale*

Si è già detto a più riprese che l'organizzazione dell'impresa richiesta dall'art. 2086, comma 2, c.c. (l'assetto "minimo" di cui si è parlato) è finalizzata a far sì che l'attività d'impresa si svolga in modo legittimo e che gli amministratori

assumano decisioni informate²³². Ne deriva che la messa a punto – attraverso l’assunzione di scelte organizzative ex 2086 – di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato attiene alla legittimità dell’azione gestoria degli amministratori e, in particolare, al *quomodo* della gestione dell’impresa²³³. Ciò comporta che l’organo amministrativo, chiamato naturalmente (e normativamente) ad assumere decisioni finalizzate al diretto perseguimento dell’oggetto sociale, deve in primo luogo istituire un sistema organizzativo – tanto più complesso quanto più è rilevante la dimensione dell’impresa – che gli consenta di assolvere con diligenza al proprio mandato, che consiste nell’assunzione di scelte imprenditoriali caratterizzate da «liceità, razionalità, congruità, attenzione e cura particolari»²³⁴.

Riprova di quanto appena detto si trova, per quanto riguarda le società per azioni, nell’art. 2403 c.c., che prevede che il controllo – di legittimità²³⁵ – svolto dal collegio sindacale si debba concentrare «sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società sul suo concreto funzionamento»²³⁶.

²³² Cfr. DI CATALDO V., ARCIDIACONO D., *Decisioni organizzative, dimensioni dell’impresa e business judgment rule*, cit. (nt. 8), p. 85; SACCHI R., *La responsabilità gestionale nella crisi dell’impresa societaria*, cit. (nt. 7), pp. 309-309. Sulla base di questo ragionamento, gli Autori citati hanno affermato che non potrebbe applicarsi la *BJR* alle scelte organizzative, poiché ciò avrebbe quale conseguenza la sindacabilità delle scelte in questione solo in caso di irragionevolezza o irrazionalità. Osservazioni sovrapponibili si rinvengono in numerosi altri contributi, anche se talora in questi si giunge a conclusioni difformi quanto all’applicabilità della *Business Judgment Rule* alle scelte organizzative degli amministratori. Cfr., tra gli altri: ABRIANI N., ROSSI A., *Nuova disciplina della crisi d’impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, cit. (nt. 21), pp. 394-395; DONGIACOMO G., *Insindacabilità delle scelte di gestione, adeguatezza degli assetti ed onere della prova*, cit. (nt. 44), p. 44; IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, cit. (nt. 187), p. 80, ove: «la presenza [...] di idonei assetti contabili costituisce un formidabile strumento che agevola gli amministratori nell’adempimento dell’obbligo di accertare senza indugio il verificarsi della causa di scioglimento relativa alla riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale».

²³³ Cfr. AMATUCCI C., *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business Judgment Rule*, cit. (nt. 7), p. 648.

²³⁴ Così la già citata Cass. Civ., Sez. I, 27 dicembre 2013, n. 28669.

²³⁵ Oggi è indubbio che il controllo al quale è chiamato il collegio sindacale nella società per azioni abbia natura di legittimità. Cfr., per tutti, sul punto, CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, cit. (nt. 192), p. 405; CAVALLI G., *Osservazioni sui doveri del collegio sindacale di società per azioni non quotate*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gianfranco Campobasso, vol. III, 2007, UTET, Torino, p. 57 ss.

²³⁶ Cfr. MONTALENTI P., *Le riforme del codice civile: assetti organizzativi societari*, cit. (nt. 221) p. 45.

Perché l'adeguatezza dell'assetto organizzativo dell'impresa possa essere sottoposta al controllo del collegio sindacale, dunque, significa che – quantomeno nella mente del legislatore – essa attiene all'area della legittimità della gestione imprenditoriale, al procedimento decisorio che consente la legittimità dell'attività di *decision-making* di natura imprenditoriale.

Ora, si è detto in precedenza che la *Business Judgment Rule* ha la fondamentale funzione di spostare l'attenzione del giudice, chiamato a decidere relativamente a una scelta imprenditoriale, dal merito della scelta al procedimento decisorio che a tale scelta ha condotto²³⁷. Dunque, proprio per effetto della *BJR*, l'oggetto del sindacato giudiziario deve consistere sempre nel presidio (*i.e.*, il procedimento) messo a punto dall'organo gestorio per garantire la correttezza della decisione amministrativa. Se ciò è vero – e lo è –, si comprende per quale motivo risulterebbe particolarmente problematico estendere l'applicabilità del *judicial restraint* anche alle scelte organizzative strumentali per l'agire legittimo degli amministratori. In questo modo, infatti, la regola in parola sarebbe applicata in maniera distorta, in modo da impedire il sindacato proprio su quell'elemento che è la stessa *Business Judgment Rule* a individuare come sindacabile nell'agire imprenditoriale: il procedimento che conduce alla *unternehmerische Entscheidung*.

In particolare, non si ritiene che si possa acconsentire a un eccessivo arretramento della responsabilità degli amministratori attraverso un'espansione dell'area di applicabilità della *BJR* anche a quelle scelte che hanno la funzione di garantire la legittimità dell'agire imprenditoriale, poiché in tale ipotesi si rischierebbe di crearsi un cortocircuito: la scelta di merito non è sindacabile se il procedimento seguito per assumerla è stato legittimo, ma parimenti non si potrebbe neppure sindacare la scelta (organizzativa *ex* 2086) che eventualmente ha impedito di garantire la legittimità del procedimento decisorio.

²³⁷ Cfr. ANGELICI C., *Interesse sociale e business judgment rule*, cit. (nt. 70), p. 580. Tale concetto è espresso con grande efficacia nell'importante decisione statunitense – già citata – *In re Caremark Intern. Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959 (Del. 1996), cit., ove si afferma che il rispetto del *duty of care* (che corrisponde, nella sostanza, all'obbligo di diligenza) deve essere valutato non tanto sulla base del contenuto di merito della decisione imprenditoriale che ha condotto a una perdita per la società, ma piuttosto sulla correttezza e sulla ragionevolezza del processo che ha portato all'assunzione di tale decisione imprenditoriale.

Più specificamente, se gli assetti organizzativi riguardano il *quomodo* della gestione – nel senso che è attraverso essi che si procedimentalizza l’assunzione di scelte imprenditoriali –, applicare la *BJR* alle scelte organizzative significa restringere l’area di sindacabilità delle decisioni degli amministratori al *quomodo* del *quomodo*, e cioè al processo decisionale che ha condotto ad assumere una determinata decisione in merito al processo decisionale da adottarsi in fase di assunzione della scelta gestoria vera e propria²³⁸. Risulta agevole, a questo punto, intuire che tale approccio, ove estremizzato, potrebbe portare a un illimitato arretramento del momento in cui si può individuare la responsabilità degli amministratori, affermando che anche il procedimento decisorio che ha condotto alla scelta organizzativa sarebbe insindacabile in quanto frutto della discrezionalità dell’amministratore²³⁹. È evidente che tale *loop* sarebbe del tutto inaccettabile, in quanto rischierebbe di escludere *in toto* la responsabilità dell’organo gestorio ogniqualvolta fosse presente un margine di discrezionalità, elevando la discrezionalità a unico requisito necessario per l’applicazione della *BJR* e relegando dunque la responsabilità degli

²³⁸ Sotto questo profilo ci si sente di non concordare con l’approccio assunto da due Autori che pur sostengono la non applicabilità della *BJR* alle scelte organizzative degli amministratori (DI CATALDO V., ARCIDIACONO D., *Decisioni organizzative, dimensioni dell’impresa e business judgment rule*, cit. (nt. 8), p. 89). Se ben si è compreso, infatti, gli Autori sostengono che gli amministratori, nell’adozione di scelte organizzative relative agli assetti, debbano seguire un corretto procedimento decisionale informato e privo di conflitti di interesse (e fin qui *nulla questio*). Da tale assunto, però, gli Autori in questione fanno derivare che «il sindacato giudiziale non si appunterà sull’adeguatezza in sé degli assetti (decisi ed attuati) ma sulla “correttezza” procedurale della decisione che abbia introdotto determinate soluzioni organizzative». Le ragioni per cui non si concorda con questa impostazione sono illustrate di seguito nel corpo del testo.

²³⁹ Concretizzazione del rischio appena analizzato si ha, ad avviso di chi scrive, già in un contributo molto completo in materia di applicabilità della *BJR* agli obblighi organizzativi degli amministratori (BENEDETTI L., *L’applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit. (nt. 9), pp. 448-449), ove si afferma che l’organo amministrativo potrebbe legittimamente svolgere un intero processo decisionale rispetto alla stessa istituzione dell’assetto organizzativo (non, dunque, rispetto al “*come*” istituire l’assetto, ma al “*se*” istituirlo) e, all’esito del processo medesimo, legittimamente decidere, in modo non irrazionale, di *non* istituire alcun assetto. Pare evidente a chi scrive che tale posizione sia insostenibile non solo per il fatto che l’art. 2086, comma 2, c.c. prevede il dovere di *istituire* l’assetto e non quello di *valutarne l’istituzione*, ma anche perché l’arretramento della responsabilità degli amministratori al *quomodo* di ogni decisione è coerente solo con un sistema che tiene in considerazione esclusivamente gli interessi individuali o privatistici collegati all’impresa e alla sua gestione ed organizzazione, mentre l’ordinamento italiano prende assume una visione sociale dell’impresa (cfr. art. 41 Cost.), rispetto alla quale gli obblighi normativi non possono essere messi in discussione sulla base di valutazioni di efficienza effettuate da un organo amministrativo deresponsabilizzato rispetto all’esito di tali scelte. Cfr., in merito, anche LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell’organizzazione delle società a controllo pubblico*, cit. (nt. 8), pp. 6-7.

amministratori esclusivamente alla violazione di obblighi specifici o all'assunzione di decisioni irrazionali, il che corrisponderebbe poi a una naturale tendenza della giurisprudenza (come già rilevata nelle precedenti pagine) a estendere l'area di questi due limiti della *BJR*, sottraendo certezza alle ipotesi di responsabilità dell'organo amministrativo.

Invero, il punto è che nei casi in cui si deve valutare la sussistenza o meno della responsabilità degli amministratori per carenze nell'assetto organizzativo della società entra in gioco l'interpretazione e l'applicazione in concreto di una clausola generale (l'«adeguatezza» degli assetti)²⁴⁰, ma non per questo – in automatico – deve farsi applicazione del *judicial restraint*²⁴¹. Pare a chi scrive che molto spesso i dubbi applicativi della *BJR* in quest'ambito derivino dalla difficoltà di definire in astratto e in via generale il contenuto dell'adeguatezza degli assetti, ma non è certo questo che dovrebbe impedire un sindacato “pieno” sull'operato degli amministratori in fase di organizzazione dell'impresa. E infatti, il compito specifico di definire nel caso concreto qual era il grado di diligenza esigibile dai creditori dell'amministratore (e, in primo luogo, dalla società, creditrice della prestazione professionale dell'amministratore medesimo) spetta al giudice, eventualmente supportato da consulenti tecnici²⁴². È così che, d'altra parte, si opera ogniqualvolta l'accertamento della responsabilità di un soggetto derivi dall'applicazione concreta di una clausola generale, come avviene quando deve farsi riferimento, ad esempio, alla buona fede o al canone della diligenza in ambiti professionali, che richiedono

²⁴⁰ Sul fatto che l'«adeguatezza» degli assetti costituisca una clausola generale, cfr. Trib. Roma, 8 aprile 2020, cit. (nt. 65), nonché, in dottrina, BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit. (nt. 9), p. 434; FORTUNATO S., *Assetti organizzativi e crisi d'impresa: una sintesi*, cit. (nt. 8), *passim*; SPOLIDORO M.S., *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, cit. (nt. 23), p. 267.

²⁴¹ Cfr. SPOLIDORO M.S., *ibidem*, che afferma che, nell'ambito della responsabilità organizzativa degli amministratori la *Business Judgment Rule* «non va [...] molto al di là di una formulazione accattivante, nella lingua degli affari, del criterio di diligenza, correttezza e buona fede».

²⁴² Cfr. MONTALENTI P., *Le riforme del codice civile: assetti organizzativi societari*, cit. (nt. 221), p. 46, ove si mette in guardia sul fatto che la giurisprudenza, nel valutare nel merito le scelte organizzative ex 2086 degli amministratori, non dovrà utilizzare «schemi o modelli rigidi, non coerenti con la “variabilità modale” dell'impresa» e che in tale ambito «il confronto tra giuristi e aziendalisti è essenziale». Pertanto – sostiene in maniera condivisibile l'A. – l'adeguatezza deve essere valutata «ricorrendo ai criteri della tecnica».

conoscenze tecniche particolarmente sofisticate per la concretizzazione nel singolo caso dei modelli di condotta richiesti al debitore²⁴³.

b) L'oggettivizzazione del concetto di colpa

Ulteriore ragione per cui si sostiene la non applicabilità della *BJR* alle scelte organizzative strumentali all'agire legittimo degli amministratori può rinvenirsi in un argomento di natura prettamente civilistica, relativo al concetto di colpa.

Sul punto, anzitutto, si rammenta che – come si è ricordato già nel primo capitolo – la responsabilità degli amministratori è una responsabilità per colpa. Tuttavia, in merito al concetto di colpa in quest'ambito deve richiamarsi l'autorevole orientamento dottrinale sviluppatosi in ambito civilistico²⁴⁴, il quale osserva che, in ragione delle modalità con cui l'art. 1218 c.c. distribuisce l'onere della prova (a carico del debitore della prestazione), l'esistenza della colpa diviene sostanzialmente irrilevante quando le cause dell'inadempimento sono ignote per impossibilità di dimostrazione esatta del modo in cui si sono svolti i fatti che all'inadempimento hanno condotto. Sulla base di tale assunto, l'orientamento in parola rileva come, conseguentemente, il rilievo della colpa divenga sempre più marginale nelle organizzazioni complesse – quali quella d'impresa –, essendo in queste particolarmente complicato «documentare lo svolgimento dei fatti e fare luce su disfunzioni destinate a rimanere anonime».

Anche in ragione di tali preziosi spunti, si segnala poi che, nel corso degli ultimi anni, si è assistito a una sempre maggiore oggettivizzazione del concetto di colpa, allontanandolo sempre più dalla condizione psicologica del debitore e dalle sue caratteristiche individuali e avvicinandolo, invece, a un modello di condotta sempre più standardizzato, di qualità e intensità crescente al crescere della

²⁴³ Si pensi, ad esempio, alla diligenza richiesta al “buon banchiere” o agli obblighi generali di correttezza, diligenza e professionalità imposti in ambito finanziario dal TUF (cfr., sul punto, per una chiara visione d'insieme, ANNUNZIATA F., *La disciplina del mercato dei capitali*, XII ed., 2023, Giappichelli, Torino, p. 130.

²⁴⁴ Cfr. VILLA G., *Inadempimento contrattuale e risarcimento*, in ROPPO V., *Trattato del contratto. V. Rimedi - 2*, a cura di V. Roppo, 2^a ed., 2022, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, p. 1100.

professionalità del debitore²⁴⁵. Sulla base di questi ragionamenti, si è affermato che la «nozione oggettiva della colpa, dunque, inasprisce i criteri di responsabilità ed avvicina il funzionamento pratico delle regole a forme di responsabilità oggettiva, se si ritengono imputabili al debitore eventi che, secondo un criterio di ragionevolezza, non gli avrebbero dovuto imporre alcuna misura preventiva in considerazione della rarità del rischio e del costo sproporzionato delle precauzioni»²⁴⁶.

Ma, si ritiene, non si deve giungere a tale conclusione estrema per apprezzare la coerenza della nuova normativa giuscommercialistica con la tendenza a escludere un elemento di soggettività al concetto di colpa. E infatti, si può leggere l'intervento normativo che ha aggiunto il secondo comma all'art. 2086 c.c. nel solco della tendenza all'oggettivizzazione della colpa. In particolare, è consolidata l'opinione – già precedentemente riportata – per cui l'adeguatezza degli assetti altro non è che una specificazione del criterio di diligenza, che a sua volta determina la sussistenza o meno di una colpa nell'operato degli amministratori (ove la diligenza manca, l'amministratore ha agito con colpa). L'obbligo di istituzione di assetti adeguati, dunque, da un punto di vista civilistico, può essere considerato quale un'oggettivizzazione del concetto di colpa gestoria²⁴⁷: la gestione dell'impresa è negligente quando essa non è assistita da un procedimento decisorio corretto, il quale a sua volta dipende dall'istituzione di un assetto organizzativo adeguato²⁴⁸. L'adeguatezza dell'assetto deve essere determinata di volta in volta dal giudice sulla base della prestazione che, nel caso di specie e in applicazione anche del criterio di ragionevolezza, poteva essere considerata esigibile sulla base, anche qui, di un

²⁴⁵ Cfr., per tutti, VILLA G., *ivi*, pp. 1100-1101, richiamato anche da LOBUONO M., *Gli assetti organizzativi dell'impresa: spunti per una riflessione di diritto civile*, cit. (nt. 197), p. 871.

²⁴⁶ Testualmente, VILLA G., *ivi*, p. 1102.

²⁴⁷ In questi termini, si può tracciare un parallelismo tra la nuova disciplina introdotta dall'art. 2086 comma 2, c.c. e quella, di natura penale-amministrativa, introdotta con il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, che ha dato rilievo alla c.d. "colpevolezza d'impresa", evitabile attraverso l'adozione, l'attuazione, la vigilanza e l'aggiornamento del modello di organizzazione e gestione. Cfr., sul punto, DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit. (nt. 16), p. 170 e *passim*.

²⁴⁸ Cfr., sul punto, i richiami operati da DI MAJO A., *Obbligazioni e tutele*, cit. (nt. 203), p. 75, il quale rammenta le "obbligazioni di diligenza" coniate dalla dottrina francese, nell'ambito delle quali la diligenza non è soltanto misura dell'eventuale responsabilità del soggetto obbligato, ma anche – e soprattutto – oggetto dell'obbligazione.

concetto oggettivo di colpa²⁴⁹, prendendo quale riferimento i modelli organizzativi disponibili e le scienze aziendalistiche²⁵⁰. In ogni caso, considerata la struttura dell'obbligazione organizzativa degli amministratori, l'adeguatezza *deve* essere raggiunta, e ciò attraverso l'impiego del livello di diligenza esigibile in concreto²⁵¹.

Tale processo decisorio (quello del giudice) può strutturarsi sulla base di criteri elaborati in sede civilistica per interpretare il parametro della diligenza dovuta dal debitore. Si veda, sul punto, l'esempio formulato da un autorevole Autore²⁵² in materia di contratto di deposito: «in relazione ad uno specifico contratto di deposito, considerato l'oggetto, la qualità e l'organizzazione manifesta del depositario, le circostanze, e le pattuizioni intervenute fra le parti, si può concludere, per esempio, che il contratto imponga l'utilizzazione di impianti antifurto, ma non l'istituzione di una sorveglianza armata. [...] Così, [...] se il furto non si sarebbe potuto evitare se non mediante l'impiego di una sorveglianza armata, che è mancata, e che il contratto non richiedeva, si può anche dire che il depositario non risponde perché non gli si può imputare a colpa il non aver disposto quel tipo di sorveglianza. Se, invece, il furto si sarebbe potuto evitare con un buon funzionamento dell'impianto antifurto, ma questo è mancato nonostante una ragionevole manutenzione, si dirà che il depositario è responsabile, anche senza colpa, della disfunzione interna alla sua sfera di organizzazione».

Prendendo le mosse da tale spunto, sarà il giudice, con l'assistenza di periti in scienze aziendalistiche e sulla base della natura e delle dimensioni dell'impresa, a determinare qual era la diligenza richiesta in concreto all'organo amministrativo. In altri termini, l'oggettivizzazione della colpa, in caso di responsabilità organizzativa degli amministratori, consiste sostanzialmente nella inclusione della

²⁴⁹ Cfr., LOBUONO M., *Gli assetti organizzativi dell'impresa: spunti per una riflessione di diritto civile*, cit. (nt. 197), pp. 871-872.

²⁵⁰ Cfr. MONTALENTI P., *Le riforme del codice civile: assetti organizzativi societari*, cit. (nt. 221), p. 46.

²⁵¹ Cfr. la già citata Cass. Civ., Sez. I, 24 agosto 2004, n. 16707, ove si afferma che, ove la prestazione dovuta dal debitore sia definibile solo in maniera generica, la diligenza finisce per assumere una «funzione di specificazione dei comportamenti dovuti e quindi, in questo senso, per identificarsi con l'oggetto stesso dell'obbligazione».

²⁵² TRIMARCHI P., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, 2010, Giuffrè Editore, Milano, pp. 18-19.

adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile nell'area dell'obbligazione gestorio/organizzativa degli amministratori²⁵³.

Rimane senza dubbio un margine di discrezionalità nell'assunzione delle decisioni finalizzate al raggiungimento dell'adeguatezza organizzativa²⁵⁴, ma si tratta di una discrezionalità che consiste nell'adeguamento in concreto dell'assetto alla natura e alle dimensioni dell'impresa. Insomma, come si è già detto *supra*, la discrezionalità degli amministratori è libera fintantoché è esercitata al fine di adeguare l'assetto all'impresa nel concreto, ma non è libera nella sua finalità, che è quella di consentire la corretta circolazione delle informazioni e la corretta rilevazione dei fatti rilevanti ai fini gestori e contabili.

Per meglio comprendere quanto si è cercato di esporre fin qui, con riferimento al margine di discrezionalità riconosciuto agli amministratori nell'assunzione di scelte *ex* 2086 si crede che si possa formulare un parallelismo con la disciplina bilancistica²⁵⁵, che non a caso coinvolge – proprio come avviene relativamente alla disciplina relativa all'organizzazione dell'impresa – interessi di una vasta platea di soggetti terzi rispetto a quelli che istituzionalmente fanno capo alla società. Ebbene, come già accennato in questo capitolo, tale disciplina è caratterizzata dalla presenza di numerose clausole generali che impongono all'organo amministrativo l'utilizzo di un ineliminabile margine di discrezionalità *tecnica* che è però al tempo stesso circoscritto nell'ambito di precisi vincoli dettati dalla legge e dagli standard tecnici²⁵⁶. Per questa ragione, si crede che la disciplina relativa

²⁵³ *Contra*, però, in un certo senso, FORTUNATO S., *Clausole generali e informazione contabile fra integrazione giurisprudenziale e integrazione professionale*, in *Contr. impr.*, 2010, fasc. 2, p. 478. L'A., in particolare, propone un breve confronto tra l'operatività delle clausole generali nell'ambito della disciplina bilancistica e l'operatività delle stesse nella disciplina civilistica. Nel contributo citato, si sostiene che la violazione delle clausole generali in ambito civilistico comporti anzitutto la responsabilità del soggetto che ha posto in essere tale violazione, determinando solo eventualmente l'invalidità dell'atto; nella disciplina di bilancio, invece, la violazione incide in primo luogo sulla validità del documento, mentre la responsabilità dell'autore della violazione non può dirsi automaticamente integrata per la semplice violazione della clausola generale.

²⁵⁴ Cfr. MACARIO F., *La riforma dell'art. 2086 c.c. nel contesto del codice della crisi di impresa e i suoi riflessi sul sistema della responsabilità degli organi sociali*, cit. (nt. 138), p. 38.

²⁵⁵ Sul punto, cfr. quanto già riportato *supra*, nt. 191.

²⁵⁶ A riguardo, cfr. STRAMPELLI G., *Le valutazioni di bilancio tra non veridicità (civile) e falsità (penale): spunti sulla punibilità dei falsi valutativi*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 131, ove si sostiene che la veridicità delle valutazioni debba essere garantita dai soggetti obbligati (e poi valutata dal giudice,

all'istituzione dell'assetto "minimo" debba essere oggetto delle medesime considerazioni che negli anni sono state riservate alla disciplina relativa alla redazione del bilancio d'esercizio.

La conclusione relativa alla natura tecnica della discrezionalità degli amministratori nell'assunzione di scelte *ex* 2086 risulta ulteriormente avvalorata dal fatto che l'impresa (e dunque la sua funzionalità, la sua capacità di produrre valore e ricchezza nel rispetto delle norme ad essa applicabili, garantendo un contenimento del rischio sistemico di inefficienza collettiva delle imprese) costituisce «un bene oggetto di tutela giuridica»²⁵⁷. Le esigenze di efficienza (o, meglio, di corretta ed efficiente organizzazione) dell'impresa, in altri termini, hanno natura collettiva e funzione di garanzia di tutela dell'impresa medesima. In questa prospettiva, quindi, l'organizzazione dell'impresa non è «un atto di libertà, ma è il risultato dell'esercizio di un potere funzionale, da esercitare secondo criteri di discrezionalità tecnica»²⁵⁸. Da ciò deriva la legittimazione, per l'autorità giudiziaria chiamata a

ove necessario) «sulla base di un apprezzamento che non è squisitamente discrezionale e svincolato da ogni parametro ma che, al contrario, deve essere condotto alla stregua delle previsioni di legge nonché degli standard tecnici di riferimento elaborati dalla professione contabile». L'A. in questione richiama poi sul punto NAPOLEONI V., *Valutazioni di bilancio e false comunicazioni sociali: lineamenti di un'indagine dopo l'attuazione della quarta direttiva CEE*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 420, il quale opera una distinzione tra la discrezionalità tecnica applicabile alla disciplina bilancistica (definita *arbitrium boni viri*) e il mero arbitrio, svincolato da puntuali disposizioni normative.

²⁵⁷ Così LIBERTINI M., *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, cit. (nt. 8), p. 6.

²⁵⁸ Così, LIBERTINI M., *ivi*, p. 7. *Contra*, in modo qui però non condivisibile, cfr. FORTUNATO S., *Atti di organizzazione, principi di correttezza amministrativa e Business Judgment Rule*, cit. (nt. 93), p. 1400, il quale rileva che, da una parte, una grande componente tecnica è presente pure nelle scelte imprenditoriali (senza che questo escluda la discrezionalità imprenditoriale nell'adozione delle stesse) e, dall'altra parte, che le scelte organizzative non pongono problemi esclusivamente di natura tecnica, ma richiedono l'esercizio di vera e propria discrezionalità amministrativa/imprenditoriale. In particolare – rileva l'A. in questione –, l'esigenza di proporzionalità dell'assetto alle dimensioni dell'impresa comporta l'assunzione, da parte dell'organo amministrativo, di decisioni in base alle risorse economiche disponibili, in una condizione (strutturale) di scarsità di risorse, nell'ambito della quale queste ultime, ove dedicate all'organizzazione dell'impresa, devono essere sottratte alle finalità produttive. Vi sono almeno due ragioni per cui non si concorda con l'impostazione appena riportata: (i) le valutazioni dell'organo amministrativo legate all'investimento di risorse per garantire l'adeguatezza dell'assetto non possono essere equiparate alle valutazioni relative all'adozione di scelte imprenditoriali, essendo di natura affatto diversa il rischio corso (rispetto alle scelte *ex* 2086, rischio giuridico; rispetto alla scelta imprenditoriale, rischio economico) e perseguendo le prime un fine "interno" all'obbligazione gestoria (appunto, l'adeguatezza dell'assetto, obbligazione "di risultato") e le seconde un fine "esterno" a tale obbligazione (quello di efficienza, redditività, maggiore capacità di produrre profitto dell'impresa); (ii) il riferimento alle dimensioni dell'impresa conferma invero la natura tecnica della discrezionalità da utilizzarsi in fase di istituzione dell'assetto adeguato, poiché offre una chiara indicazione sulla necessità di "concretizzazione" della clausola generale,

conoscere di eventuali violazioni del dovere organizzativo degli amministratori, all'esecuzione di un sindacato più profondo di quello – limitato dalla *Business Judgment Rule* – ammesso in sede di valutazione di una *unternehmerische Entscheidung*. E ciò perché, ferma la discrezionalità, nel caso della scelta organizzativa ex 2086 la finalità perseguita (quella dell'adeguatezza) non soltanto è interna all'obbligazione dell'organo amministrativo – mentre nelle scelte imprenditoriali la finalità perseguita (quella della maggiore efficienza, redditività, capacità di generare profitti, ecc.) risulta esterna all'obbligo gestorio – ma è anche imposta a tutela di interessi collettivi.

c) Insufficienza delle obiezioni alla soluzione proposta

Si ritiene inoltre che la soluzione proposta in questo paragrafo possa superare con successo anche le obiezioni – ulteriori rispetto a quelle relative alla riconducibilità della scelta ex 2086 alla scelta imprenditoriale e alla ricorrenza della *ratio* della *BJR* – che potrebbero essere sollevate per ostacolarne la messa in opera: da una parte quella relativa al rischio di eccessivo paternalismo del legislatore (in caso di interpretazione del requisito di adeguatezza in termini oggettivi, quale finalità dell'obbligazione organizzativa degli amministratori da raggiungere obbligatoriamente) e, dall'altra parte, quella relativa al rischio di un'eccessiva estensione della responsabilità degli amministratori.

Partendo dalla prima di queste obiezioni, si è già detto, anzitutto, che l'obbligo di istituzione di assetti adeguati risponde, tra le altre cose, a un'esigenza collettiva di tutela dell'impresa in quanto tale, in modo da ridurre il rischio sistemico di una diffusa disorganizzazione imprenditoriale, e che tale approccio è in linea con una tendenza normativa iniziata ormai più di trent'anni fa. Ma c'è di più.

Si ritiene in particolare che un'avversione “di principio” all'intervento, anche profondo, del legislatore nell'ambito dell'organizzazione d'impresa non sia giustificata da un punto di vista sistematico e alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento. E infatti, obblighi organizzativi e di *governance* estremamente specifici e

operazione che però deve essere svolta dall'organo amministrativo tenendo ben chiaro l'obiettivo dell'adeguatezza dell'assetto, che *deve* essere raggiunto.

“profondi” sono previsti dalla normativa secondaria per particolari tipi di società caratterizzate dalla capacità di creare o alimentare individualmente, in ragione della loro rilevanza e dell’impatto delle loro sorti sull’intero sistema, il c.d. “rischio sistemico”²⁵⁹. Si fa riferimento, in particolare e in primo luogo, alle società bancarie, rispetto alle quali non solo il TUB ha dato l’avvio alla tendenza normativa di accrescimento dell’importanza dell’organizzazione d’impresa (v. *supra* Capitolo I), ma è nata una corposa normativa secondaria volta a regolarne la *governance*²⁶⁰. Si pensi, ad esempio, al Titolo IV, rubricato «Governano societario, controlli interni, gestione dei rischi» della Circolare della Banca d’Italia n. 285 del 17 dicembre 2013²⁶¹, testo normativo che attualmente supera le 800 pagine e che si apre in maniera particolarmente eloquente con le seguenti parole: «Efficaci assetti organizzativi e di governo societario costituiscono per tutte le imprese condizione essenziale per il perseguimento degli obiettivi aziendali; per le banche essi assumono particolare rilievo in ragione delle caratteristiche che connotano l’attività bancaria e degli interessi pubblici oggetto di specifica considerazione da parte dell’ordinamento. Gli assetti organizzativi e di governo societario delle banche, oltre a rispondere agli interessi dell’impresa, devono assicurare condizioni di sana e prudente gestione, obiettivo essenziale della regolamentazione e dei controlli di vigilanza». Ebbene, tale *corpus* normativo regola: (i) il governo societario (con norme, tra le altre, relative alla composizione degli organi collegiali, ai comitati interni al consiglio di amministrazione, ai flussi informativi endo-consiliari ecc.), (ii) le politiche e prassi di remunerazione, (iii) i controlli interni (con norme relative al funzionamento degli organi aziendali di gestione e di controllo di primo, secondo e terzo livello), (iv) il

²⁵⁹ Si sostiene da tempo che tali società debbano essere destinatarie di una particolare attenzione da parte del legislatore (come peraltro si è già detto nel primo capitolo di questo elaborato), tale da poter giustificare un intervento particolarmente intenso in termini di regole di comportamento degli amministratori e di obblighi organizzativi. V., sul punto, MAUGERI M., *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, cit. (nt. 20), pp. 5-6.

²⁶⁰ La disciplina secondaria in questione, secondo l’orientamento preferibile, deve considerarsi integrativa della disciplina di stampo civilistico che regola il funzionamento delle società bancarie. Cfr., in materia, MIRONI A., *Regole di governo societario e assetti statutari delle banche tra diritto speciale e diritto generale*, in *Rivista ODC*, 2017, fasc. 2, p. 14.

²⁶¹ La circolare in questione è emessa dalla Banca d’Italia per effetto della delega contenuta nell’art. 53, comma 1, lett. d), TUB, già citato nel primo Capitolo e considerato “precursore” della tendenza normativa degli ultimi 30 anni che ha visto una rinnovata importanza normativa dell’organizzazione dell’impresa.

sistema informativo²⁶² (con norme relative a governo, organizzazione e controlli del sistema, alla gestione del rischio, alla sicurezza informatica, al sistema di gestione dei dati, con definizione addirittura dei documenti e delle *policy* da adottare con la relativa periodicità), (v) la continuità operativa²⁶³ e (vi) il governo e la gestione del rischio di liquidità. A tale già cospicua normativa si aggiungano poi gli interventi di vigilanza della Banca d'Italia nonché la normativa secondaria internazionale, costituita in particolare dalle *EBA Guidelines on internal governance* (altro documento di quasi 100 pagine che prevede disposizioni in materia di organo gestorio, comitati, *framework* organizzativo, ecc.). In questo modo, l'organizzazione delle società bancarie è pervasa da norme, anche molto specifiche e dettagliate, a cui gli organi gestori delle medesime devono attenersi.

Ma la disciplina dettata in materia bancaria non è la sola a prevedere un rilevante compressione della discrezionalità organizzativa dell'organo amministrativo²⁶⁴: in materia si devono ricordare quanto meno anche le norme di autodisciplina, quale il Codice di Corporate Governance di Borsa Italiana S.p.A. risalente al 2020²⁶⁵, nonché la disciplina dettata dal TUF e dal Regolamento delegato (UE) 2017/565 e destinata agli intermediari finanziari, che prevede specifiche norme organizzative finalizzate alla procedimentalizzazione dell'attività di prestazione dei servizi e delle attività finanziarie, con una disciplina organizzativa *ad hoc* – graduata in base alle dimensioni dell'intermediario e quindi in base al rischio sistemico collegato allo stesso – relativa all'attività dei controlli di secondo (*compliance, risk*

²⁶² Inteso come l'insieme «delle risorse tecnologiche (hardware, software, dati, documenti elettronici, reti telematiche), dei processi e delle procedure, nonché delle risorse umane dedicate alla loro gestione».

²⁶³ Intesa come l'insieme dei presidi finalizzati a garantire la presenza di soluzioni per consentire che la società prosegua nella propria operatività anche in situazioni di crisi o catastrofe.

²⁶⁴ Cfr., in materia, BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit. (nt. 9), p. 421 e spec. nt. 21, ove sono riportati numerosi Autori che hanno trattato il tema della “compressione” della discrezionalità dell'organo amministrativo rispetto all'organizzazione delle società bancarie. Sul punto, v. anche MIRONE A., *Regole di governo societario e assetti statutarî delle banche tra diritto speciale e diritto generale*, cit. (nt. 260), p. 10 ss.

²⁶⁵ Cfr., sul punto, per un'analisi relativa alle disposizioni in materia di amministrazione e gestione delle società quotate, CUOMO P., *Il consiglio di amministrazione e la gestione dell'impresa nel codice di corporate governance*, in *Riv. soc.*, 2021, p. 79 ss.

management) e di terzo livello (*internal audit*)²⁶⁶.

Alla luce di quanto appena richiamato, risulta evidente che è in atto già da diversi anni un processo – a livello sia locale sia europeo – di compressione (e talora anche di auto-compressione) della discrezionalità organizzativa degli amministratori di società portatrici di un particolare rischio sistemico. Tale circostanza rende il timore di un’invasione del legislatore nell’organizzazione dell’impresa un tabù più che una giustificata preoccupazione, dal momento che è ormai largamente accettato che il legislatore determini obblighi organizzativi via via più specifici sulla base della platea di soggetti coinvolti dall’operatività delle imprese. Ebbene, i limitati obblighi organizzativi imposti dall’art. 2086, comma 2, c.c. (relativi, in definitiva, solo all’istituzione di quell’assetto “minimo” di cui si è parlato a più riprese) non paiono né sovversivi né particolarmente invasivi, tenuto conto del rischio sistemico collettivo (inteso come il rischio che una generalizzata operatività disorganizzata può comportare a livello di sistema) legato all’operatività degli imprenditori operanti in forma societaria o collettiva (destinatari del dovere di cui all’art. 2086, comma 2, c.c.).

Superata dunque la prima possibile obiezione alla ricostruzione proposta in questo lavoro, si passa alla seconda, relativa al rischio di eccessiva estensione della responsabilità degli amministratori. Ebbene, anch’essa si ritiene superabile senza particolari difficoltà, sulla base delle osservazioni che saranno svolte subito di seguito.

In primo luogo, dal momento che la responsabilità degli amministratori, come visto nel Capitolo I, è sempre e comunque una responsabilità per colpa²⁶⁷, è evidente, anzitutto, che la valutazione circa la sussistenza di una responsabilità organizzativa debba essere effettuata *ex ante*, nel senso che la valutazione del giudice deve riguardare il momento in cui si è prodotto il danno, per verificare se in quel momento l’assetto era adeguato. Ciò non significa che la valutazione debba essere

²⁶⁶ Per un approfondimento in merito, cfr. ANNUNZIATA F., *La disciplina del mercato dei capitali*, cit. (nt. 243), pp. 134-135.

²⁶⁷ Pur con tutte le limitazioni di cui si è detto nel presente paragrafo e, in particolare, al precedente punto b).

arretrata al momento in cui l'assetto è stato per la prima volta istituito, poiché – come si è visto sopra – l'obbligo organizzativo riguarda l'intera vita dell'impresa, e pertanto l'assetto deve essere oggetto di continua cura, aggiornamento e “manutenzione” da parte dei soggetti obbligati alla sua istituzione. Tuttavia, la rilevanza del concetto di colpa non può escludere che debba essere effettuata una valutazione circa la diligenza dovuta dal debitore nel perseguimento dell'obiettivo dell'adeguatezza e che nell'alveo di tale diligenza non possano essere ricomprese misure, valutazioni o accorgimenti non possibili o eccessive al momento del verificarsi del danno. Insomma, in altri termini, la valutazione circa l'adeguatezza dell'assetto deve essere effettuata *ex ante* e non al momento (che può essere anche di molto successivo, considerato il termine prescrizione di 5 anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica) in cui il giudice è chiamato a valutare l'eventuale violazione di obblighi organizzativi degli amministratori.

Peraltro, il fatto che la responsabilità presupponga una colpa dell'amministratore apre il campo anche all'ammissione di esimenti della responsabilità ai sensi dell'art. 1218 c.c. In tale prospettiva, si concorda con chi ha sostenuto che la scarsità di risorse economiche possa essere considerata un'esimente per l'inadeguatezza dell'assetto – ove essa sia temporanea e circoscritta al periodo di difficoltà economica –, a patto che ricorrano determinate condizioni quali, ad esempio, la formalizzazione della circostanza in fase decisoria, l'impossibilità comprovata di reperire altrove le risorse necessarie all'adeguamento dell'assetto, la limitata gravità dell'inadeguatezza, l'indisponibilità sul mercato delle risorse necessarie²⁶⁸.

In secondo luogo, oltre alla necessaria ricorrenza della colpa organizzativa, si rammenta che, per giungere alla responsabilità “organizzativa”, è necessario che si sia prodotto un danno a carico della società, che questo danno sia stato cagionato – attraverso una rigorosa dimostrazione del relativo nesso di causalità – da una scelta organizzativa della tipologia di cui al presente paragrafo (cioè una scelta organizzativa strumentale all'esercizio legittimo dell'attività imprenditoriale) e che

²⁶⁸ Le osservazioni qui riportate si devono a MIRONI A., *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta*, cit. (nt. 160), p. 38.

l'onere probatorio gravante sulla parte attrice sia soddisfatto. Peraltro, non potrà presumersi l'inadeguatezza dell'assetto per il solo fatto che un danno si è prodotto, dal momento che, alla luce dei più recenti arresti giurisprudenziali sul punto, sulla società attrice in un giudizio di responsabilità degli amministratori grava un onere probatorio "rafforzato", che abbraccia non solo la prova del danno, ma anche di quegli elementi di contesto dai quali possa dedurre che la condotta dell'amministratore costituisca una violazione del dovere di lealtà o del dovere di diligenza²⁶⁹.

Da ultimo, a ulteriore riprova dell'infondatezza della possibile obiezione relativa al rischio che, attraverso l'impostazione proposta in questo lavoro, si assisterebbe a un eccessivo ampliamento dell'area di responsabilità dell'organo gestorio, si deve far riferimento alle già esaminate pronunce giurisprudenziali degli ultimi anni sul punto. Ebbene, come in un certo senso era già stato previsto da un autorevole studioso²⁷⁰, pare che il risultato perseguito attraverso l'impostazione descritta

²⁶⁹ Si veda, in particolare, Cass. Civ., Sez. I, 9 novembre 2020, n. 25056: «Sul tema della ripartizione dell'onere probatorio la Corte di appello evoca Cass. 17 gennaio 2007, n. 1045, secondo cui, ove i comportamenti degli amministratori che si assumono illeciti non siano in sé vietati dalla legge o dallo statuto e l'obbligo di astenersi dal porli in essere discenda dal dovere di lealtà, coincidente col precetto di non agire in conflitto di interessi con la società amministrata, o dal dovere di diligenza, consistente nell'adottare tutte le misure necessarie alla cura degli interessi sociali a lui affidati, l'illecito è integrato dal compimento dell'atto in violazione di uno dei menzionati doveri: per modo che in tal caso l'onere della prova dell'attore non si esaurisce nella dimostrazione dell'atto compiuto dall'amministratore, ma investe anche quegli elementi di contesto dai quali è possibile dedurre che lo stesso implica violazione del dovere di lealtà o di diligenza. Si tratta di un principio che è conforme all'insegnamento della dottrina, per la quale il contenuto di siffatti obblighi di carattere generale può specificarsi solo con riferimento alle circostanze del caso concreto, onde l'attore ha l'onere di fornire la prova del fatto che la condotta da lui tenuta ne costituisca, avendo riguardo alle dette circostanze, inadempimento. Pertanto, in relazione alla mancata osservanza, da parte dell'amministratore, dell'obbligo di diligenza, chi agisce in giudizio deve dare dimostrazione di quegli elementi di contesto dai quali è possibile inferire la violazione del predetto dovere, che è definito dall'art. 2392 c.c. (avendo ovviamente riguardo alle diverse versioni della norma che si sono succedute nel tempo). [...] l'attore [...] adempie a tale onere probatorio dando dimostrazione di quelle condotte che, nella particolare contingenza, denotano l'inosservanza, da parte di quel soggetto, del dovere di lealtà o di diligenza che a lui fa capo. Una volta che tale prova è stata acquisita al processo, compete all'amministratore evocato in giudizio allegare e provare gli ulteriori fatti - consistenti in cautele, informazioni, verifiche [...] - che sono idonei ad escludere (o attenuare) la sua responsabilità colpevole». La pronuncia è stata successivamente ripresa da alcuni arresti di merito: Trib. Milano, 25 settembre 2023, in *DeJure*; Trib. Torino, 5 marzo 2021, in *DeJure*; Trib. Roma, 8 aprile 2020, cit. (nt. 65); Trib. Palermo, 29 dicembre 2021, in *DeJure*. Cfr. anche FORTUNATO S., *Atti di organizzazione, principi di correttezza amministrativa e Business Judgment Rule*, cit. (nt. 93), p. 1376.

²⁷⁰ Cfr. MIRONE A., *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta*, cit. (nt. 160), p. 38, il quale ha affermato che l'applicazione della *Business Judgment Rule* alle scelte organizzative degli amministratori potrebbe non comportare poi, nei fatti, un alleggerimento della posizione degli amministratori in termini di responsabilità. E infatti, l'A. ha affermato che, essendo in genere il processo istruttorio per l'istituzione di assetti

nel presente paragrafo talora si verifichi già oggi, pur in applicazione della *BJR*, nelle decisioni della giurisprudenza. Ciò avviene, come già rilevato in questo capitolo, sostanzialmente in due modi: o attraverso un'applicazione dogmaticamente estensiva del "limite" della ragionevolezza²⁷¹, come si è visto in un precedente di legittimità²⁷², nel quale il collegio ha ritenuto sussistente la responsabilità degli amministratori – sulla base di una presunta irrazionalità della scelta imprenditoriale – per l'acquisizione di un ramo d'azienda gravemente indebitato e dissestato ove non sia accompagnato da un adeguato piano di rilancio e da valide risposte organizzative volte a contrastare le passività; oppure, in alternativa, attraverso un'interpretazione molto estensiva del concetto di "inesistenza" dell'assetto (anche quando invero l'assetto esiste, ma è inadeguato), che consente, senza mettere in discussione l'applicabilità della *BJR*, di sindacare nel merito le scelte organizzative degli amministratori²⁷³.

Insomma, si ritiene che, alla luce dei precedenti esaminati, l'approccio suggerito in questo lavoro sia già sostanzialmente seguito dalla giurisprudenza, pur nell'ambito di un disordine sistematico che rischia di sottrarre certezza al diritto e alla sua applicazione, ma in ogni caso senza risultati eccessivamente onerosi per gli amministratori di società.

organizzativi decisamente più "snello" rispetto a quello relativo all'adozione di scelte di *business*, si correrebbe comunque il rischio che il giudice chiamato a decidere in merito alla sussistenza di una responsabilità dell'organo amministrativo la ritenga comunque molto spesso sussistente ritenendo la scelta organizzativa irragionevole o irrazionale perché non preceduta da un adeguato procedimento decisorio.

²⁷¹ Cfr., sul punto, MONTALENTI P., *Diritto societario della crisi: poteri e doveri degli amministratori*, cit. (nt. 174), p. 154. In particolare, l'A., facendo riferimento alla posizione dottrinale che afferma l'applicabilità della *BJR* alle scelte organizzative degli amministratori, rileva come la distanza tra posizioni si restringa sensibilmente, ove la valutazione di adeguatezza è effettuata in maniera flessibile (evitando cioè «parametrazioni standardizzate e valutazioni schematiche») e la *Business Judgment Rule* si impone il limite della razionalità/ragionevolezza delle scelte.

²⁷² Si tratta di Cass. 24 gennaio 2023, n. 2172. Ma sul punto v. anche Trib. Roma, 8 aprile 2020, cit. (nt. 65).

²⁷³ Cfr. quanto già detto nel presente capitolo riguardo a Trib. Catania, 8 febbraio 2023, cit. (nt. 65).

7. (segue): le scelte organizzative volte all'efficientamento dell'impresa (o "scelte extra 2086")

Anche per quanto riguarda l'altra categoria scelte organizzative (le scelte *extra 2086*) è già stata effettuata, in sostanza, una verifica relativamente alla riconducibilità delle medesime alla *unternehmerische Entscheidung* e relativamente alla ricorrenza della *ratio* della *BJR*, questa volta con esito positivo.

In ogni caso, pare opportuno anche qui brevemente ricapitolare, anzitutto, le ragioni per cui si ritiene che la scelta *extra 2086* presenti tutti gli elementi che caratterizzano anche la scelta imprenditoriale.

- a) *Non imposizione*. Le scelte *extra 2086*, non essendo – per definizione – oggetto dell'obbligo dell'art. 2086, non possono considerarsi giuridicamente imposte. Esse, semmai, rispondono all'esigenza – non obbligata – degli amministratori di perseguire una maggiore efficienza nell'organizzazione della società.
- b) *Discrezionalità (imprenditoriale)*. Al contrario delle scelte *ex 2086*, quelle volte all'efficientamento dell'impresa non sono funzionalmente vincolate a raggiungere un determinato obiettivo (l'adeguatezza dell'assetto). Per questo motivo, la discrezionalità esercitata dagli amministratori nell'assunzione di queste scelte è del tutto libera da vincoli esterni rispetto a quelli che naturalmente appartengono alle decisioni di natura economica (in particolare, vincoli legati all'allocazione di risorse) e dunque pienamente imprenditoriale.
- c) *Incertezza*. Considerato quanto detto sopra circa la libera discrezionalità e l'inesistenza di una finalità normativamente predeterminata, le scelte *extra 2086* sono *zukunftsbezogen* e incerte nei loro esiti, che possono essere vantaggiosi o meno a seconda della correttezza delle valutazioni (economiche) effettuate dall'organo amministrativo.
- d) *Rischio (economico)*. Se la scelta *ex 2086* è strettamente legata a una finalità prevista per legge (quella dell'adeguatezza dell'assetto) e, invece, la scelta *extra 2086* persegue l'obiettivo del generale efficientamento dell'organizzazione imprenditoriale, è evidente che – tenuto a

mente anche l'importante profilo concorrenziale dell'organizzazione – il rischio economico è proprio della scelta *extra* 2086. La scelta in questione, infatti, non risulta strumentale al legittimo agire imprenditoriale ma, come qualsiasi altra scelta imprenditoriale, alla massimizzazione del profitto che la società è in grado di produrre. Tale finalità è ovviamente gravata dal rischio (economico) che la scelta in questione risulti, alla prova dei fatti, svantaggiosa o meno vantaggiosa di altre per l'impresa.

Anche per quanto riguarda la ricorrenza della *ratio* della *Business Judgment Rule* si può dare delle risposte in linea con quanto già indicato nei precedenti paragrafi e coerenti con la circostanza – appena determinata – della riconducibilità della scelta *extra* 2086 alla *unternehmerische Entscheidung*. Vale comunque la pena riprendere rapidamente gli elementi della *ratio* della *BJR* per confrontarli con questa categoria di scelte organizzative.

- a) *Elemento statico*. Considerata la riconducibilità della scelta *extra* 2086 alla scelta imprenditoriale, ricorre pienamente l'elemento statico della *ratio* della *BJR*. E infatti: (i) il rischio di una scelta finalizzata, in ultima istanza, alla massimizzazione del profitto deve necessariamente ricadere sui *residual claimants* (i soci) e non sull'organo amministrativo; (ii) l'eccessiva avversità al rischio (economico) può essere elemento di freno per lo sviluppo di organizzazioni d'impresa particolarmente efficienti, soprattutto considerando che tale rischio non può e non deve gravare sull'organo amministrativo; (iii) la difficoltà di trovare amministratori disposti ad accettare condizioni particolarmente sfavorevoli (ivi inclusa la possibilità di gravi condanne risarcitorie) per effetto della concretizzazione di un rischio di natura economica (che, per sua natura, non spetta ai *fixed claimants*) è elemento da considerarsi meritevole di tutela e pertanto rende opportuna l'applicazione del *judicial restraint*.
- b) *Elemento dinamico*. Non riscontrandosi alcun vincolo di finalità giuridicamente imposto rispetto alle scelte *extra* 2086, il rischio di una contaminazione del sindacato giudiziario con valutazioni prettamente

imprenditoriali risulta particolarmente elevato, soprattutto se queste valutazioni hanno quale oggetto l'efficientamento dell'impresa (e non il rispetto di una clausola generale quale quella dell'adeguatezza): un sindacato di merito da parte del giudice dovrebbe infatti necessariamente passare attraverso la determinazione di quale fosse, nel caso concreto, la scelta imprenditoriale "migliore" per consentire l'efficientamento dell'impresa.

Da quanto appena brevemente riportato emerge chiaramente la sussistenza di tutti i presupposti e di tutte le ragioni per ritenere applicabile la *Business Judgment Rule* alle scelte *extra* 2086. Queste ultime, d'altra parte, come già osservato in precedenza, corrispondono sostanzialmente a quelle che alcuni autorevoli Autori hanno definito «misure organizzative»²⁷⁴ o «scelte di organizzazione»²⁷⁵, considerate in ogni caso parificabili alle scelte imprenditoriali²⁷⁶, quanto al regime di responsabilità degli amministratori per la produzione di danni a carico della società nell'assunzione di scelte di tale tipologia.

8. (segue): le scelte organizzative "miste": una categoria esistente?

Resta da vedere se, oltre alle due categorie di scelte organizzative già esaminate, possa darsi una terza categoria di scelte organizzative: in particolare, quella delle scelte "miste", cioè che riuniscono in loro sia elementi caratteristici delle scelte strumentali all'agire legittimo degli amministratori sia elementi tipici delle scelte *extra* 2086. Inoltre, in caso di risposta positiva, è necessario determinare quale possa essere il regime di responsabilità degli amministratori in caso di

²⁷⁴ Cfr. CALANDRA BUONAURA V., *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, cit. (nt. 55), p. 13.

²⁷⁵ Cfr. MONTALENTI P., *Le riforme del codice civile: assetti organizzativi societari*, cit. (nt. 221), p. 46.

²⁷⁶ Sull'applicabilità della *BJR* alle scelte di questo tipo la letteratura, benché spesso aspecifica (in quanto riferita a tutte le scelte organizzative, senza distinzione in base alla finalità perseguita dalle stesse), è molto vasta: cfr. gli Autori già richiamati alla precedente nt. 222 nonché MONTALENTI P., *ibidem*.

produzione di un danno a carico della società riconducibile all'assunzione di una scelta appartenente all'ipotetico *tertium genus*.

L'interrogativo sorge per il fatto che, nella complessità dell'agire imprenditoriale, non pare arduo che il giudice, adito per la responsabilità dell'organo amministrativo derivante da attività organizzativa, si trovi di fronte a scelte che non siano immediatamente ed esattamente riconducibili all'una o all'altra delle categorie elaborate, presentando elementi di promiscuità. Tale circostanza è resa ancor più probabile in ragione della presenza di un già rilevato profilo concorrenziale che, per quanto si estrinsechi al massimo nell'ambito delle scelte *extra* 2086, riguarda anche le scelte *ex* 2086.

Ebbene, si crede che una soluzione alla questione possa essere offerta già partendo dalla circostanza da ultimo evidenziata, relativa alla presenza di un elemento concorrenziale nelle scelte *ex* 2086. La presenza di tale elemento, insomma, giustifica l'applicazione di valutazioni di efficienza economica all'assunzione di scelte strumentali all'agire legittimo degli amministratori e fa sì che si ritengano ammissibili – come si è già fatto nel paragrafo 6 – determinate esimenti alla responsabilità organizzativa per scelte *ex* 2086, riconducibili alla scarsità di risorse economiche a disposizione dell'organo amministrativo²⁷⁷. Ne deriva che, qualora una scelta che risulti essere sia strumentale all'agire legittimo degli amministratori sia finalizzata all'efficientamento dell'impresa in ragione del fatto che il procedimento che conduce alla sua assunzione risulta essere caratterizzato da valutazioni di natura economica e di efficienza, questa non dovrà essere considerata una scelta “mista”, bensì semplicemente una scelta *ex* 2086. Quest'ultima, infatti, essendo adottata all'interno di un'organizzazione che si regge su requisiti di economicità, per sua natura coinvolge valutazioni di opportunità che hanno anche natura concorrenziale.

Questa conclusione rimane valida fintantoché vi sia una connessione stretta tra la finalità di legittimità e la finalità di efficientamento: quando, in altri termini, le due finalità siano inscindibilmente incorporate in un'unica decisione di natura

²⁷⁷ Cfr. MIRONE A., *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta*, cit. (nt. 160), p. 38.

organizzativa, la quale, nell'essere adottata al fine di istituire o aggiornare l'assetto "minimo" ex art. 2086, comma 2, c.c., si fondi anche su considerazioni concorrenziali o di ottimizzazione delle risorse disponibili. Quando invece tale inscindibilità non si riscontra, si ritiene che il giudice debba operare una distinzione tra (almeno) due scelte assunte nel caso di specie: da una parte, una scelta organizzativa ex 2086 nella parte in cui la finalità è stata quella di garantire la legittimità dell'agire imprenditoriale e, dall'altra parte, una scelta organizzativa extra 2086 nella parte in cui la finalità è stata quella di migliorare l'efficienza organizzativa della società.

Alla luce di tutto ciò, si può concludere che non si rinviene un *tertium genus* di scelte organizzative: tutte le scelte che perseguono in maniera inscindibile l'efficienza e l'istituzione dell'assetto "minimo" devono essere considerate scelte ex 2086; in caso di scindibilità, invece, si dovranno individuare due distinte scelte, una ex 2086 e l'altra extra 2086.

Ad ogni modo, seguendo l'approccio proposto nel presente lavoro, il giudice dovrà determinare caso per caso la natura della scelta adottata dall'organo amministrativo e applicare il corrispondente regime di responsabilità. Peraltro, in applicazione delle linee guida indicate sopra (che escludono che le scelte ex 2086 possano beneficiare del *safe harbor* della *BJR*) sarà generalmente interesse dell'organo amministrativo chiamato a rispondere di eventuali danni cagionati alla società quello di sostenere che la scelta adottata rientra tra quelle funzionali all'efficientamento dell'impresa, in modo da poter beneficiare del *judicial restraint*.

Ebbene, nella determinazione da parte del giudice della riconducibilità della scelta organizzativa a una o l'altra tipologia, saranno dunque gli amministratori convenuti a dover dimostrare che la scelta adottata era finalizzata all'efficientamento dell'impresa e quindi l'applicabilità della *BJR* nel caso di specie: e ciò sia perché gli amministratori, in quanto destinatari di un'obbligazione contrattuale, sono gravati ex lege dell'onere probatorio ai sensi dell'art. 1218 c.c.²⁷⁸, sia perché interessati a far valere un'esclusione della loro responsabilità e quindi gravati

²⁷⁸ Fermo restando il "rafforzamento" dell'onere probatorio gravante su parte attrice di cui si è detto in precedenza (cfr. *supra* nt. 269).

dell'onere di provare i fatti che fondano tale esclusione ai sensi del secondo comma dell'art. 2697 c.c. Per provare una simile circostanza, si ritiene che l'organo amministrativo sia chiamato a sostenere e dimostrare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, secondo la misura di diligenza esigibile in concreto dagli amministratori, era già adeguato alla prevenzione di quel tipo di danno poi in concreto verificatosi e che, dunque, la scelta adottata – volta solo all'efficiamento dell'impresa – non avrebbe avuto impatto sull'assetto “minimo” imposto dall'art. 2086, comma 2, c.c.

9. Esiti pratici della soluzione proposta

Completata la categorizzazione delle scelte organizzative in via teorica e completato altresì l'esame relativo ai regimi di responsabilità applicabilità per danni derivanti dalle diverse tipologie di scelte organizzative, pare opportuno concludere la trattazione con alcuni esempi concreti, esaminando in quali casi potrebbe venire in aiuto la soluzione proposta in questo lavoro e formulando alcune ipotesi di trattamento da parte di giurisprudenza e dottrina delle circostanze concrete.

Un primo esempio, forse caratterizzato da una certa complessità, può anzitutto dare idea degli effetti dell'approccio proposto in questo capitolo. Si immagini una società che intende avviare una rilevante campagna *marketing* che viene effettuata mediante la pubblicazione di contenuti *online*. Il processo aziendale di creazione e approvazione dei contenuti *marketing* non prevede una revisione dei contenuti medesimi da parte di consulenti interni o esterni competenti per l'effettuazione di valutazioni d'impatto reputazionale o di immagine aziendale. La messa a punto del processo è stata adeguatamente documentata da parte dell'organo amministrativo, che ha ritenuto preferibile non implementare una *review* d'impatto reputazionale nel processo di approvazione dei contenuti *marketing* in ragione del fatto che tale passaggio avrebbe determinato un allungamento dei tempi necessari per l'approvazione e la diffusione dei contenuti in questione. Ebbene, la campagna in questione viene effettuata e questa, per il modo in cui è strutturata, cagiona un grave danno d'immagine alla società, con una drastica riduzione del fatturato su base

mensile, a causa di campagne di boicottaggio dei prodotti venduti dalla società medesima.

Ora, nella circostanza descritta (che potrebbe sembrare curiosa ma non risulta invero del tutto inusuale nella pratica), è evidente che la decisione assunta dall'organo amministrativo non si è posta, nel merito, in violazione di una specifica norma di legge: non si rinviene nell'ordinamento una specifica disposizione che imponga la revisione che è mancata né la scelta di una campagna *marketing* dannosa per l'immagine della società può dirsi *di per sé* una violazione di legge. Eppure, la scelta imprenditoriale è stata in qualche modo “viziata” da una carenza organizzativa, determinata a sua volta da una scelta consapevole dell'organo amministrativo. In altri termini, nel caso di specie, la responsabilità deriva esclusivamente da una carenza organizzativa dell'impresa, consistente nella mancata inclusione, all'interno del processo di approvazione dei contenuti *marketing*, di una revisione d'impatto reputazionale: la mancanza di tale revisione ha comportato l'impossibilità per gli amministratori di effettuare una scelta (imprenditoriale) adeguatamente informata, dal momento che questi non potevano essere consapevoli del potenziale impatto reputazionale della decisione in questione²⁷⁹.

Ora, se a una situazione quale quella appena descritta dovesse applicarsi l'orientamento di chi ritiene che il campo della *Business Judgment Rule* debba estendersi anche a *tutte* le scelte organizzative, il rischio sarebbe quello della giustificabilità da parte dell'organo amministrativo della scelta di non prevedere una revisione d'impatto reputazionale, tenuto a mente che di certo l'inclusione della revisione in parola non risponde a un obbligo specifico degli amministratori. Seguendo l'impostazione in parola, per poter affermare la responsabilità degli

²⁷⁹ Ipotesi completamente diversa sarebbe quella in cui, nel processo, la revisione d'impatto reputazionale fosse stata presente e in cui, in seguito a una rappresentazione del relativo rischio da parte dei consulenti a ciò adibiti, l'organo gestorio avesse deciso di adottare comunque la – rischiosa – strategia di comunicazione. In tal caso, non vi sarebbero carenze organizzative da rilevare e l'unico elemento da valutare sarebbe la scelta puramente imprenditoriale, sulla base del procedimento decisorio effettivamente svolto. Evidentemente, si dovrebbe far applicazione della *BJR* e, per poter affermare una responsabilità dell'organo amministrativo, si dovrebbe far ricorso al principio della irrazionalità/irragionevolezza della scelta rispetto al procedimento decisorio adottato. Anche qui, torna utile il già citato brocardo “*ignorantia aleae non excusat; scientia aleae excusat*” (cfr. BARCELLONA E., *Business Judgment Rule e interesse sociale nella “crisi”*, cit. (nt. 75), p. 30).

amministratori nel caso di specie si dovrebbe sostenere che la scelta di non includere la revisione di impatto reputazionale – che, come si è detto, è stata adeguatamente informata – sarebbe irrazionale/irragionevole rispetto al procedimento decisorio effettuato, il che risulterebbe di particolare difficoltà. La conseguenza sarebbe che i soci dovrebbero subire integralmente il danno derivante da una decisione assunta dagli amministratori in mancanza di un quadro informativo completo, a causa di una consapevole scelta organizzativa che – sulla base di valutazioni di opportunità – ha determinato l’omissione di presidi organizzativi strumentali all’acquisizione delle informazioni necessarie per l’assunzione di scelte imprenditoriali legittime (in quanto pienamente informate).

Ebbene, non sembra che questa soluzione della vicenda possa essere considerata soddisfacente ed equilibrata dal punto di vista di allocazione del rischio di danni all’impresa. In particolare, i soci si troverebbero a dover subire la concretizzazione di un rischio gravante invero sull’organo amministrativo, poiché derivante sostanzialmente dalla violazione del dovere di agire in modo informato, a causa della inadeguatezza dell’assetto organizzativo messo a punto dai soggetti a ciò obbligati.

Ben diversa (e, a parere di chi scrive, più soddisfacente ed equilibrata) sarebbe la conclusione a cui si giungerebbe seguendo l’impostazione proposta in questo lavoro. Sulla base di questa, infatti, il giudice dovrebbe constatare anzitutto che la scelta gestoria è stata assunta sulla base di un processo decisionale carente e che tale carenza è riconducibile a una decisione di natura organizzativa. In seguito, il giudice dovrebbe determinare a quale categoria di scelta organizzativa la decisione è riconducibile, concludendo per la riconducibilità alle scelte *ex* 2086, con conseguente inapplicabilità della *BJR*. Sulla base di questo, l’organo giudicante dovrebbe esaminare in concreto l’assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società e determinarne, con l’eventuale supporto di periti in scienze aziendalistiche, qual era la prestazione organizzativa esigibile e se l’adeguamento dell’assetto attraverso la previsione di una *review* di impatto reputazionale potesse essere pretesa dalla società creditrice. A parere di chi scrive, è sulla base di tale processo logico-decisionale che dovrebbe essere assunta una decisione in merito alla responsabilità

degli amministratori nel caso in discussione, con la probabile emissione di una condanna risarcitoria a carico dell'organo amministrativo per aver omesso l'adozione di presidi organizzativi adeguati a garantire la legittimità dell'agire imprenditoriale.

Ma anche esempi meno specifici (e meno intricati) possono rendere l'idea delle conseguenze concrete dell'adozione dell'approccio proposto in questo capitolo. È evidente, ad esempio, che rientra tra le scelte organizzative strumentali alla legittimità dell'agire imprenditoriale quella di istituire, nelle imprese di grandezza apprezzabile, un momento di raccordo tra l'organo gestorio e la funzione aziendale adibita all'individuazione dei rischi legali di determinate operazioni, altrimenti è chiaro che le decisioni sarebbero assunte senza avere una chiara percezione dei rischi correlati e, in altri termini, in modo non informato²⁸⁰. Così, una decisione assunta senza considerare, ad esempio, il grave rischio di contenzioso derivante da una scelta gestoria può potenzialmente cagionare alla società danni che i soci o gli altri soggetti portatori di un interesse giuridicamente tutelato (ad es., gli organi della procedura in caso di apertura di liquidazione giudiziale o singoli soci o terzi) presumibilmente tenteranno di far ricadere sui gestori della società.

Parimenti, è necessario – in maniera forse ancor più evidente, data la chiara formulazione dell'art. 2086, comma 2, c.c. – in primo luogo dotare la funzione contabile di strumenti e di risorse adeguate a consentire la corretta rilevazione dei fatti contabili in modo che essi siano correttamente rappresentati nei documenti contabili interni e, in secondo luogo, istituire qualche forma di reportistica aziendale finalizzata all'emersione dei dati contabili, anche al fine di rilevare tempestivamente eventuali situazioni di crisi o di perdita della continuità aziendale. Così, in mancanza di un tale presidio organizzativo che funzioni in maniera efficace, gli amministratori corrono il rischio concreto di essere chiamati a rispondere, da parte degli organi della procedura eventualmente nominati, dell'aggravamento della situazione patrimoniale della società quando le carenze organizzative hanno impedito la tempestiva rilevazione della situazione di crisi o di perdita della continuità aziendale.

²⁸⁰ Si badi che qui non si fa riferimento alle ipotesi in cui la mancanza di tale processo aziendale comporti l'adozione di scelte *contra legem*, dalle quali deriva senz'altro una responsabilità dell'organo gestorio.

È chiaro che la mancanza (o l'insufficienza) di questi meccanismi renderebbe l'assetto organizzativo inadeguato e, in tali ipotesi, non si ritiene certo equilibrato da un punto di vista di allocazione del rischio che l'organo amministrativo possa invocare la propria libera decisione – ad esempio in ossequio a una maggiore capacità di risparmio di risorse aziendali²⁸¹ – di non adottare tali presidi o di adottarli in modo insufficiente. E infatti, come già si è detto a più riprese, un tale processo decisionale comporterebbe l'assunzione da parte degli amministratori di un rischio propriamente giuridico²⁸² (in particolare, quello di inadeguatezza dell'assetto) che non può mai essere accettato e che, quindi, non può essere oggetto di bilanciamento con gli altri fattori che guidano una decisione imprenditoriale.

Probabilmente, la chiave di lettura offerta dal presente lavoro porta a soluzioni concrete sostanzialmente equiparabili a quelle già individuate da una parte della dottrina e dalla giurisprudenza di merito, ma sulla base di una – si ritiene – maggiore correttezza dogmatica e maggiore certezza applicativa delle norme in materia di responsabilità degli amministratori.

Negli esempi fatti sopra, si può immaginare che la giurisprudenza di merito, seguendo gli esempi dettati dai precedenti riportati al paragrafo 4 del presente capitolo, concluderebbe per la responsabilità dell'organo amministrativo sfruttando alternativamente il “limite” della irrazionalità/irragionevolezza della scelta (che esclude l'applicabilità della *BJR*)²⁸³ o lo “stratagemma” della inesistenza *in toto* dell'assetto organizzativo²⁸⁴. Si può ritenere che molta della dottrina che ammette l'applicabilità indiscriminata della *BJR* alle scelte organizzative degli

²⁸¹ Diversa è invece l'ipotesi in cui gli amministratori dovessero opporre l'*insufficienza* delle risorse economiche aziendali o l'impossibilità di reperire adeguata professionalità sul mercato. In tale ipotesi, mediante una valutazione da effettuarsi sempre caso per caso, si potrebbe individuare un'esimente per la responsabilità dell'organo gestorio sulla base dell'art. 1218 c.c. Cfr., a riguardo, MIRONI A., *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta*, cit. (nt. 160), p. 38.

²⁸² Cfr., sul punto, il già citato scritto di MAUGERI M., *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, cit. (nt. 20), p. 8.

²⁸³ Cfr., Trib. Roma, 8 aprile 2020, cit. (nt. 65).

²⁸⁴ Cfr., Trib. Cagliari, 19 gennaio 2022, cit. (nt. 65), nonché Trib. Catania, 8 febbraio 2023, cit. (nt. 65).

amministratori seguirebbe probabilmente la linea della giurisprudenza appena richiamata, ampliando quindi l'ambito di non applicabilità del *judicial restraint*.

La giurisprudenza di legittimità, a sua volta, ove seguisse l'esempio del precedente del 2023 citato al precedente paragrafo 4²⁸⁵, potrebbe considerare irrazionali o irragionevoli le scelte gestorie assunte sulla base dell'assetto inadeguato per poi sottoporle a scrutinio di merito.

Per quanto conformi nella soluzione all'impostazione proposta in questo lavoro, non si concorda, da un punto di vista dogmatico e di classificazione, con le motivazioni che conducono alle soluzioni riportate.

Di certo, infatti, in situazioni come quelle descritte negli esempi portati sopra, non si può parlare di carenza *in toto* di assetti organizzativi, salvo ritenere che tale carenza ricorra anche nel momento in cui, rispetto a uno solo dei numerosi rischi che l'assetto mira a scongiurare, non siano stati messi a punto presidi²⁸⁶. È chiaro che però un'interpretazione così ampia della circostanza della carenza *in toto* dell'assetto, oltre a porre seri dubbi lessicali sul significato stesso di *carenza* (intesa quale sinonimo di radicale inesistenza), risulta essere talmente prossima al concetto di inadeguatezza dell'assetto da risultare a essa sovrapponibile. Con il risultato che, ogniqualvolta un assetto dovesse risultare inadeguato, esso sarebbe "carente" *in toto* rispetto a uno specifico presidio: in tal modo la differenza tra i due orientamenti (quello che ritiene la *BJR* applicabile alle scelte in merito agli assetti e quello che non la ritiene applicabile) si risolverebbe in una mera discordanza lessicale. Ma così non è: bisogna riconoscere che in tali circostanze – quali quelle esemplificate – l'assetto è esistente, ma è insufficiente o, meglio, *inadeguato*.

D'altra parte, non si ritiene neppure che, nelle ipotesi oggetto di esempio, si possa affermare la irrazionalità/irragionevolezza delle scelte dell'organo gestorio. Si è già detto a più riprese che la irrazionalità o irragionevolezza costituisce limite per l'applicabilità della *Business Judgment Rule* nella misura in cui il procedimento

²⁸⁵ Cass. Civ., Sez. I, 24 gennaio 2023, n. 2172.

²⁸⁶ Ad esempio, l'ipotesi in cui non sia stato messo a punto *in toto* un meccanismo di *reporting* all'organo gestorio dei dati contabili aziendali.

decisorio seguito dagli amministratori sia corretto (e abbia quindi consentito di conoscere le informazioni necessarie all'assunzione della decisione e di apprezzare i relativi rischi), ma la decisione assunta all'esito del relativo processo sia del tutto incoerente con lo stesso²⁸⁷. Insomma, l'irrazionalità/irragionevolezza è frutto di una patologia che si innesta nel momento di collegamento tra il processo decisorio e la decisione medesima. Sul punto bisogna distinguere due possibili tipi di irrazionalità/irragionevolezza. Il primo tipo riguarda la scelta organizzativa medesima, ma in tal caso si dovrebbe esaminare il procedimento decisorio che ha condotto all'assunzione della scelta organizzativa e verificare l'incoerenza della scelta con gli esiti del processo medesimo, non senza difficoltà. Il secondo tipo riguarda la scelta gestoria, assunta sulla base di informazioni incomplete a causa di un assetto organizzativo inadeguato: in tal caso non si può però parlare di irrazionalità/irragionevolezza, poiché il vizio non si innesterebbe nel momento di collegamento tra processo decisorio e decisione ma in un momento precedente, e cioè proprio nel processo che porta alla decisione. In altri termini, si tratterebbe in ogni caso di un'inadeguatezza organizzativa, che determina poi una scelta imprenditoriale non correttamente informata e quindi illegittima.

Si ritiene che le impostazioni da ultimo riportate, dunque, siano fonte di confusione interpretativa e impediscano lo sviluppo di un'interpretazione che faccia chiarezza nel trattamento della responsabilità organizzativa degli amministratori. La soluzione proposta nelle pagine precedenti, invece, ad avviso di chi scrive, è idonea a consentire maggiore certezza interpretativa delle situazioni oggetto degli esempi.

In particolare, in seguito all'accertamento da parte del giudice che, negli esempi di cui sopra, la criticità ha riguardato la fase organizzativa dell'impresa (dunque, le scelte organizzative), la valutazione subito successiva dovrebbe riguardare la natura di tali scelte. Una volta determinato che esse, pur richiedendo

²⁸⁷ Cfr., sul punto, BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit. (nt. 9), p. 452 e spec. nt. 116, ove si sostiene che la ragionevolezza debba essere intesa come «coerenza logica di una decisione rispetto alle risultanze dell'istruttoria» e che, in questo senso, non esista una distinzione tra la ragionevolezza e la razionalità.

l'esercizio di una certa discrezionalità (tecnica)²⁸⁸ da parte dell'organo amministrativo, devono ritenersi strumentali al legittimo agire imprenditoriale (nel senso che, in mancanza di scelte corrette in tale ambito, l'assetto "minimo" imposto dall'art. 2086, comma 2, c.c. risulta essere inadeguato agli scopi da esso perseguiti), il giudice investito della decisione sulla vicenda può spingersi nel merito dell'agire organizzativo degli amministratori. Tale attività potrà essere eseguita anche con l'assistenza di consulenti tecnici che, sulla base delle scienze aziendalistiche, lo supportino nella concretizzazione del livello diligenza esigibile dall'organo amministrativo nel caso di specie, individuando la condotta modello che l'amministratore quale quello coinvolto nel giudizio avrebbe dovuto tenere per garantire l'adeguatezza dell'assetto.

In modo speculare rispetto a quanto detto finora, quando invece la scelta organizzativa sottoposta al giudice dovesse essere riconducibile alla categoria delle scelte volte all'efficientamento dell'impresa, si dovrebbe ritenere applicabile la *BJR*: in tal caso, il sindacato del giudice potrebbe abbracciare esclusivamente il procedimento decisionale che ha condotto all'assunzione della scelta *extra* 2086.

Così, ad esempio, si potrebbe risolvere la vicenda sottoposta al Tribunale di Roma nell'aprile 2020²⁸⁹, ove si discuteva della scelta dell'organo amministrativo di assumere numerose risorse (ancora prima che l'attività di gestione dell'impresa fosse avviata). In mancanza di un collegamento esplicito tra l'assunzione delle risorse considerate in eccesso e l'istituzione dell'assetto organizzativo, si ritiene che la scelta organizzativa debba essere considerata estranea a quelle rese obbligatorie dall'art. 2086, comma 2, c.c. e che, dunque, a essa debba essere applicata la *Business Judgment Rule*. La circostanza che la scelta organizzativa oggetto di scrutinio da parte del Tribunale di Roma nel caso di specie sia una scelta *extra* 2086 consente

²⁸⁸ Cfr., sul punto, LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, cit. (nt. 8), pp. 6-7. V. anche CALANDRA BUONAURO V., *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, cit. (nt. 55), pp. 12-13, che giustifica la disapplicazione della *Business Judgment Rule* a scelte di questo tipo sulla base di una sorta di funzionalizzazione della discrezionalità amministrativa, che si misura in base al raggiungimento dell'obiettivo perseguito (*i.e.*, in questo caso, quello dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile).

²⁸⁹ Cfr., Trib. Roma, 8 aprile 2020, cit. (nt. 65).

di comprendere con più agio la grande fermezza con cui il collegio ha ritenuto applicabile il *judicial restraint* alle scelte organizzative in generale²⁹⁰: è chiaro che il ragionamento svolto dal Tribunale è pienamente applicabile alle scelte organizzative quali quella presa in considerazione dai giudici nel caso concreto loro sottoposto.

Parimenti, anche alcune opinioni emerse in dottrina potrebbero essere meglio giustificate se si adotta l'approccio descritto nel presente lavoro. Si fa riferimento in particolare alla posizione di Sabino Fortunato, il quale in numerosi contributi²⁹¹ ha sostenuto l'applicabilità della *Business Judgment Rule* alle scelte organizzative, sulla base del livello di discrezionalità riconosciuto all'organo amministrativo nell'assunzione di tali scelte. Ebbene, al di là delle affermazioni "di principio" riconducibili all'Autore in questione, risulta rilevante il fatto che, al fine di evidenziare la presenza di una discrezionalità imprenditoriale nelle scelte organizzative, egli porta quale esempio la scelta se aprire uno stabilimento produttivo in una regione o in un'altra²⁹². Certo, nell'esempio portato da Sabino Fortunato, non ci sono dubbi circa la necessità di utilizzo, da parte dell'organo amministrativo, di

²⁹⁰ La pronuncia – lo si ricorda – recita: «la funzione organizzativa rientra pur sempre nel più vasto ambito della gestione sociale e [...] essa deve necessariamente essere esercitata impiegando un insopprimibile margine di libertà, per cui le decisioni relative all'espletamento della stessa vengono incluse tra le decisioni strategiche. [...] [L'] obbligo organizzativo può essere efficacemente assolto guardando non tanto a rigidi parametri normativi [...], quanto ai principi elaborati dalle scienze aziendalistiche ovvero da associazioni di categoria o dai codici di autodisciplina. Così, [...] l'esistenza di un ambito discrezionale entro il quale gli amministratori possono compiere le loro scelte aventi carattere organizzativo deriva dal fatto che il legislatore ha utilizzato come criterio di condotta, a cui essi devono attenersi nella configurazione e nella verifica degli assetti societari, la clausola generale dell'adeguatezza e, dunque, una clausola elastica, al pari, della clausola di diligenza dovuta nel realizzare una scelta imprenditoriale. In definitiva, la scelta organizzativa rimane pur sempre una scelta afferente al merito gestorio, per la quale vale il criterio della insindacabilità e ciò pur sempre nella vigenza dei limiti sopra esposti e, cioè, che la scelta effettuata sia razionale (o ragionevole), non sia *ab origine* connotata da imprudenza tenuto conto del contesto e sia stata accompagnata dalle verifiche imposte dalla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico».

²⁹¹ Cfr., FORTUNATO S., *Atti di organizzazione, principi di correttezza amministrativa e Business Judgment Rule*, cit. (nt. 93), p. 1373 ss.; ID., *Assetti organizzativi e crisi d'impresa: una sintesi*, cit. (nt. 8), p. 549 ss.; ID., *Assetti organizzativi dell'impresa nella fisiologia e nella crisi*, cit. (nt. 26), p. 901 ss.

²⁹² Cfr., FORTUNATO S., *Assetti organizzativi e crisi d'impresa: una sintesi*, cit. (nt. 8), p. 578, ove: «Decidere se aprire uno stabilimento in Calabria piuttosto che in Piemonte è certo una scelta organizzativa che implicherà numerose valutazioni tecniche, ma che esige a monte una decisione sulla localizzazione che riguarda una inevitabile "discrezionalità amministrativa", poiché fra le varie alternative di sviluppo del *business* gli amministratori dovranno decidere tenendo conto anche delle risorse (proprie o di terzi) disponibili e di tanti altri fattori».

una discrezionalità propriamente imprenditoriale nell'assunzione della scelta in questione, la quale include al suo interno *unternehmerischen Entscheidungen* che tengono in considerazione numerosi fattori economici, finanziari e di opportunità, rispetto ai quali l'elemento di unione è costituito dalla capacità imprenditoriale dell'organo gestorio, al quale senz'altro i giudici non possono sostituirsi, come già determinato al precedente paragrafo 7. Insomma, così come si è detto con riferimento alla pronuncia del Tribunale di Roma dell'aprile 2020, parimenti si concorda con la soluzione proposta dall'Autore in parola, limitatamente però ai casi concreti esaminati. Ma pare altresì che le posizioni appena esaminate siano state troppo *tranchant* relativamente all'applicabilità della *BJR* alle scelte organizzative proprio a causa della mancata distinzione tra scelte organizzative sulla base della loro funzione.

In conclusione, si ritiene che l'approccio proposto nel presente lavoro possa rivelarsi utile a fare maggiore chiarezza relativamente al regime di responsabilità degli amministratori derivante dalla violazione di obblighi organizzativi, attraverso una distinzione tra scelte organizzative basata sulla loro funzionalizzazione, e cioè sulla finalità perseguita dalle medesime. In questo modo, si crede che possa essere consentita maggiore certezza sia nell'attività amministrativa sia nell'attività giurisdizionale.

CONCLUSIONI

In conclusione del presente lavoro, si ritiene opportuno svolgere alcune osservazioni riassuntive rispetto alle soluzioni proposte e confrontare tali soluzioni con alcune brevi considerazioni di sistema relative all'ambito dell'organizzazione dell'impresa e al suo utilizzo da parte del legislatore – accanto ad altri strumenti – nel perseguimento di obiettivi ulteriori rispetto a quelli su cui convergono gli interessi degli *stakeholders* più “vicini” all'impresa (i soci, gli amministratori, i creditori).

Nel tentativo di offrire una soluzione al problema relativo all'applicabilità o meno della *Business Judgment Rule* alle scelte organizzative degli amministratori – tema di particolare rilevanza soprattutto alla luce delle modifiche introdotte dal codice della crisi all'art. 2086 c.c. –, si è preso avvio dal concetto di organizzazione dell'impresa, partendo dal suo significato nella definizione stessa di “imprenditore” (art. 2082 c.c.) ed esaminando gli sviluppi normativi degli ultimi trent'anni. Ciò ha consentito di rilevare come, negli ultimi decenni, si sia assistito a un accrescimento della rilevanza del fattore organizzativo come elemento di obbligo – e di correlata responsabilità – dell'organo amministrativo dell'impresa, mediante l'imposizione di obblighi organizzativi dapprima sugli organi amministrativi di società di particolare rilevanza sistemica, fino ad arrivare all'estensione di tali obblighi a tutti gli imprenditori operanti in forma societaria o collettiva. Esaminata anche molto brevemente la materia della responsabilità degli amministratori di società per azioni nei confronti della società medesima, si è presentato il problema della determinazione di quale debba essere il regime di responsabilità applicabile alle scelte organizzative che si rivelino dannose per la società.

Nell'esame della responsabilità degli amministratori, si è fatto riferimento alla *Business Judgment Rule*, quale regola di giudizio che limita il sindacato del giudice, impedendo a quest'ultimo di svolgere valutazioni di merito rispetto a scelte di natura imprenditoriale, di esclusiva competenza dell'organo amministrativo. Al

fine di comprendere a fondo il problema e di offrire una soluzione allo stesso, si è quindi esaminata la *BJR*, individuandone il contenuto e ripercorrendone l'evoluzione storica, a partire dalle prime pronunce giurisprudenziali statunitensi sino a giungere a quelle che ne hanno cristallizzato il contenuto. La medesima attività è stata poi svolta relativamente alle pronunce che si sono susseguite nella giurisprudenza italiana, a partire dalle prime edite, risalenti agli anni '60 dello scorso secolo. In seguito, si è passati all'esame della *ratio* del *judicial restraint* e, a tal proposito, si sono individuati due elementi che la compongono: da una parte, un elemento definito "statico", finalizzato cioè a evitare un'eccessiva responsabilizzazione dell'organo amministrativo; dall'altra parte un elemento definitivo "dinamico", finalizzato a evitare, in fase giurisdizionale, pronunce ingiuste da parte dei giudici aditi o una loro invasione nell'ambito della gestione imprenditoriale, spettante esclusivamente agli amministratori. Infine, sempre nell'ambito dell'esame della *BJR*, se ne è analizzato l'ambito applicativo, individuando le quattro caratteristiche principali della *unternehmerische Entscheidung*: non imposizione, discrezionalità, incertezza e rischio (economico).

Giunti a tale punto della trattazione, si sono riuniti i filoni principali (l'organizzazione dell'impresa e la responsabilità degli amministratori, nella specie della *BJR*) e si è tentato di dettare un criterio per determinare l'applicabilità o meno del *judicial restraint* alle scelte organizzative. Per fare ciò, si è in primo luogo descritta ed esaminata la "scelta organizzativa", determinandone anzitutto l'esistenza nella realtà imprenditoriale e giuridica e analizzandone le caratteristiche e le fonti (con particolare riferimento, oggi, all'art. 2086, comma 2, c.c.). Così facendo, si è introdotta la questione relativa all'oggetto dell'obbligo di cui alla norma appena citata, consistente nella messa a punto di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, dunque in grado di consentire il corretto rilevamento dei fatti contabili e gestori e la tempestiva trasmissione all'organo amministrativo delle informazioni necessarie all'adozione di scelte imprenditoriali adeguatamente informate. Contemporaneamente, si è rilevato che il ventaglio di possibili scelte organizzative non è esaurito dalle scelte obbligate dall'art. 2086, comma 2, c.c., ma che sono possibili numerose altre scelte, aventi

finalità diverse. Successivamente, si è determinato che la scelta organizzativa intesa come *unicum* non può essere sempre e in ogni caso ricondotta alla scelta imprenditoriale e che, parimenti, non sempre ricorrono – con riferimento alle scelte organizzative – gli elementi che compongono la *ratio* della *BJR*, rendendo incerta l'applicazione di quest'ultima alla scelta organizzativa intesa come *unicum*. Tali incertezze sono state confermate anche dall'analisi della più recente giurisprudenza sul punto nonché delle posizioni discordanti della dottrina. Si è dunque proposta, quale soluzione, quella di operare una distinzione “funzionale” tra scelte organizzative, individuando quelle finalizzate al rispetto del dovere imposto dall'art. 2086, comma 2, c.c. e quelle che perseguono invece la finalità di efficientamento dell'impresa. Si è poi concluso per la non applicabilità della *BJR* alle scelte *ex* 2086, sulla base di una serie di ragioni: (i) non riconducibilità di queste scelte alla *unternehmerische Entscheidung*; (ii) non ricorrenza, rispetto alle scelte *ex* 2086, della *ratio* della *BJR*; (iii) afferenza delle scelte in questione alla legittimità dell'agire imprenditoriale, ambito in cui il *judicial restraint* non può operare senza conseguenze incoerenti da un punto di vista sistematico; (iv) coerenza della soluzione con la tendenza all'oggettivizzazione della colpa che si riscontra da anni in sede civilistica; (v) insufficienza delle possibili ulteriori obiezioni alla conclusione proposta (*i.e.*, assenza di eccessivo paternalismo del legislatore e di un'eccessiva estensione della responsabilità dell'organo amministrativo). Al contrario, con riferimento alle scelte *extra* 2086, si è concluso per l'applicabilità a queste della *BJR*, essendo tali scelte riconducibili alla *unternehmerische Entscheidung* e ricorrendo la *ratio* del *judicial restraint*. In conclusione dell'analisi, si è esclusa l'esistenza di un *tertium genus* di scelte e si è proceduto alla verifica di alcuni esiti pratici della soluzione proposta.

Ciò ripreso, si ritiene che il presente lavoro si ponga all'interno di (nonché in linea con) un filone che richiederà nel corso del prossimo decennio numerose e ampie indagini rispetto a questioni collegate alla responsabilità degli amministratori derivante dalle loro scelte organizzative.

Tale circostanza rende anzitutto opportuno, negli anni a venire, continuare a monitorare la giurisprudenza di merito: e infatti, finora, tutte le decisioni individuate hanno affermato, in linea generale, l'insindacabilità nel merito delle scelte

organizzative, ma poi *tutte* – sulla base di un’esclusione o di un’altra – si sono spinte a un sindacato di merito delle medesime scelte. Ciò che bisogna fare è dunque stare a vedere se la tendenza descritta mantiene una coerenza anche nelle prossime pronunce a riguardo.

Anche quella dell’adeguatezza degli assetti, che, come si è visto, deve essere verificata in concreto dal giudice con l’eventuale supporto di periti tecnici, è questione che, prospetticamente, rivestirà un ruolo di particolare importanza nei prossimi anni. In particolare, gli sviluppi relevantissimi delle tecnologie informatiche (si pensi alla intelligenza artificiale, ma anche ai *software* statistici e di *data analytics*, al *machine learning*, ecc.) e la loro diffusione in quasi tutti gli ambiti della vita umana pongono il quesito di quale sarà l’impatto di un sempre maggior apporto tecnologico nell’istituzione e nel funzionamento degli assetti organizzativi²⁹³, specialmente quando si tratti della rilevazione dei fatti contabili e gestori e della trasmissione delle informazioni all’organo amministrativo. In particolare, si possono immaginare almeno due grandi quesiti ai quali si dovrà rispondere già nel corso del prossimo decennio: da una parte, se l’utilizzo dell’intelligenza artificiale o, comunque, di un relevantissimo apporto tecnologico rientri tra gli obblighi degli amministratori, integrando quel modello minimo di condotta richiesto a qualunque buon amministratore; dall’altra parte, come possano essere trattati eventuali “errori” del sistema organizzativo adottato, laddove gli errori in questione non dipendano da difetti di progettazione o implementazione del modello, ma da dinamiche successive di apprendimento automatico, svolte “in autonomia” dal modello.

²⁹³ Sul punto, alcuni già molto interessanti contributi in materia di intelligenza artificiale e di utilizzo della tecnologia nell’organizzazione e nella gestione dell’impresa sono contenuti nel volume AA.VV., *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale. In ricordo di Agostino Gambino*, a cura di N. Abriani e R. Costi, 2023, Milano, Giuffrè. In particolare, v. ENRIQUES L., ZORZI A., *Intelligenza artificiale e responsabilità degli amministratori*, p. 183 ss.; MORBIDELLI G., *Appunti sparsi sull’Intelligenza Artificiale (AI) nel governo dell’impresa*, p. 243 ss.; MÖSLEIN F., *Intelligenza artificiale e Corporate Digital Responsibility: gli sviluppi europei*, p. 261 ss.; CERRATO S.A., CULLASSO F., CROCCO E., “Handle with care”. *Per una governance dell’Intelligenza Artificiale nell’impresa: rischi, tecniche di gestione, assetti cibernetici*, p. 285 ss.; TOMBARI U., *Intelligenza artificiale, interesse sociale e sostenibilità nei codici di corporate governance e nella prassi societaria*, p. 327 ss.; BASTIA P., *Intelligenza artificiale e PMI*, p. 333 ss. Al di fuori di tale importante raccolta, si veda anche il contributo di MONTAGNANI M.L., PASSADOR M.L., *Il consiglio di amministrazione nell’era dell’intelligenza artificiale: tra corporate reporting, composizione e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2021, p. 121 ss.

Con riferimento invece alle questioni di sistema, viene in rilievo l'organizzazione dell'impresa come strumento di perseguimento di interessi collettivi. In proposito, si è già rilevato che nelle imprese di maggiori dimensioni, nell'ambito dell'attività svolta dagli amministratori, quella avente natura organizzativa sta diventando sempre più rilevante²⁹⁴, pertanto si può ritenere che è proprio sulla base di tale attività che l'organo gestorio sarà maggiormente valutato nel suo operato negli anni a venire. In tale prospettiva, si ritiene che uno scrutinio giudiziale che si spinge pure a esaminare il merito di una parte dell'attività organizzativa si ponga perfettamente in linea con l'evoluzione normativa riportata nel primo capitolo del presente lavoro; evoluzione che, se ridotta ai minimi termini, è consistita nella estensione della disciplina dapprima elaborata per le imprese di maggior rilevanza sistemica (quelle bancarie e quelle con azioni quotate in mercati regolamentati) a imprese via via individualmente meno rilevanti, ma collettivamente di massima importanza²⁹⁵.

Attraverso le prime disposizioni (in ordine cronologico) relative all'organizzazione dell'impresa (bancaria e di grandissime dimensioni), il legislatore ha tentato di perseguire una finalità di interesse pubblico²⁹⁶, a discapito di una porzione

²⁹⁴ Cfr., sul punto, CALANDRA BUONAURA V., *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, cit. (nt. 55), pp. 12-13.

²⁹⁵ Basti tener presente che le forme societarie in assoluto più diffuse in Italia, la società a responsabilità limitata, le società in nome collettivo e le società in accomandita semplice, sono risultate per diversi anni del tutto escluse da interventi normativi in merito alla loro organizzazione interna (considerato anche che queste forme societarie non possono essere destinatarie della disciplina speciale dettata dal TUB e dal TUF). Un intervento che però estendesse gli obblighi organizzativi anche alle imprese di minori dimensioni risultava necessario se l'obiettivo del legislatore era quello di rafforzare gli obblighi dell'organo gestorio nel perseguimento di una riduzione delle illegittimità nella gestione dell'impresa e delle ipotesi di crisi o perdita di continuità aziendale non individuate e dunque ignorate dagli amministratori. La rilevanza sistemica collettiva delle forme societarie diverse dalle società per azioni è evidentissima: esse, nel 2022, hanno rappresentato circa il 94,5% delle imprese attive in Italia e hanno impiegato il 64,2% degli addetti totali impiegati in società (fonte: elaborazione su dati Istat, consultabili al sito *web dati.istat.it*).

²⁹⁶ A dimostrazione della finalità pubblicistica perseguita dal legislatore attraverso gli obblighi organizzativi imposti, ad esempio, alle società con azioni quotate in mercati regolamentati, si ricorda che, come già detto, l'art. 149, comma 3, TUF prevede che il collegio sindacale delle società quotate comunichi alla Consob le eventuali irregolarità riscontrate nella propria attività di controllo sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società. A tal proposito, pare opportuno richiamare BAYER W., *Legalitätspflicht der Unternehmensleitung, nützliche Gesetzesverstöße und Regress bei verhängten Sanktionen – dargestellt am Beispiel von Kartellverstößen*, cit. (nt. 14), p. 103, che definisce la società quotata «*öffentliche Veranstaltung*», cioè “istituzione pubblica”.

di libertà organizzativa di tali imprese ritenute particolarmente rilevanti. L'adozione di una norma di legge che rende più facilmente e direttamente sanzionabile l'inadeguata organizzazione dell'impresa si pone dunque in linea di continuità con tale precedente orientamento normativo²⁹⁷ e sembra perseguire non solo il fine di un diffuso miglior esercizio dell'attività d'impresa anche nelle società di dimensioni inferiori, ma anche quello – ancor più direttamente esplicitato dall'art. 2086, comma 2, c.c. – di consentire un'emersione anticipata della crisi e della perdita di continuità aziendale, affinché l'organo amministrativo possa assumere tutte le iniziative volte alla tutela dell'impresa medesima nonché dei suoi creditori e, dunque, della collettività.

Detto ciò, considerate le finalità che hanno animato la modifica dell'art. 2086, comma 2, c.c. e in generale l'intero percorso normativo di incremento della rilevanza dell'organizzazione d'impresa²⁹⁸, risulta di particolare importanza evitare di “depotenziare” tale traguardo normativo²⁹⁹ mediante interpretazioni che – nella sostanza – riconducano l'organizzazione alla gestione imprenditoriale della società. Ciò in particolare perché l'applicabilità indiscriminata della *BJR* alle scelte organizzative comporterebbe il rischio di ignorare che l'esigenza organizzativa è – almeno in parte – funzionale alla corretta amministrazione dell'impresa (e pertanto alla rilevazione di situazioni di patologia economico-finanziaria³⁰⁰) e dunque al

²⁹⁷ Sulla rilevanza sostanzialmente pubblicistica del requisito dell'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, cfr. LIBERTINI M., *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, cit. (nt. 8), pp. 7-8. Inoltre, in materia cfr. anche ID., *Sulla legittimità costituzionale delle norme che impongono l'esclusività dell'oggetto sociale delle Società Organismi di Attestazione (S.O.A.) e vietano la partecipazione al capitale delle stesse da parte degli organismi di certificazione delle imprese*, nota a Corte Cost. 22 maggio 2013, n. 94, in *Giur. cost.*, 2013, p. 1668, ove la libertà d'impresa è definita «vigilata» ed è considerata subordinata ai valori di sicurezza, libertà e dignità umana, nonché all'utilità sociale prevista dalla Costituzione.

²⁹⁸ E infatti, di per sé, la modifica dell'art. 2086 c.c. non è stata considerata di particolare rilevanza da un punto di vista di obblighi degli amministratori, dal momento che il dovere di istituire assetti adeguati si considerava già immanente nel sistema (cfr. *supra*, nt. 23). Tuttavia, la modifica apportata dal codice della crisi risulta molto importante quanto meno perché indicativa della volontà del legislatore di ribadire la centralità degli obblighi organizzativi nell'esercizio dell'impresa.

²⁹⁹ Cfr., sul punto, MONTALENTI P., *Le riforme del codice civile: assetti organizzativi societari*, cit. (nt. 221), p. 46, che afferma che «relegare gli assetti organizzativi nello spazio libero della *business judgment rule* rischierebbe di indebolire uno degli obiettivi centrali della riforma».

³⁰⁰ Si è già detto in precedenza che la “de-patologizzazione” delle situazioni di crisi e di perdita della continuità aziendale deve essere intesa solo in termini giuridici, nel senso che non è più presente

perseguimento di un interesse collettivo “sistemico”, anche nel rispetto dell’art. 41 della Costituzione.

Così, in futuro (ma in parte già oggi) si dovrà sempre più tenere presente la rilevanza “collettiva” dell’attività d’impresa e dunque l’imposizione su di essa da parte del legislatore di obblighi che hanno una componente sociale o ambientale. D’altra parte, la centralità dell’impatto socio-ambientale dell’impresa emerge già con chiarezza nell’esame della disciplina nazionale e comunitaria³⁰¹ in materia *ESG*, rispetto alla quale non è questo il luogo per intrattenersi. Preme qui solo evidenziare che, al fine del rispetto dei requisiti *ESG*, si presta una particolare attenzione anche alla *corporate governance* come strumento di controllo delle esternalità negative dell’impresa sugli *stakeholders* diversi dai soggetti che vedono un proprio coinvolgimento diretto negli organi societari (amministratori, membri dell’organo di controllo, soci)³⁰².

In definitiva, la questione dell’organizzazione dell’impresa pone oggi e porrà senza dubbio ancora in futuro importanti interrogativi per le scienze giuridiche, invitando anche queste ultime a confrontarsi con altre discipline scientifiche, in particolare le scienze aziendalistiche ma anche quelle informatiche e legate alle implementazioni tecnologiche che negli ultimi anni stanno modificando – tra le numerose altre cose – anche il modo di esercizio dell’attività imprenditoriale. Gli interrogativi in questione dovranno essere letti e ad essi si dovrà dare risposte tenendo a mente anche le finalità collettive perseguite dal legislatore nella regolamentazione

nell’ordinamento una stigmatizzazione legata a tali situazioni né si presume che esse siano determinate necessariamente da condotte irresponsabili o illegittime dell’organo gestorio dell’impresa. Ciò non toglie, tuttavia, la natura economicamente e finanziariamente patologica di tali situazioni di difficoltà dell’impresa.

³⁰¹ Si fa riferimento in particolare agli obblighi di informazione non finanziaria previsti dalla Direttiva (UE) 2014/95 (NFRD) (recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 30 dicembre 2016, n. 254), agli obblighi di *reporting* in materia di sostenibilità previsti in primo luogo dal Regolamento (UE) 2019/2088 (SFDR) in materia di servizi finanziari e, in modo più generalizzato, dalla Direttiva (UE) 2022/2464 (CSRD), nonché agli obblighi di *sustainability due diligence* che saranno previsti dalla direttiva in materia di dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità (CSDDD), ancora oggetto di discussione nelle sedi istituzionali europee.

³⁰² In materia, cfr. le osservazioni introduttive relative alla funzionalizzazione dell’azione societaria rispetto (anche) a obiettivi di sostenibilità in MARCHETTI P., *Sull’attuazione del Codice di Corporate Governance*, in *Riv. soc.*, 2021, p. 1406 ss.

interna dell'impresa, in accordo con quanto previsto dall'art. 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea³⁰³ nonché dall'art. 41 della Costituzione.

³⁰³ Un'interessante riflessione sull'art. 16 della Carta di Nizza è svolta da LIBERTINI M., *Sulla legittimità costituzionale delle norme che impongono l'esclusività dell'oggetto sociale delle Società Organismi di Attestazione (S.O.A.) e vietano la partecipazione al capitale delle stesse da parte degli organismi di certificazione delle imprese*, cit. (nt. 297), p. 1668, ove, anche sulla base della diversa formulazione dell'art. 16 rispetto alle altre disposizioni che riconoscono diritti fondamentali, si afferma che la libertà d'impresa sarebbe quindi non un diritto fondamentale da perseguire da parte dell'Unione ma, piuttosto, «una situazione strumentale alla realizzazione di un efficiente funzionamento dei mercati (“concorrenza effettiva”), a sua volta strumento di realizzazione del massimo benessere economico collettivo»

BIBLIOGRAFIA

- ABBADESSA P., *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gianfranco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, 2006, UTET, Torino, p. 489 ss.
- ABRIANI N., *Il divieto del patto leonino. Vicende storiche e prospettive applicative*, Giuffrè, Milano, 1994.
- ABRIANI N., ROSSI A., *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, 4, p. 393 ss.
- AFFERINI V., *Gli atti di organizzazione e la figura giuridica dell'imprenditore*, 1973, Giuffrè, Milano.
- ALVARO S., CAPPARIELLO E., GENTILE V., IANNACCONE E.R., MOLLO G., NOCELLA S., VENTORUZZO M., *Business judgement rule e mercati finanziari. Efficienza economica e tutela degli investitori*, con prefazione a cura di P. Marchetti, Quaderni giuridici Consob, 11, novembre 2016, reperibile all'indirizzo www.consob.it.
- AMATUCCI C., *Introduzione*, in *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice. Un'analisi comparatistica della Business Judgment Rule*, a cura di C. Amatucci, 2014, Giuffrè Editore, Milano, p. VII ss.
- AMATUCCI C., *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business Judgment Rule*, in *Giur. comm.*, 2016, p. 643 ss.
- ANGELICI C., *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, p. 1 ss.
- ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, II ed., 2006, CEDAM, Padova.
- ANGELICI C., *La società per azioni. I. Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, M. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, 2012, Giuffrè, Milano.

- ANGELICI C., *Interesse sociale e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, p. 573 ss.
- ANNUNZIATA F., *La disciplina del mercato dei capitali*, XII ed., 2023, Giappichelli, Torino.
- ASSONIME, *Le nuove regole societarie sull'emersione anticipata della crisi d'impresa e gli strumenti di allerta*, Circ. n. 19/2019, disponibile all'indirizzo <https://www.assonime.it/attivita-editoriale/circolari/Pagine/circolare-19-2019.aspx>.
- BAINBRIDGE S.M., *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, in *57 Vanderbilt Law Review*, 2019, p. 83 ss.
- BARCELLONA E., *Business Judgment Rule e interesse sociale nella "crisi"*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020.
- BASTIA P., *Intelligenza artificiale e PMI*, in *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale. In ricordo di Agostino Gambino*, a cura di N. Abriani e R. Costi, 2023, Milano, Giuffrè, p. 333 ss.
- BAUMS T., *Risiko und Risikosteuerung im Aktienrecht*, in *ZGR*, 2011, p. 218 ss.
- BAYER W., *Legalitätspflicht der Unternehmensleitung, nützliche Gesetzesverstöße und Regress bei verhängten Sanktionen – dargestellt am Beispiel von Kartellverstößen*, in *Festschrift für K.Schmidt*, 2009, Köln, O. Schmidt.
- BENAZZO P., *Il Codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 274 ss.
- BENAZZO P., *La denuncia al Tribunale di gravi irregolarità e l'adozione di assetti organizzativi adeguati: da prevenzione della crisi a "condizione di esercizio dell'attività d'impresa"*, in *Fall.*, 2023, p. 822 ss.
- BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 413 ss.

- BENEDETTI L., *L'applicazione della business judgment rule alle decisioni organizzative: spunti giurisprudenziali*, nota a Trib. Roma, 8 aprile 2020, in *Banca borsa*, 2021, p. 278 ss.
- BIANCA C.M., *Diritto civile. V. La responsabilità*, 1994, Milano, Giuffrè.
- BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 4, 1991, UTET, Torino, p. 323 ss.
- BONELLI F., *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, 2004, Giuffrè, Milano.
- BRIOLINI F., sub art. 2392, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Tomo I, 2016, Giuffrè Editore, Milano, p. 1380 ss.
- BRIZZI F., *Procedure di allerta e doveri degli organi di gestione e controllo: tra nuovo diritto della crisi e diritto societario*, in *Rivista ODC*, 2019, p. 345 ss.
- BUONOCORE V., *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, p. 5 ss.
- BUTA M.G., sub art. 2394, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Tomo I, 2016, Giuffrè Editore, Milano, p. 1432 ss.
- CADORIN F., *Il divieto di patto leonino dopo il Codice della crisi, tra incentivi alla corretta gestione imprenditoriale e tutela del contraente debole*, in *Giur. comm.*, 2022, I, p. 124 ss.
- CALANDRA BUONAURA V., *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, in *Trattato di diritto commerciale. Sezione IV - Tomo 4.VI*, fondato da V. Buonocore e diretto da R. Costi, 2019, Giappichelli, Torino.
- CALANDRA BUONAURA V., *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, in *Giur. comm.*, 2020, p. 5 ss.

- CALANDRA BUONAURA V., *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi nella Società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2020, p. 439 ss.
- CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, 10^a ed., a cura di Mario Campobasso, 2020, UTET, Milano.
- CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*, 8^a ed., a cura di Mario Campobasso, 2022, UTET, Milano.
- CAPELLI I., *La gestione delle società di persone dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: una prima lettura del nuovo art. 2257, primo comma, c.c.*, in *Rivista ODC*, fasc. 2, 2019, p. 313 ss.
- CAVALLI G., *Osservazioni sui doveri del collegio sindacale di società per azioni non quotate*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gianfranco Campobasso*, vol. III, 2007, UTET, Torino, p. 55 ss.
- CERRATO S.A., CULASSO F., CROCCO E., "Handle with care". *Per una governance dell'Intelligenza Artificiale nell'impresa: rischi, tecniche di gestione, assetti cibernetici*, in *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale. In ricordo di Agostino Gambino*, a cura di N. Abriani e R. Costi, 2023, Milano, Giuffrè, p. 285 ss.
- CESARINI F., PARENTE F., sub art. 53, in *Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di M. Porzio, F. Belli, G. Losappio, M. Rispoli Farina, V. Santoro, 2010, Milano, Giuffrè Editore, p. 470 ss.
- CESIANO D., *L'applicazione della "Business Judgement Rule" nella giurisprudenza italiana*, in *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice. Un'analisi comparatistica della Business Judgment Rule*, a cura di C. Amatucci, 2014, Giuffrè Editore, Milano, p. 103 ss.
- CONFORTI C., *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, 2012, Giuffrè Editore, Milano.
- CUOMO P., *Il consiglio di amministrazione e la gestione dell'impresa nel codice di corporate governance*, in *Riv. soc.*, 2021, p. 79 ss.

- DE ANGELIS L., sub art. 149, in *Il Testo Unico della Finanza*, a cura di M. Fratini e G. Gasparri, Tomo II, 2012, UTET, Torino, p. 1995 ss.
- DE ANGELIS L., *La responsabilità degli amministratori non esecutivi e degli organi di controllo con riguardo agli assetti societari*, in *Dir. fall.*, 2022, p. 3 ss.
- DE MARI, *Gli assetti organizzativi societari*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, diretto da M. Irrera, 2006, Zanichelli, Bologna, p. 23 ss.
- DE NICOLA A., sub art. 2392 c.c., in *Amministratori*, a cura di F. Ghezzi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi e M. Notari, 2005, Egea, Milano, p. 545 ss.
- DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, A. Pagliaro e T. Padovani, 2008, Giuffrè Editore, Milano.
- DI CATALDO V., ARCIDIACONO D., *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgment rule*, in *Giur. comm.*, 2021, p. 69 ss.
- DI MAJO A., *Obbligazioni e tutele*, 2019, Giappichelli, Torino.
- DI MARZIO F., *Obbligazione, insolvenza, impresa*, 2018, Giuffrè, Milano.
- DONGIACOMO G., *Insindacabilità delle scelte di gestione, adeguatezza degli assetti ed onere della prova*, in *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice. Un'analisi comparatistica della business judgment rule*, a cura di C. Amatucci, Giuffrè Editore, Milano, 2014, p. 29 ss.
- ENRIQUES L., ZORZI A., *Intelligenza artificiale e responsabilità degli amministratori*, in *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale. In ricordo di Agostino Gambino*, a cura di N. Abriani e R. Costi, 2023, Milano, Giuffrè, p. 183 ss.
- ESPOSITO C., *Lo statuto delle società in crisi e l'esilio della neutralità organizzativa*, in *Giust. civ.*, 2021, p. 563 ss.
- FERRARA F. JR., CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, XII ed., 2001, Giuffrè Editore, Milano.

- FERRARINI G., *Controlli interni e strutture di governo societario*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gianfranco Campobasso, diretto da P. Abbadesse e G.B. Portale, 3, 2007, UTET, Torino, p. 3 ss.
- FERRI G., *Le società*, in *Trattato di diritto civile*, fondato da F. Vassalli, X, Tomo III, III ed., 1987, UTET, Torino.
- FORTUNATO S., *Clausole generali e informazione contabile fra integrazione giurisprudenziale e integrazione professionale*, in *Contr. impr.*, 2010, fasc. 2, p. 477 ss.
- FORTUNATO S., *Atti di organizzazione, principi di correttezza amministrativa e Business Judgment Rule*, in *Giur. comm.*, 2021, II, p. 1373 ss.
- FORTUNATO S., *Assetti organizzativi e crisi d'impresa: una sintesi*, in *Rivista ODC*, 2021, fasc. 2, p. 549 ss.
- FORTUNATO S., *Assetti organizzativi dell'impresa nella fisiologia e nella crisi*, in *Giur. comm.*, 2023, p. 901 ss.
- FRANCA T., *Assetti "adeguati" e conseguenze sanzionatorie*, in *Giur. comm.*, II, 2023, p. 308 ss.
- FRANCESCHELLI R., *Imprese e imprenditori*, 1964, Giuffrè, Milano.
- FRANCHI A., *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. e gli strumenti di esonerazione da responsabilità*, 2014, Giuffrè Editore, Milano.
- GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XXIX, 2003, CEDAM, Padova.
- GALLETTI D., *I modelli organizzativi nel d.lgs. n. 231 del 2001: le implicazioni per la corporate governance*, in *Giur. comm.*, 2006, 126 ss.
- GENNARI F., *Modelli organizzativi dell'impresa e responsabilità degli amministratori di s.p.a. nella riforma della legge fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2018, p. 293 ss.

- GIORGIANNI V., *L'insindacabilità del merito delle scelte di gestione degli amministratori di società di capitali ed il limite della ragionevolezza*, in *Danno resp.*, 2024, 2, p. 217 ss.
- IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, 2005, Giuffrè, Milano, p. 80.
- IRRERA M., *La Business Judgment Rule e gli assetti adeguati*, in *Società e Contratti, Bilancio e Revisione*, 2020, 6, p. 3 ss.
- JAEGER P.G., *Note critiche sull'inizio dell'impresa commerciale*, in *Riv. soc.*, 1966, p. 756 ss.
- JAEGER P.G., DENOZZA F., TOFFOLETTO A., *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, IX ed., 2023, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano.
- KOCH J., sub §93 AktG, in *Aktiengesetz*, 17 ed., C.H. Beck, München, 2023, 35, disponibile su beck-online.beck.de.
- KRAAKMAN R., ARMOUR J., DAVIES P., ENRIQUES L., HANSMANN H., HERTIG G., HOPT K., KANDA H., ROCK E., *The Anatomy of Corporate Law. A comparative and functional approach*, II ed., 2009, Oxford.
- KUTUFÀ I., *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, 2010, Giappichelli, Torino, p. 707 ss.
- LIBERTINI M., *Sulla legittimità costituzionale delle norme che impongono l'esclusività dell'oggetto sociale delle Società Organismi di Attestazione (S.O.A.) e vietano la partecipazione al capitale delle stesse da parte degli organismi di certificazione delle imprese*, nota a Corte Cost. 22 maggio 2013, n. 94, in *Giur. cost.*, 2013, p. 1637 ss.
- LIBERTINI M., *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, in *Giur. comm.*, 2021, p. 5 ss.
- LIBONATI B., *L'amministratore non socio di società in nome collettivo*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, p. 426 ss.

- LOBUONO M., *Gli assetti organizzativi dell'impresa: spunti per una riflessione di diritto civile*, in *Giust. civ.*, 2023, 4, p. 824 ss.
- MACARIO F., *La riforma dell'art. 2086 c.c. nel contesto del codice della crisi di impresa e i suoi riflessi sul sistema della responsabilità degli organi sociali*, in *Crisi d'impresa e responsabilità nelle società di capitali*, a cura di L. Balestra e M. Martino, 2022, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 27 ss.
- MANES V., *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in *Giur. comm.*, 2021, p. 633 ss.
- MARASÀ G., *L'imprenditore. Artt. 2082-2083*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato e già diretto da P. Schlesinger, continuato da Francesco D. Busnelli e G. Ponzanelli, 2021, Giuffrè, Milano.
- MARCHETTI P., *Sull'attuazione del Codice di Corporate Governance*, in *Riv. soc.*, 2021, p. 1406 ss.
- MARTINO M., *La responsabilità degli amministratori*, in *Crisi d'impresa e responsabilità nelle società di capitali*, a cura di L. Balestra e M. Martino, 2022, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano.
- MAUGERI M., *Considerazioni sul sistema delle competenze assembleari nella s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 336 ss.
- MAUGERI M., *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, in *Rivista ODC*, 2014, fasc. 1, p. 1 ss.
- MAZZONI A., *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber Amicorum Antonio Piras, 2010, Torino, Giappichelli, p. 813 ss.
- MINERVINI G., *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1956.
- MIRONE A., *Regole di governo societario e assetti statutari delle banche tra diritto speciale e diritto generale*, in *Rivista ODC*, 2017, fasc. 2, p. 10 ss.

- MIRONE A., *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta*, in *Rivista ODC*, 2020, fasc. 1, p. 23 ss.
- MIRONE A., *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del "decreto correttivo" al Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2, 2022, p. 183 ss.
- MONTAGNANI M.L., PASSADOR M.L., *Il consiglio di amministrazione nell'era dell'intelligenza artificiale: tra corporate reporting, composizione e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2021, p. 121 ss.
- MONTALENTI P., *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 820 ss.
- MONTALENTI P., *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *Giur. comm.*, 2018, p. 62 ss.
- MONTALENTI P., *Il diritto concorsuale tra passato e futuro*, in *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo*, a cura di P. Montalenti, 2018, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre.
- MONTALENTI P., *Le riforme del codice civile: assetti organizzativi societari*, in *La riforma delle procedure concorsuali. In ricordo di Vincenzo Buonocore*, a cura di A. Jorio e R. Rosapepe, 2021, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 41 ss.
- MONTALENTI P., *Diritto societario della crisi: poteri e doveri degli amministratori*, in *L'amministrazione delle società. Profili e problemi*, a cura di A. Bartolacci, R. Guidotti, E. Pederzini e F. Rosi, 2023, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, p. 141 ss.
- MORBIDELLI G., *Appunti sparsi sull'Intelligenza Artificiale (AI) nel governo dell'impresa*, in *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale. In ricordo di Agostino Gambino*, a cura di N. Abriani e R. Costi, 2023, Milano, Giuffrè, p. 243 ss.

- MOSCO G.D., LOPREIATO S., *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 117 ss.
- MÖSLEIN F., *Intelligenza artificiale e Corporate Digital Responsibility: gli sviluppi europei*, in *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale. In ricordo di Agostino Gambino*, a cura di N. Abriani e R. Costi, 2023, Milano, Giuffrè, p. 261 ss.
- MOZZARELLI M., *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber Amicorum Antonio Piras*, 2010, Giappichelli, Torino, p. 733 ss.
- MOZZARELLI M., sub art. 2395, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Tomo I, 2016, Giuffrè Editore, Milano, p. 1459 ss.
- NAPOLEONI V., *Valutazioni di bilancio e false comunicazioni sociali: lineamenti di un'indagine dopo l'attuazione della quarta direttiva CEE*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 416 ss.
- PAN E.J., *Rethinking the board's duty to monitor: a critical assessment of the Delaware doctrine*, in *Fla. St. U. L. Rev.*, 2011, p. 210 ss.
- PEDERSOLI E., *Il collegio sindacale nelle società bancarie*, 2018, Giuffrè Editore, Milano.
- PISCITELLO P., *La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgement rule*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 1167 ss.
- PORTALE G.B., *Verso un "diritto societario della crisi"?*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, a cura di U. Tombari, 2014, Torino, Giappichelli, p. 1 ss.
- RIGANTI F., *Rassegna di giurisprudenza. Società per azioni. Responsabilità degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2023, II, p. 177 ss.

- RIOLFO G., *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e le modifiche al codice civile: il diritto societario tra "rivisitazione" e "restaurazione"*, in *Contr. impr.*, 2019, 2, p. 399 ss.
- RORDORF R., *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contr.*, 2019, p. 129 ss.
- RORDORF R., *I doveri dei soggetti coinvolti nella regolazione della crisi nell'ambito dei principi generali del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2021, p. 589 ss.
- ROVELLI L., *Dall'insolvenza alla crisi di impresa. Ricadute sul diritto societario*, in *Il diritto degli affari*, 2020, 1, p. 1 ss.
- SACCHI R., *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, p. 304 ss.
- SACCHI R., *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?*, in *NLCC*, 2018, p. 1280 ss.
- SANFILIPPO P.M., ARCIDIACONO D., sub art. 2383, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Tomo I, 2016, Giuffrè Editore, Milano, p. 1220 ss.
- SERAFINI S., *Responsabilità degli amministratori e interessi protetti*, 2013, Giuffrè Editore, Milano, p. 6 ss.
- SHARFMAN B.S., *The Importance of the Business Judgment Rule*, in *New York University Journal of Law and Business*, 2017, p. 27 ss.
- SILVA M., *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. Governance delle società di persone*, in *Not.*, 2022, 2, p. 455 ss.
- SFAMENI P., sub artt. 2403 c.c. e 149 TUF, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Tomo I, 2016, Giuffrè Editore, Milano, p. 1540 ss.
- SPOLIDORO M.S., *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 253 ss.

- STRAMPELLI G., *Le valutazioni di bilancio tra non veridicità (civile) e falsità (penale): spunti sulla punibilità dei falsi valutativi*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 118 ss.
- STRAMPELLI G., sub art. 2423, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Tomo II, 2016, Giuffrè Editore, Milano, p. 2166 ss.
- TABELLINI M., *Business Judgment Rule e scelte organizzative*, in *Giur. it.*, 2021, p. 103 ss.
- TINA A., *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, 2008, Giuffrè Editore, Milano.
- TOMBARI U., *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, a cura di U. Tombari, 2014, Torino, Giappichelli, p. 5 ss.
- TOMBARI U., *Intelligenza artificiale, interesse sociale e sostenibilità nei codici di corporate governance e nella prassi societaria*, in *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale. In ricordo di Agostino Gambino*, a cura di N. Abriani e R. Costi, 2023, Milano, Giuffrè, p. 327 ss.
- TOFFOLETTO A., *Amministrazione e controlli*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, V ed., 2012, Giuffrè, Milano, p. 214 ss.
- TRIMARCHI P., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, 2010, Giuffrè Editore, Milano.
- VILLA G., *Inadempimento contrattuale e risarcimento*, in ROPPO V., *Trattato del contratto. V. Rimedi - 2*, a cura di V. Roppo, 2^a ed., 2022, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, p. 1025 ss.

GIURISPRUDENZA CITATA

Giurisprudenza italiana

Cass. Civ., Sez. I., 12 novembre 1965, n. 2359, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, p. 401 ss.

Cass. Civ., Sez. I, 16 gennaio 1982, n. 280, in *Giust. civ.*, 1983, 2, p. 602 ss.

Cass. Civ., Sez. I, 28 aprile 1997, n. 3652

Cass. Civ., Sez. I, 23 marzo 2004, n. 5718

Cass. Civ., Sez. I, 13 agosto 2004, n. 15769

Cass. Civ., Sez. I, 12 agosto 2009, n. 18231

Cass. Civ., Sez. I, 12 febbraio 2013, n. 3409

Cass. Civ., Sez. I, 27 dicembre 2013, n. 28669

Cass. Civ., Sez. I, 2 febbraio 2015, n. 1783

Cass. Civ., Sez. I, 8 settembre 2016, n. 17761

Cass. Civ., Sez. I, 27 marzo 2018, n. 7545

Cass. Civ., Sez. III, 22 giugno 2020, n.12108

Cass. Civ., Sez. I, 9 novembre 2020, n. 25056

Cass. Civ., Sez. I, 16 dicembre 2020, n. 28718

Cass. Civ., Sez. I, 20 ottobre 2021, n. 29252

Cass. Civ., Sez. I, 21 dicembre 2022, n. 37440

Cass. Civ., Sez. I, 19 gennaio 2023, n. 1678

Cass. Civ., Sez. I, 24 gennaio 2023, n. 2172

Cass. Civ., Sez. I, 16 febbraio 2023, n. 4849

Trib. Milano, 2 marzo 1995, in *Società*, 1996, p. 57 ss.

Trib. Genova, 18 maggio 2018, in *DeJure*

Trib. Roma, 16 ottobre 2019, in *DeJure*

Trib. Milano 18 ottobre 2019, in *Giur. it.*, 2020, p. 363 ss.

Trib. Roma, 8 aprile 2020, in *Giur. comm.*, II, 2021, p. 1358 ss.

Trib. Roma 15 settembre 2020, in *Giur. comm.*, II, 2021, p. 1358 ss.

Trib. Torino, 29 settembre 2020, in *DeJure*

Trib. Torino, 5 marzo 2021, in *DeJure*

Trib. Cagliari, 14 aprile 2021, in *Giur. comm.*, 2023, II, p. 301 ss.

Trib. Palermo, 29 dicembre 2021, in *DeJure*

Trib. Cagliari, 19 gennaio 2022, in *Giur. comm.*, 2023, II, p. 301 ss.

Trib. Catania, 8 febbraio 2023, in *Fall.*, 2023, p. 817 ss.

Trib. Milano, 25 settembre 2023, in *DeJure*

Giurisprudenza statunitense

Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805 (Del. 1984), in *westlaw.com*

Gagliardi v. TriFoods International Inc., 683 A.2d 1049 (Del.Ch. 1996), in *westlaw.com*

In re Caremark Intern. Inc. Derivative Litigation, 698 A.2d 959 (Del. 1996), in *westlaw.com*

In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation, 964 A.2d 106 (Del. 2009), in *westlaw.com*

In re the Goldman Sachs Group Inc. Shareholder Litigation, 2011 WL 4826104, in *westlaw.com*

Percy v. Millaudon, 8 Mart. (n.s.) 68 (La. 1829), in *westlaw.com*

Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 873 (Del. 1985), in *westlaw.com*

Stone v. Ritter, 911 A.2d 362 (Del. 2006), in *westlaw.com*

Wilson v. Tully, 243 A.D.2d 229, 238, 676 N.Y.S.2d 531, 538 (N.Y. App. Div. 1st Dep't 1998), in *westlaw.com*