

Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Torino

Fabrizio Sudiero

La segnalazione dell'organo di controllo *ex art. 25-octies* del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza



UNIVERSITÀ
DI TORINO



Dipartimento di
Giurisprudenza



Giappichelli

Comitato scientifico:

Valeria Marcenò (*coordinatrice*)

Alessandra Algostino

Stefano Barbatì

Roberto Cavallo Perin

Maurizio Cavanna

Federico Consulich

Elena D'Alessandro

Riccardo de Caria

Paolo Gallo

Michele Graziadei

Enrico Grosso

Daniela Izzi

Barbara Lavarini

Anna Mastromarino

Pier Giuseppe Monateri

Simona Novaretti

Michele Rosboch

Michele Vellano

Annamaria Viterbo

Georgia Zara

Ilaria Zuanazzi



Fabrizio Sudiero

La segnalazione dell'organo di controllo *ex art. 25-octies* del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza



UNIVERSITÀ
DI TORINO



Dipartimento di
Giurisprudenza



Giappichelli

© Copyright 2025 – G. Giappichelli Editore - Torino
10124 Torino, Via Po, 21 - Tel. 011-81.53.111
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-1324-2
ISBN/EAN 979-12-211-6245-5 (ebook)

© Copyright 2025 – Università degli Studi di Torino
10124 Torino, Via Verdi 8
www.collane.unito.it/oa/
www.openaccess@unito.it

ISBN/EAN 978-88-759-0341-1

Il presente volume è stato preliminarmente sottoposto a un processo di referaggio anonimo, nel rispetto dell'anonimato sia dell'Autore sia dei revisori (double blind peer review). La valutazione è stata affidata a esperti del tema trattato, nominati dal Comitato Scientifico della Collana in conformità al Regolamento delle pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino. I revisori hanno formulato un giudizio positivo sull'opportunità di pubblicare il presente volume

Opera finanziata con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.



G. Giappichelli Editore



Questo libro è stato stampato su
carta certificata, riciclabile al 100%



Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino



Quest'opera è distribuita con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale
Non opere derivate 4.0 Internazionale

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

A mio figlio Tommaso

Indice sommario

	<i>pag.</i>
Premessa	
Obiettivi della trattazione e struttura del lavoro	XVII
Introduzione	
Coordinate essenziali dell'indagine e genesi dell'istituto	
1. Le quattro coordinate essenziali dell'indagine	1
2. Il primo comma dell'art. 14 CCII (vecchio testo) e le prime due coordinate essenziali dell'indagine: il presupposto della segnalazione e la distinzione tra il momento della "rilevazione" e quello della "segnalazione"	2
2.1. Il rapporto tra "indici" e "indicatori"	9
2.2. Una prima sintesi dell'epoca sul presupposto della segnalazione e sulla distinzione tra rilevazione e segnalazione. In particolare: i «fondati indizi della crisi»	10
3. Il secondo comma dell'art. 14 CCII (vecchio testo) e la terza coordinata essenziale dell'indagine: il "procedimento segnalatorio"	12
4. Il terzo comma dell'art. 14 CCII (vecchio testo) e la quarta coordinata essenziale dell'indagine: il "meccanismo premiale" in punto responsabilità e la natura della segnalazione	15
5. Dall'art. 15 del d.l. n. 118 del 2021 all'art. 25- <i>octies</i> CCII (<i>ante</i> Correttivo- <i>ter</i>)	20
6. L'odierno art. 25- <i>octies</i> CCII e conclusioni metodologiche	26
7. Una postilla: la recente riforma dell'art. 2407 c.c. e la responsabilità concorrente e solidale con l'organo amministrativo	27

Parte I

La segnalazione interna nel modello normativo
di riferimento: il collegio sindacale di s.p.a. “monade”

Capitolo I

Il presupposto della segnalazione interna

1. La struttura composita del presupposto della segnalazione	35
2. Cenni sulle nozioni di crisi e di insolvenza (tra tradizione e innovazione)	39
2.1. La nozione di crisi nel CCII	39
2.2. La nozione di insolvenza nel CCII: il possibile superamento della distinzione tra insolvenza attuale e prospettica e la tesi dell’ <i>“insolvenza relativamente irreversibile”</i> (rinvio)	42
3. Il presupposto per ricorrere alla composizione negoziata	48
3.1. Il primo requisito del presupposto per ricorrere alla composizione negoziata: lo <i>“squilibrio significativo”</i>	49
3.1.1. La lettura del presupposto: a) la tesi estensiva	51
3.1.2. ... (segue) b) la tesi restrittiva	54
3.1.3. Sintesi ed apertura ad una possibile ulteriore tesi	58
3.1.3.1. Critica agli argomenti storici, testuali e logici della tesi restrittiva	58
3.1.3.2. Critica agli argomenti sistematici della tesi restrittiva	60
3.1.3.3. Il Correttivo-ter, la rilevanza dei tre stadi ed il significato di <i>“pre-crisi”</i>	65
3.1.3.4. L’apertura alla nuova tesi c.d. <i>“super-estensiva moderata”</i> (rinvio)	69
3.2. Il secondo requisito del presupposto per ricorrere alla composizione negoziata: il <i>“ragionevole risanamento”</i>	72
3.2.1. Le tre tipologie di risanamento e la rilevanza di quello soggettivo	72
3.2.2. Le argomentazioni delle diverse tesi giuridiche sul significato di risanamento	73
3.2.3. Alcune aperture giurisprudenziali al <i>“risanamento soggettivo puro”</i>	81
3.2.4. Dal <i>“risanamento soggettivo puro”</i> alla tesi dell’ <i>“insolvenza relativamente irreversibile”</i>	85
3.2.4.1. Gli argomenti sistematici del concetto di <i>“insolvenza relativamente irreversibile”</i>	85

	<i>pag.</i>
3.2.4.2. Il parametro del “trattamento non deteriore” ed il “ <i>best-interest-of-creditor test</i> ”	88
3.3. Conclusioni sul presupposto della composizione negoziata e spunti comparatistici	94
3.3.1. Un preliminare quadro di sintesi	95
3.3.2. L’ordinamento francese	97
3.3.3. L’ordinamento belga	100
3.3.4. L’ordinamento spagnolo	103
3.3.5. L’ordinamento portoghese	106
4. Il presupposto della segnalazione <i>ex art. 25-octies</i> CCII e le valutazioni dell’organo di controllo	107
4.1. La tesi del “ <i>presupposto cangiante</i> ”	107
4.2. Le valutazioni dell’organo gestorio	112
4.3. Le valutazioni dell’organo di controllo e conclusioni sul presuppo- sto della segnalazione	119
4.3.1. Conclusioni e una classificazione degli indici di “ <i>insolvenza assolutamente irreversibile</i> ”	124

Capitolo II

La disciplina della segnalazione interna: dalle modalità di rilevazione e comunicazione al meccanismo premiale in punto responsabilità

1. Note metodologiche	130
2. La rilevazione del presupposto	131
2.1. Premessa: la sequenza giuridicamente rilevante della segnalazione	131
2.2. Materializzazione, emersione, rilevazione e ruolo dell’art. 3 CCII	133
2.3. Doveri di rilevazione, dovere di segnalazione e meccanismo di pre- sunzione semplice di adempimento	139
2.4. I parametri normativi per la rilevazione della <i>pre-crisi</i> e dell’ <i>insol- venza relativamente irreversibile</i>	142
2.4.1. La struttura dell’art. 3 CCII e i parametri normativi per la ri- levazione della <i>pre-crisi</i>	143
2.4.2. ... (segue) I parametri normativi per la rilevazione dell’ <i>insol- venza reversibile e relativamente irreversibile</i>	147
2.5. I rapporti tra segnalazioni interne ed esterne	147
2.5.1. La segnalazione dei “creditori pubblici qualificati”: nozione, <i>ratio</i> del coinvolgimento e cenni evolutivi dell’istituto	148
2.5.1.1. L’attuale disciplina	150

	<i>pag.</i>
2.5.2. La segnalazione delle banche e degli intermediari finanziari e cenni evolutivi dell'istituto	154
2.5.2.1. L'attuale disciplina	155
2.5.3. Segnalazioni esterne e segnalazione <i>ex art. 25-octies</i> CCII	157
3. La disciplina della segnalazione <i>ex art. 25-octies</i> CCII ed il " <i>procedimento segnalatorio</i> "	161
3.1. La competenza collegiale	162
3.2. La forma della segnalazione e le modalità di trasmissione	164
3.2.1. Il requisito della forma scritta	164
3.2.2. La sottoscrizione	167
3.3. Le caratteristiche ed i contenuti della segnalazione (<i>recte</i> , del <i>procedimento segnalatorio</i>)	169
3.3.1. La tempestività della segnalazione: puntualità <i>vs.</i> precocità	169
3.3.2. Il contenuto e la motivazione della segnalazione	173
3.3.3. Il <i>procedimento segnalatorio</i> e i poteri dell'organo di controllo	175
3.3.3.1. Il «congruo termine» assegnato all'organo amministrativo	175
3.3.3.2. La dialettica con l'organo amministrativo ed il controllo giudiziario <i>ex art. 2409 c.c.</i>	177
3.3.3.2.1. Omesso o inadeguato riscontro, rimedi ed art. 2409 c.c.	177
3.3.3.2.2. Il perimetro del sindacato dell'organo di controllo	185
3.3.3.3. I rapporti e la dialettica con il soggetto incaricato della revisione legale dei conti	188
3.3.3.4. Segnalazione, riservatezza e revoca	193
3.3.3.5. Un conforto comparatistico: il <i>procedimento segnalatorio</i> francese dell'allerta attivata dai <i>commissaires aux comptes</i>	195
4. Il dovere di vigilanza in pendenza di trattative e la dialettica con l'esperto	197
5. Il meccanismo premiale in punto responsabilità	206
5.1. Tra dovere e onere. Una possibile interpretazione dei due commi dell'art. 25-octies CCII	208
5.1.1. La «tempestività» della segnalazione ai sensi del secondo comma dell'art. 25-octies CCII	209
5.1.2. La «vigilanza sull'andamento delle trattative»	214
5.1.2.1. La necessità del ricorso alla composizione negoziata e l'estensione del meccanismo premiale: la tesi del " <i>procedimento di vigilanza integrato</i> "	214
5.1.2.2. Il significato dell'onere di «vigilanza sull'andamento delle trattative»	216

pag.

5.2. Il possibile significato della locuzione «dell'attenuazione o esclusione della responsabilità»	218

Parte II

La segnalazione interna degli altri «organi di controllo» e nei gruppi di società

Capitolo I

La segnalazione interna degli altri «organi di controllo»: nei sistemi alternativi di *governance*, nella s.r.l. e nelle imprese «sotto soglia»

1. La segnalazione interna nel sistema dualistico e nel sistema monistico	227
1.1. Premessa ed estensione analogica dell'art. 25- <i>octies</i> CCII	227
1.2. Il presupposto della segnalazione: valutazione e rilevazione nei sistemi alternativi di <i>governance</i>	229
1.3. La disciplina	234
1.3.1. La collegialità e la centralità della “fase zero” per il comitato per il controllo sulla gestione	234
1.3.2. Il procedimento segnalatorio	235
1.3.3. La vigilanza in pendenza delle trattative	240
1.3.4. Il meccanismo premiale in punto responsabilità	241
2. La segnalazione interna nella s.r.l.	243
2.1. Nel sistema tradizionale. In particolare: il sindaco unico, il revisore legale e l'organo di controllo “atipico”	243
2.1.1. Il sindaco unico	244
2.1.2. Il revisore “unico”	244
2.1.3. L'organo di controllo “atipico”	253
2.2. Nei sistemi alternativi di <i>governance</i>	255
3. Nelle “altre” imprese (cenni). In particolare quelle cc.dd. «sotto soglia»	256

Capitolo II

La segnalazione interna nei gruppi di società

1. Premessa. <i>Ratio</i> della composizione negoziata di gruppo e note metodologiche	261

	<i>pag.</i>
2. L'oggetto dell'attività di vigilanza dell'organo di controllo nei gruppi di società	265
2.1. I principi di «corretta gestione societaria e imprenditoriale»	266
2.2. Il rapporto tra i principi di «corretta gestione societaria e imprenditoriale», i principi di «corretta amministrazione» e i doveri degli amministratori della capogruppo e dell'eterodiretta	271
2.2.1. <i>Business judgment rule</i> , “funzione filtro” e limiti dal CCII alla teoria dei vantaggi compensativi (cenni)	274
2.2.2. Gli assetti “di gruppo” e la tesi del collegamento negoziale	281
2.3. Sintesi dei doveri degli organi di controllo “di gruppo”	284
3. Composizione negoziata di gruppo e declinazione della tesi del “presupposto cangiante”	286
3.1. Il presupposto per ricorrere alla composizione negoziata di gruppo	286
3.2. Il “presupposto cangiante” della segnalazione nei gruppi	288
4. La rilevazione del presupposto della segnalazione nei gruppi	292
4.1. Il ruolo degli assetti di gruppo nella rilevazione del presupposto	292
4.2. I poteri informativi dell'organo di controllo nel gruppo ai fini della rilevazione del presupposto della segnalazione	294
4.2.1. I poteri informativi nei gruppi. Il problema	294
4.2.2. ... (segue) La tesi del collegamento contrattuale nei gruppi	297
4.2.3. I poteri informativi ed ispettivi. In particolare il flusso informativo “biunivoco”	298
4.2.3.1. I poteri informativi dell'organo di controllo della <i>capogruppo</i>	299
4.2.3.2. I poteri informativi dell'organo di controllo dell' <i>eterodiretta</i>	302
4.3. Segnalazione nei gruppi e dovere di riservatezza	306
4.4. Rilevazione e meccanismo presuntivo di tempestività	308
5. La disciplina della segnalazione, il procedimento segnalatorio nei gruppi e la vigilanza nel corso delle trattative	309
5.1. Il controllo giudiziario nei gruppi	310
5.1.1. La legittimazione	310
5.1.2. Il perimetro del sindacato dell'organo di controllo di gruppo sul riscontro dell'organo amministrativo alla segnalazione	314
5.2. La vigilanza in pendenza delle trattative	316
6. Il meccanismo premiale in punto responsabilità nei gruppi	317
6.1. <i>Focus</i> sulla responsabilità c.d. “aggiuntiva”: nozione e differenze con l'art. 2055 c.c.	318
6.2. ... (segue) Responsabilità “aggiuntiva” ed art. 25- <i>octies</i> CCII	320

pag.

Note conclusive

La segnalazione interna:

l'innovativo (ma precario) architrave dell'*early warning*

1. Il presupposto della segnalazione	326
2. L'accertamento del presupposto della segnalazione: «tempestività» e distinzione tra <i>rilevazione</i> e <i>segnalazione</i>	329
3. La segnalazione ed il <i>procedimento segnalatorio</i>	333
3.1. Collegialità, forma e contenuto della segnalazione	333
3.2. Dialettica con l'organo amministrativo e vigilanza durante le trattative	335
4. Il meccanismo premiale in punto responsabilità di cui all'art. 25- <i>octies</i> , comma 2, CCII	336
4.1. La declinazione della «tempestività» tra <i>puntualità</i> e <i>precocità</i>	336
4.2. La «vigilanza sull'andamento delle trattative»	337
4.3. Il significato del beneficio	337
4.4. Precisazioni con riguardo agli "altri" controllori	338

<i>Bibliografia</i>	341

Premessa

Obiettivi della trattazione e struttura del lavoro

Il sistema attuale dell'*early warning*, di cui al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, d'ora innanzi anche "CCII"), è il frutto di un travagliato *iter* normativo che, anche a seguito del recepimento della Direttiva UE 2019/1023 (c.d. "Direttiva *Insolvency*"), ha posto in primo piano il ruolo dell'organo di controllo. Ciò in linea con la funzione dinamica e sinergica del concetto stesso di controllo, da tempo al centro della *Corporate Governance* degli ordinamenti dei paesi industriali più avanzati¹: abbandonata l'impostazione che lo declinava in termini di mero riscontro (passivo)² è, infatti, invalsa tra gli interpreti l'opinione per cui l'amministrazione ed il controllo non rappresenterebbero più funzioni tra loro nettamente distinte, costituendo piuttosto i due versanti di un unico sistema integrato di gestione³, ove il secondo costituisce un elemento intrinseco a questa, «coessenziale dell'esercizio dell'impresa e del potere amministrativo»⁴, come peraltro dimostrano i numerosi sforzi di dottrina, giurisprudenza e, soprattutto, del legislatore di attribuire all'organo di controllo un sempre maggior numero di poteri reattivi (e connesse responsabilità)⁵.

¹ V., per tutti, P. MONTALENTI, *Corporate Governance e sistema dei controlli*, in AA.VV. *Corporate Governance e "sistema dei controlli" nella s.p.a.*, a cura di U. Tombari, Torino, 2014, 1 ss., ID., *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, 42 ss., ID., *Il sistema dei controlli societari: un quadro d'insieme*, in AA.VV., *Il sistema dei controlli nelle società di capitali*, a cura di G. Cottino, P. Montalenti, in *Giur. it.*, 2013, 2175 ss.

² Tale da attribuire all'organo di controllo l'appellativo di mero «convitato di pietra» (S. AMBROSINI, *I poteri dei sindaci*, in AA.VV., *Il collegio sindacale. Le nuove Regole*, a cura di R. Alessi, N. Abriani, U. Morera, Milano, 2007, 229). L'istituto, come noto, aveva, infatti, proprio per tale ragione, attirato numerose critiche in dottrina [cfr., in particolare, già F. VASSALLI, *Sindaci (diritto commerciale)*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, 730]. Per una recente ricognizione storica e comparatistica, anche sulle origini dell'organo di controllo, v. il lavoro monografico di R. RUSSO, *Collegio sindacale e impresa in crisi*, Milano, 2021, 1 ss.

³ N. ABRIANI, *L'organo di controllo (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo della gestione)*, *Corporate governance e "sistema dei controlli" nella s.p.a.*, a cura di U. TOMBARI, Torino, 2014, 113. Nello stesso senso P. FERRO-LUZZI, *Per una razionalizzazione del concetto di controllo*, in AA.VV., *I controlli societari*, a cura di M. Bianchini, C. Di Noia, Milano, 2010, 129, S. FORTUNATO, *Commento all'art. 2409-septies, in Società di capitali, Commentario*, a cura di G. Niccolini, A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 864.

⁴ P. MONTALENTI, *Il sistema dei controlli societari: un quadro d'insieme*, cit., 2176.

⁵ Sul punto, per una ricognizione degli aspetti più salienti di tale responsabilizzazione ed una sistematizzazione dei rischi a ciò connessi, mi permetto di rinviare a F. SUDIERO, *Responsabilità*

Tale sistema risulta, tuttavia, fortemente depotenziato rispetto alla prima versione del CCII. Esso era, infatti, incentrato non solo (come oggi) su una specifica disciplina degli assetti finalizzata alla tempestiva rilevazione della crisi di impresa e della perdita della continuità aziendale [artt. 2086 c.c. e 3 CCII], ma anche (ed è questo l'aspetto effettivamente diverso rispetto al sistema odierno) su un meccanismo rigido di allerta che, in caso di inerzia dell'organo amministrativo a seguito di specifiche segnalazioni aventi ad oggetto determinati segnali di crisi (da parte dell'organo di controllo, del revisore, dei cc.dd. "creditori pubblici qualificati", delle banche e degli intermediari finanziari *ex* artt. 14-15 CCII vecchio testo), immetteva la società debitrice⁶ in un percorso for-

del sindaco senza (con)fine: rischio di "un'attività di controllo difensiva"?, in *Banca imp. soc.*, 2, 2020, 289.

⁶ Ai sensi dell'originario art. 12 CCII erano numerose le tipologie di soggetti esclusi dagli strumenti di allerta e, in particolare, dalle segnalazioni interne ed esterne.

Così ai sensi del comma 4: «[g]li strumenti di allerta si applicano ai debitori che svolgono attività imprenditoriale, esclusi le grandi imprese, i gruppi di imprese di rilevante dimensione, le società con azioni quotate in mercati regolamentati, o diffuse fra il pubblico in misura rilevante secondo i criteri stabiliti dal Regolamento della Commissione nazionale per le società e la borsa – Consob concernente la disciplina degli emittenti».

Ai sensi del comma 5 della medesima norma: «[s]ono altresì escluse dall'applicazione degli strumenti di allerta:

- a) le banche, le società capogruppo di banche e le società componenti il gruppo bancario;
- b) gli intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385;
- c) gli istituti di moneta elettronica e gli istituti di pagamento;
- d) le società di intermediazione mobiliare, le società di gestione del risparmio, le società di investimento a capitale variabile e fisso, le società capogruppo di società di intermediazione mobiliare e le società componenti il gruppo;
- e) i fondi comuni di investimento, le succursali di imprese di investimento e di gestori esteri di fondi di investimento alternativi; i depositari centrali;
- f) le fondazioni bancarie di cui al decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153;
- g) la Cassa depositi e prestiti di cui al decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni dalla legge 24 novembre 2003, n. 326;
- h) i fondi pensione;
- i) le imprese di assicurazione e riassicurazione di cui al codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209;
- l) le società fiduciarie di cui all'articolo 199 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria di cui decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58; le società fiduciarie, le società fiduciarie e di revisione e gli enti di gestione fiduciaria disciplinati dalla legge 23 novembre 1939, n. 1966; le società di cui all'articolo 2 del decreto-legge 5 giugno 1986, n. 233, convertito, con modificazioni, dalla legge 1 agosto 1986, n. 430; le società fiduciarie di cui all'articolo 60, comma 4, del decreto legislativo 23 luglio 1996, n. 415».

Inoltre, ai sensi dei commi 7 e 8:

– «[g]li strumenti di allerta si applicano anche alle imprese agricole e alle imprese minori, compatibilmente con la loro struttura organizzativa, ferma la competenza dell'OCC per la gestione della fase successiva alla segnalazione dei soggetti di cui agli articoli 14 e 15 ovvero alla istanza del debitore di composizione assistita della crisi»;

zoso⁷ che aveva come sostanziale via di uscita o la “*composizione assistita della crisi*” – che prevedeva l’intervento esterno dell’organismo di composizione della crisi d’impresa (“OCRI”) – o la liquidazione giudiziale⁸.

Come noto, tale impostazione, salvo per quanto concerne alcune norme del Codice civile, specie in tema di assetti organizzativi, amministrativi e contabili, non entrò mai in vigore⁹. Da un lato, infatti, l’emergenza sanitaria Covid-19 ha suggerito al legislatore di posticiparne l’entrata in vigore, dall’altro lato, sono intervenuti, nel frattempo, sia il decreto “emergenziale” dell’agosto 2021 (il d.l. 24 agosto 2021, n. 118), che ha introdotto la “*composizione negoziata della crisi*”, ossia un percorso¹⁰ volontario, tendenzialmente stragiudiziale e riservato di

– «[p]er le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa diverse da quelle di cui ai commi 4 e 5, il procedimento di allerta e di composizione assistita della crisi è integrato ai sensi dell’articolo 316, comma 1, lettere a) e b)».

⁷ Su una critica dell’abbandono della coercibilità v. F. LAMANNA, *Nuove misure sulla crisi d’impresa del d.l. 118/2021: Penelope disfa il Codice della crisi recitando il “de profundis” per il sistema dell’allerta*, in *Il Fallimentarista*, 25 agosto 2021, 2 ss.

⁸ Lo ricorda recentemente S. PACCHI, *Le segnalazioni per la anticipata emersione della crisi. “così è se vi pare”*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 9 agosto 2022 a proposito del nesso tra *early warning tools* e quadri di ristrutturazione, su cui v. anche L. PANZANI, *La composizione negoziata alla luce della Direttiva Insolvency*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 31 gennaio 2022.

⁹ Sull’evoluzione dell’istituto dell’allerta e della segnalazione dalla prima versione del Codice della crisi a quella attuale nonché sulle differenze tra la *composizione assistita della crisi* e la *composizione negoziata della crisi*, v., per tutti: M. SCIUTO, *Quel che resta degli obblighi di segnalazione nel Codice della crisi*, in *Il Fallimentarista*, 29 luglio 2022; S. PACCHI, *L’allerta tra la reticenza dell’imprenditore e l’opportunità del creditore. Dal Codice della crisi alla composizione negoziata*, in *Dir. fall.*, 2022, I, 501 ss.; EAD., *Le misure urgenti in materia di crisi d’impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 9 agosto 2021; S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata: caratteri e presupposti*, in *www.ilcaso.it*, 2021; ID., *Il codice della crisi dopo il d.lgs. n. 83/2022: brevi appunti su nuovi istituti, nozione di crisi, gestione dell’impresa e concordato preventivo (con una notazione di fondo)*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 18 luglio 2022; ID., *La Legge n. 147/2021 di conversione del d.l. n. 118: primi, brevi, appunti in ordine sparso*, *ivi*, 2021, I, 1141 ss.; A.I. BARATTA, *I nuovi strumenti disciplinati dal d.l. 118/2021: le mutate esigenze a seguito della pandemia*, in AA.VV. *La nuova composizione negoziata per la soluzione della crisi d’impresa*, a cura di G. Sancetta, A.I. Baratta, G. Ravazzin, Milano, 2022, 1 ss.; I. PAGNI, M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata e viceversa*, in *Diritto della crisi*, 2 novembre 2021; A. JORIO, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulla riforma*, in *Diritto della crisi*, 1° ottobre 2021; S. LEUZZI, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal d.l. 118 del 2022*, in *Diritto della crisi*, 28 settembre 2021; A. MAFFEI ALBERTI, *Crisi dell’impresa, continuazione dell’attività e composizione negoziata*, in *Quad. ristr. aziend.*, 2022, I, 108 ss.; A. JORIO, *Qualche ulteriore considerazione sul D.L. 118/2021, e ora sulla legge 21 ottobre 2021, n. 147*, *ivi*, 120 ss.; G. FAUCEGLIA, *Le conclusioni delle trattative: riflessioni sull’art. 11, 1° comma, lett. a)*, L. n. 147/2021, *ivi*, 553 ss. Più specificamente sul d.l. n. 118 del 2021 cfr., senza pretesa di esautività, ancora: G. D’ATTORRE, *La concorsualità “liquida” nella composizione negoziata*, in *Fall.*, 2022, 301 ss.; AA.VV., *Il ruolo dell’Esperto nella Composizione Negoziata per la soluzione della Crisi d’Impresa*, a cura di S. Bonfatti, R. Guidotti, M. Tarabusi, Torino, 2021.

¹⁰ Così, recentemente, V. DE SENSI, voce *Composizione negoziata della crisi d’impresa*, in *Enci-*

composizione della crisi, sia il recepimento della Direttiva *Insolvency* (il d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83) che ha sostanzialmente modificato il CCII e sancito, per quanto qui interessa, l'abolizione del precedente sistema dell'OCRI, ridimensionando l'istituto dell'allerta e delle segnalazioni, relegandole al piano interno, senza più prevedere meccanismi forzosi di attivazione di strumenti di composizione o regolazione della crisi¹¹.

In particolare l'impalcatura dell'allerta interna (se ancora così si intende chiamare) si regge, oggi, su tre pilastri:

(i) l'istituzione degli (e la vigilanza sugli) assetti organizzativi, amministrativi e contabili anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale (art. 2086 c.c. e art. 3 CCII);

(ii) la segnalazione dell'organo di controllo (detta "interna"), diretta a quello amministrativo, della sussistenza dei presupposti per ricorrere alla composizione negoziata della crisi (art. 25-*octies* CCII);

(iii) la segnalazione dei "creditori pubblici qualificati" (INPS, INAIL, Agenzia delle entrate, Agenzia delle entrate-Riscossione) (art. 25-*novies* CCII) e delle banche e degli intermediari finanziari (detta "esterna") diretta all'organo di controllo, in merito, rispettivamente, ad alcune rilevanti esposizioni debitorie ed alla modifica, in senso peggiorativo, di determinate condizioni nei relativi rapporti contrattuali (art. 25-*decies* CCII).

Un sistema, dunque, che, se ha conservato, rispetto alla versione originaria del CCII, la medesima prospettiva della duplice tipologia di strumenti di rilevazione e segnalazione e la polarizzazione in capo all'organo di controllo della funzione di recettore dei segnali (interni ed esterni) di crisi, si arresta ad una dimensione meramente interna e fortemente depotenziata, almeno stando al tenore letterale delle norme: da una parte, al mancato riscontro dell'organo amministrativo, il CCII non prevede alcun meccanismo di accesso "forzoso" a procedure concorsuali o a percorsi di composizione della crisi, dall'altra, vi è stato un evidente indebolimento della segnalazione dei creditori pubblici qualificati¹², essendo stato espunto il meccanismo sanzionatorio della perdita

Enciclopedia del Diritto. Crisi d'impresa, diretto da F. Di Marzio, 3, 2024, 135 ss.; S. ROSSETTI, *Presupposti e condizioni per l'accesso alla composizione negoziata. Il valore perseguibile: il risanamento dell'impresa*, in *Diritto della crisi*, 3 aprile 2023 che ricorda come sia proprio il d.l. n. 118 del 2021 a parlare, a proposito, di "percorso"; G. FAUCEGLIA, *Qualche riflessione, "in solitudine", sulla composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa*, in *www.ilcaso.it*, 12 dicembre 2021.

¹¹ V. per un quadro di sintesi il recente contributo di F. PASQUARIELLO, S. MANSOLDO, *Introduzione. doveri delle parti. Gestione interinale*, in AA.VV., *Crisi e insolvenza dopo il Correttivo ter*, a cura di M. Irrera, S.A. Cerrato, Bologna, 2024, 187 ss. e ivi riferimenti alla copiosa normativa sull'istituto.

¹² Cfr. sul punto, F. CESARE, *Torna l'allerta esterna ridimensionata nella composizione negoziata della crisi*, in *Il Fallimentarista*, 4 gennaio 2022.

del privilegio per i loro crediti nel caso di inadempimento al dovere di segnalazione.

Non a caso si è parlato, a tal proposito, di «mutazione genetica»¹³ degli strumenti esistenti per un tempestivo approccio alla crisi¹⁴.

Pertanto, gli obiettivi europei di *early warning*, già scolpiti, invero, ancor prima della Direttiva *Insolvency*¹⁵, nella Raccomandazione UE 2014/135, sono oggi sostanzialmente legati alla capacità dell'organo di controllo di imporsi nella dialettica endosocietaria, attraverso, in particolare, i relativi poteri reattivi¹⁶ (o anche solo la consapevolezza, in capo all'organo amministrativo, del possibile loro esercizio)¹⁷, che, per il tramite del potere-dovere¹⁸ di segnalazione *ex art. 25-octies* CCII (quale esito di un'attenta attività di indagine basata sull'interrogazione degli assetti, sui necessari connessi approfondimenti istruttori e sulla valutazione delle segnalazioni esterne), trapassano la sfera (meramente) societaria per incidere direttamente su quella aziendale della (prevenzione o del superamento della) crisi d'impresa.

Più precisamente, ai sensi dell'art. 25-octies CCII, l'organo di controllo è investito del compito di segnalare, unitamente al revisore, ma ciascuno nell'esercizio delle rispettive funzioni, all'organo amministrativo l'esistenza dei presupposti per accedere al sempre più diffuso¹⁹ percorso della *composizione negoziata*

¹³S. AMBROSINI, *Il (doppio) rinvio del cci: quando si scrive "differimento" e si legge "ripensamento"*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 22 settembre 2021, 7.

¹⁴S. PACCHI, *op. ult. cit.*, 18.

¹⁵In particolare, come noto, al 22° *Considerando* che, invero, rispecchia la pluridecennale letteratura di *Crisis Management* sull'importanza della rapidità di azione a fronte di segnali patologici anche solo precoci o tendenziali; in argomento per tutti v.: I. MITROFF, T. PAUCHANT, *Crisis Management: an integrated approach*, Document special, Faculté des Sciences de l'Administration, 1988 nonché AA.VV., *Crisis Management: Master the Skills to Prevent Disaster*, Harvard Business Press, 2004).

¹⁶In questo senso, già con riguardo al testo dell'art. 15 d.l. n. 118 del 2021, analogo all'art. 25-octies ante ultimo correttivo del settembre 2024, N. ABRIANI, N. CAVALLUZZO, *Segnalazione dei sindaci interna ma anticipata agli squilibri patrimoniali*, in *Il Sole 24 ore*, 20 ottobre 2021 nonché FONDAZIONE NAZIONALE DEI COMMERCIALISTI, *Il d.l. n. 118/2021 – Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale. Il ruolo dell'organo di controllo*, 4 novembre 2021.

¹⁷Posto che, come noto, anche solo la semplice minaccia (purché credibile: di qui, l'importanza dell'effettiva capacità dell'organo di controllo di "imporsi nella dialettica endosocietaria") di ricorrere all'autorità giudiziaria è ritenuta dalla giurisprudenza possibile deterrente, sotto il profilo psicologico, al perseguimento di attività antidoverose (v., ad esempio, Cass., 6 settembre 2021, n. 24045, Cass., 12 luglio 2019, n. 18770, Cass., 29 dicembre 2012, n. 31204, tutte in *De Jure*).

¹⁸Il tenore del CCII non permette di distinguere, come dovrebbe dogmaticamente farsi, tra «obblighi» e «doveri» (i primi, come noto, relativi alla necessità di soddisfare l'interesse specifico di uno o più soggetti, i secondi quella di soddisfare un interesse generale) posto che i termini sono spesso impiegati come sinonimi. Pertanto, si procederà, onde semplificare l'esposizione, ad impiegare i termini come sinonimi anche nel prosieguo di questo lavoro.

¹⁹Nonostante la procedura concorsuale più diffusa sia ancora la liquidazione giudiziale (circa

della crisi (d'impresa), onde prevenire, risolvere o superare tempestivamente la crisi o l'insolvenza e preservare la continuità aziendale.

Un potere, dunque, non tanto di reazione ai comportamenti dell'organo amministrativo, come sono tradizionalmente concepiti quelli dell'organo di controllo, ma "proattivo" e volto a tempestivamente intercettare squilibri patrimoniali o economico-finanziari, a prescindere da irregolarità gestorie, potere che, quindi, ben si colloca in quella visione di specifica integrazione dei sistemi di controllo nella gestione poc'anzi tratteggiata.

Tuttavia, nonostante la rilevanza dell'istituto, avvalorata anche dall'introduzione di un meccanismo premiale in punto responsabilità (ove la segnalazione sia stata «tempestiva» e vi sia stata «vigilanza sull'andamento delle trattative» conseguenti al ricorso alla composizione negoziata), non solo non risultano chiari i contorni dei relativi presupposti, ma la sua disciplina, scandita dallo stesso art. 25-octies CCII (e, pur con taluni diversi connotati, dal precedente art. 14 CCII), appare piuttosto lacunosa e oscura.

Pertanto, è parso quantomai essenziale, all'alba dell'adozione dell'ultimo (allo stato) decreto correttivo in materia, tentare una possibile ricostruzione dei tratti essenziali dell'istituto, onde poter gettare le basi per un proficuo dibattito intorno a quello che, in effetti, tenuto anche conto dei possibili rilevanti profili di responsabilità ad esso connessi, potrebbe rappresentare, oggi, l'architrave dell'intera impalcatura su cui si regge l'*early warning*.

L'indagine sarà, dunque, finalizzata alla ricostruzione della disciplina generale dell'istituto della segnalazione dell'organo di controllo *ex* art. 25-octies CCII e, quindi, relativa all'imprenditore regolato dal Codice civile, così da rappresentare il possibile modello di riferimento da adattare e declinare non solo al caso specifico, ma, anche mediante futuri studi, ai controllori operanti nell'ambito della

il 78,7% del totale nel 2024), i dati pubblicati dal Report predisposto dall'Osservatorio sulla crisi d'impresa di Unioncamere (v., per una sintesi, *Il Sole 24 ore*, 17 marzo 2025) dimostrano che nel 2024 le istanze di accesso alla composizione negoziata sono state pari a 1.089, con un aumento quindi dell'83% rispetto al 2023, superando, per la prima volta, il concordato preventivo (762 domande) e divenendo, pertanto, lo strumento più utilizzato dalle imprese per individuare soluzioni di risanamento. Ciò in un contesto di aumento generale di tutte le procedure concorsuali, posto che nel 2024 quelle avviate sono state 11.701 con un incremento del 33% rispetto al 2022 e del 22% rispetto al 2023 (in flessione soltanto gli accordi di ristrutturazione con un -2,7% rispetto al 2023).

Inoltre è emerso che le imprese che hanno avviato la composizione negoziata nel 2024 hanno una dimensione media superiore rispetto a quelle che utilizzano altri strumenti (tranne l'accordo di ristrutturazione del debito) sia in termini di occupazione sia di fatturato, sebbene le imprese di più contenute dimensioni siano moltissime: il 49% ha, infatti, fino a nove addetti e il valore della produzione del 55% di esse è inferiore a 2,5 milioni (per il 71% è sotto i 5 milioni).

Al 1° marzo 2025, le imprese che, a seguito della composizione negoziata, hanno individuato un percorso di risanamento sono 266 e occupano circa 13.500 persone. Il tasso di successo, ovvero il rapporto fra le istanze chiuse con esito favorevole e il totale delle domande chiuse (1.369), è risultato del 19%.

normativa di settore (ad esempio, delle società quotate, delle imprese bancarie e di quelle assicurative).

Il lavoro si baserà essenzialmente sulle seguenti linee metodologiche.

Sono previste: una sezione introduttiva, due parti, ciascuna composta da due capitoli, e una sezione conclusiva.

La sezione introduttiva sarà dedicata allo studio della genesi dell'istituto (ossia il contesto preesistente alla l. delega 19 ottobre 2017, n. 155 e le diverse versioni della norma che ha disciplinato nel corso del tempo l'allerta interna sino all'odierno art. 25-*octies* CCII) e delle sue caratteristiche fondamentali le quali rappresenteranno, nel prosieguo del lavoro, le coordinate essenziali dell'indagine.

Nella prima parte si proporrà una ricostruzione dell'istituto con riguardo al tipo di organo di controllo preso a modello dal CCII, ossia il collegio sindacale di società per azioni monade, pur tentando, per quanto possibile, di mantenere il riferimento testuale più "neutrale" all'«organo di controllo», in quanto molte delle considerazioni ivi sviluppate varranno, salve talune specificità trattate nel prosieguo del lavoro, anche per gli organi di controllo dei sistemi alternativi di *governance* e della s.r.l.

Così, nel relativo primo capitolo si esaminerà il *presupposto* della segnalazione, partendo dalla disamina di quello per ricorrere alla composizione negoziata (su cui esso necessariamente si innesta) – proponendo, anche attraverso un'indagine comparatistica, una tesi alternativa a quella attualmente prevalente che non ammette piani meramente liquidatori (tesi che si è inteso chiamare "*super-estensiva moderata*" o dell' "*insolvenza relativamente irreversibile*") – e concludendo con un tentativo di declinazione del presupposto della segnalazione che tenga conto delle diverse funzioni e valutazioni proprie dell'organo di controllo rispetto a quelle dell'organo amministrativo, cui soltanto spetta, in ultima istanza, la decisione finale se ricorrere o meno al percorso di composizione negoziata (tesi che si è inteso definire del "*presupposto cangiante*").

Nel secondo capitolo si procederà con la ricostruzione della disciplina dell'istituto, analizzando, in primo luogo, le modalità di accertamento o, meglio, di *rilevazione* del descritto presupposto, attraverso l'esame delle norme dettate in tema di assetti e cercando di sistematizzare i diversi criteri e parametri normativi ricavabili, a tal fine, dagli artt. 2086 c.c. e 3 CCII, verificando altresì l'influenza delle segnalazioni esterne *ex* artt. 25-*novies* e 25-*decies* CCII su tale attività valutativa dell'organo di controllo; in secondo luogo, si scenderà nel dettaglio della disciplina dell'art. 25-*octies* CCII, partendo dall'esame delle modalità (collegiali) con cui l'organo assume la decisione se effettuare o meno la segnalazione, delle caratteristiche di questa e del rapporto dialettico interorganico conseguente e che dovrebbe coinvolgere l'organo di controllo, l'organo amministrativo ed il soggetto incaricato della revisione legale dei conti in quello che si definirà come vero e proprio "*procedimento segnalatorio*"; in terzo luogo, si esamineranno i doveri dell'organo di controllo nell'ambito delle trattative una volta intrapreso il

percorso della composizione negoziata e, infine, si analizzerà il secondo comma dell'art. 25-*octies* CCII, proponendo una lettura del *meccanismo premiale* in punto responsabilità ivi contemplato, volta a ricostruire geometricamente il sistema, valorizzando, in particolare, la segnalazione nella fase della c.d. *pre-crisi*, attraverso un'innovativa duplice interpretazione del concetto di «tempestività» della segnalazione previsto dalla medesima norma.

La seconda parte del lavoro sarà invece dedicata allo studio dell'istituto con riguardo agli altri organi di controllo disciplinati dal Codice civile e, segnatamente: nel primo capitolo, al consiglio di sorveglianza, al comitato per il controllo sulla gestione, all'organo di controllo ed al revisore di s.r.l., con un *focus* anche sulle imprese cc.dd. «sotto soglia», che, pur non rappresentando notoriamente tipi societari a sé, sono, nella prospettiva del CCII, un sottoinsieme di quelle oggetto di indagine; nel secondo capitolo, agli organi di controllo operanti in un contesto di gruppo, considerando, in particolare le differenze tra quelli delle società capogruppo e quelli delle eterodirette. In entrambi i capitoli il metodo sarà analogo a quello impiegato nella prima parte del lavoro, mettendo però in risalto i punti di diversità rispetto al collegio sindacale di s.p.a. monade.

Ne emergerà un quadro, sintetizzato nelle note conclusive, auspicabilmente completo e geometrico, pur non privo di incertezze, di un istituto che, se riportato adeguatamente a sistema ed accuratamente ricostruito con soluzioni equilibrate, senza eccessive responsabilizzazioni, potrebbe efficacemente contribuire all'unionale obiettivo dell'*early warning*.

Ciò, peraltro, in un panorama di rilevanti riforme e ripensamenti sulle responsabilità degli organi sociali, come dimostra la recente legge 14 marzo 2025, n. 35 di modifica dell'art. 2407 c.c.

Introduzione

Coordinate essenziali dell'indagine e genesi dell'istituto

SOMMARIO. 1. Le quattro coordinate essenziali dell'indagine. – 2. Il primo comma dell'art. 14 CCII (vecchio testo) e le prime due coordinate essenziali dell'indagine: il presupposto della segnalazione e la distinzione tra il momento della “rilevazione” e quello della “segnalazione”. – 2.1. Il rapporto tra “indici” e “indicatori”. – 2.2. Una prima sintesi dell'epoca sul presupposto della segnalazione e sulla distinzione tra rilevazione e segnalazione. In particolare: i «fondati indizi della crisi». – 3. Il secondo comma dell'art. 14 CCII (vecchio testo) e la terza coordinata essenziale dell'indagine: il “procedimento segnalatorio”. – 4. Il terzo comma dell'art. 14 CCII (vecchio testo) e la quarta coordinata essenziale dell'indagine: il “meccanismo premiale” in punto responsabilità e la natura della segnalazione. – 5. Dall'art. 15 del d.l. n. 118 del 2021 all'art. 25-*octies* CCII (*ante* Correttivo-*ter*). – 6. L'odierno art. 25-*octies* CCII e conclusioni metodologiche. – 7. Una postilla: la recente riforma dell'art. 2407 c.c. e la responsabilità concorrente e solidale con l'organo amministrativo.

1. *Le quattro coordinate essenziali dell'indagine*

L'istituto della segnalazione interna è caratterizzato da almeno quattro caratteristiche essenziali che ne hanno da sempre delineato gli aspetti più salienti e problematici e che, sin dal principio, ossia dal suo concepimento nella l. delega 19 ottobre 2017, n. 155 fino all'odierno art. 25-*octies* CCII, hanno rappresentato le coordinate fondamentali di qualsivoglia indagine ad esso relativa.

Mi riferisco, in particolare:

(i) alle condizioni in presenza delle quali occorre procedere con la segnalazione (il “*presupposto della segnalazione*”);

(ii) alle modalità di accertamento di tale presupposto ed alla conseguente distinzione, ai fini della valutazione della «tempestività» richiesta dalla norma, tra il momento della sua “*rilevazione*” e quello della successiva “*segnalazione*”;

(iii) alla declinazione della segnalazione come processo articolato in diverse fasi di interlocuzioni endosocietarie (il “*procedimento segnalatorio*”);

(iv) gli effetti della segnalazione in punto responsabilità ed il connesso “*meccanismo premiale*”.

Quattro coordinate che, dunque, accompagneranno l'indagine anche in questa sede ed il cui tessuto connettivo appare riscontrabile in quel nuovo (ed ulte-

riore) ruolo di recettore dei segnali di crisi e di controllore della continuità aziendale che, nell'odierna *Corporate Governance*, pare aver ormai definitivamente assunto l'organo di controllo e ciò a prescindere dalla sussistenza di irregolarità dell'organo amministrativo, oggetto, invece, del suo tradizionale compito di controllore sulla gestione.

Appare dunque, anzitutto, opportuno ripercorrere la genesi e lo sviluppo di tali coordinate onde poter poi procedere con l'indagine sull'istituto nella sua attuale (e forse definitiva) fisionomia.

2. *Il primo comma dell'art. 14 CCII (vecchio testo) e le prime due coordinate essenziali dell'indagine: il presupposto della segnalazione e la distinzione tra il momento della "rilevazione" e quello della "segnalazione"*

Pur nel silenzio del legislatore e, dunque, già prima della l. delega del 19 ottobre 2017, n. 155 e del successivo CCII, era diffusa in dottrina l'opinione per cui anche sull'organo di controllo gravassero specifici doveri orientati alla prevenzione della crisi d'impresa o, quantomeno, alla sua tempestiva rilevazione. A tal proposito si era, infatti, soliti distinguere due profili: da un lato, quello della *rilevazione* tempestiva della crisi e della sua *comunicazione*, dall'altro, quello dell'*azione*, affinché la società si attivasse di conseguenza (accedendo, eventualmente, ad una procedura concorsuale). Si osservava, più precisamente, che se era vero che l'organo di controllo (e, in particolare, il collegio sindacale), laddove non incaricato del controllo contabile, non avrebbe potuto direttamente "contabilizzare" l'andamento economico, era altrettanto vero che, non solo per gli importanti compiti comunque ad esso attribuiti in materia contabile (cfr.: artt. 2403, 2409, 2445, comma 6, 2426 c.c.), ma anche per i suoi incisivi poteri informativi, ispettivi e di interlocuzione con il revisore contabile (cfr.: artt. 2381, 2403-*bis*, 2409-*septies* c.c.), ben avrebbe potuto apprendere quei dati per valutare la prospettiva della continuità aziendale, potendo «cogliere, in ogni momento, la situazione economico-finanziaria e patrimoniale della società»¹. Ma era soprattutto nei doveri di cui all'art. 2403 c.c. che si rinvenivano specifici obblighi in materia di controllo dello stato di salute dell'impresa. E ciò non solo e non tanto nel dovere di vigilanza sul rispetto della legge e dello statuto² ma nel dovere di vigilanza sul rispetto dei «principi di corretta amministrazione», che, quale «clausola generale di com-

¹ M. SANDULLI, *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2009, 1107.

² Ad esempio, si riteneva che l'inadempimento della società, preludio – se grave – di una situazione di crisi, potesse rappresentare di certo una violazione di legge su cui i sindaci avrebbero dovuto vigilare.

portamento degli amministratori»³, avrebbe dovuto, in quest'ottica, imporre agli stessi di tenere, tra altro, anche attraverso la verifica sull'assetto amministrativo, organizzativo e contabile, «comportamenti che assicur[assero] il contenimento del rischio di impresa nel limite della normalità»⁴.

Per questa via già si sosteneva un dovere di attivazione del collegio sindacale in presenza di assetti inadeguati a prevenire o accertare una situazione di squilibrio reddituale o finanziario, di scelte gestorie volte all'assunzione di rischi irragionevoli o eccessivi o, in ogni caso, di dati idonei a porre in dubbio la continuità aziendale⁵. In tali casi, in particolare, l'organo di controllo avrebbe dovuto (i) invitare gli amministratori ad assumere le iniziative del caso, dando eventualmente loro un termine per rispondere a tale sollecitazione, (ii) valutare le relative risposte e, in caso di inerzia o di non condivisione, (iii) investire l'assemblea *ex art.* 2406 c.c. o, nei casi più gravi, agire *ex art.* 2409 c.c.⁶, fermo restando che, pur a fronte di tale potere-dovere di sollecitazione, l'iniziativa per l'approdo (volontario) ad una procedura concorsuale, salva diversa previsione statutaria, spettava agli amministratori, la cui inerzia, conclamatasi nel rischio per la continuità aziendale, era già considerata un'evidente irregolarità gestoria⁷.

In questo senso sembravano già muoversi anche le allora *Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotata* (ad esempio, le Norme 3.4, 11.1, 11.2)⁸.

In tale contesto, come rilevato in altra sede⁹, il dovere dell'organo di controllo sembrava tuttavia rimanere, pur sempre, nell'alveo del dovere di vigilanza sugli amministratori, prospettiva che, invece, a fronte della l. delega n. 155 del 2017 (d'ora innanzi anche "l. delega") e all'introduzione delle c.d. "misure di allerta", di ispirazione francese¹⁰, pareva destinata a mutare, in quanto a tale

³ P. MONTALENTI, *I principi di corretta amministrazione: una nuova clausola generale*, in AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, diretto da M. Irrera, Bologna, 2016, 6.

⁴ M. FRANZONI, *Del collegio sindacale. Della revisione legale dei conti*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna, 2015, 146.

⁵ M. SANDULLI, *op. cit.*, 1107; P. SFAMENI, *Commento* sub art. 2403 c.c., in AA.VV., *Le società per azioni. Codice civile e leggi complementari*, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, I, Milano, 2016, 1561.

⁶ M. SANDULLI, *op. cit.*, 1108.

⁷ V. anche le osservazioni di A. JORIO, *Crisi d'impresa e controlli interni*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, 3, Torino, 2007, 73 ss.

⁸ V. oltre sulle nuove Norme di comportamento oggi in vigore.

⁹ Sia consentito rinviare a F. SUDIERO, *Codice della crisi e misure di allerta: nuove frontiere e nuove prospettive in tema di responsabilità del collegio sindacale?*, in AA.VV., *Le crisi dell'impresa e del consumatore dopo il d.l. 118/2021*. Liber amicorum di Alberto Jorio, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2021, 158 ss.

¹⁰ Per una ricostruzione storica della funzione dell'organo di controllo e per i riflessi e le in-

tradizionale dovere sembrava affiancarsene uno più incentrato sulla continuità aziendale¹¹, ovvero a prescindere da eventuali irregolarità gestorie, quale fulcro di un necessario «collegamento tra *governance* societaria e crisi d'impresa»¹².

Ciò non solo e non tanto per il riconoscimento, poi avvenuto espressamente dal CCII, del potere di chiedere in proprio il fallimento (*recte*, la liquidazione giudiziale), posto che si trattava (e si tratta tutt'ora¹³) più che di rimedio per prevenire la crisi, per evitare l'aggravarsi del dissesto, ma per un insieme di indici sistematici¹⁴, a partire dalla parametrizzazione dell'adeguatezza degli assetti alla «rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale» [art. 14, comma 1, lett. b), l. delega] sino al dovere degli organi di controllo e dei revisori, «ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni», di «avvisare immediatamente l'organo amministrativo» dell'esistenza di «fondati indizi della crisi» [art. 4, comma 1, lett. c), l. delega] e ciò, quantomeno testualmente, a prescindere da irregolarità gestorie o da particolari atti di illegalità dell'organo amministrativo¹⁵, principi che trovarono poi attuazione, nella prima versione del CCII, nei relativi artt. 3 e 14.

fluenze della normativa francese sulla riforma italiana v., per tutti, il recente lavoro monografico di il lavoro monografico di R. RUSSO, *Collegio sindacale e impresa in crisi*, Milano, 2021, *passim*.

¹¹ Si era infatti affermato che «l'organo di controllo o il revisore debbono avvisare immediatamente i gestori dell'esistenza di fondati indizi della crisi e quindi hanno il dovere di monitoraggio dello "stato di salute" della società, coerente con quello di creare assetti organizzativi adeguati a tal fine» (O. CAGNASSO, *Profili di diritto societario della crisi nell'ambito della riforma fallimentare*, in *Nuovo dir. soc.*, 9/2017, 1002).

¹² ANT. ROSSI, *La legge delega per la riforma delle discipline della crisi d'impresa: una prima lettura*, in *Soc.*, 2017, 1381.

¹³ V. art. 37, comma 2, CCII. Prima, l'assenza di specifiche previsioni sul punto aveva indotto gli interpreti a ricercare varie soluzioni per identificare un potere reattivo in materia in capo all'organo di controllo, come, ad esempio, il deposito di uno specifico esposto indirizzato al pubblico ministero. Soluzione, invero, non particolarmente efficace posto che i casi in cui quest'ultimo poteva farsi carico di depositare un'istanza di fallimento erano assai limitati (nel senso della sostanziale impossibilità del collegio sindacale di sollecitare l'iniziativa del pubblico ministero v. S. AMBROSINI, *I poteri dei sindaci*, in AA.VV., *Il collegio sindacale. Le nuove Regole*, a cura di R. Alessi, N. Abriani, U. Morera, Milano, 2007, 256 ss.).

¹⁴ Per riferimenti e ulteriori riflessioni sia concesso rinviare a F. SUDIERO, *Il collegio sindacale "di gruppo" e continuità aziendale: tra «fondati indizi della crisi» e vantaggi compensativi «fondatamente prevedibili»*, in AA.VV., *Impresa e rischio. Profili giuridici del risk management*, a cura di S.A. Cerrato, Torino, 2019, 128 ss.

¹⁵ In questo senso non sembrano dunque condivisibili le osservazioni sostenute, a proposito della successiva introduzione, come si vedrà oltre, del dovere di segnalazione da parte dell'organo di controllo da parte di C. BAUCO, *Il ruolo dell'organo di controllo nella composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, in *Diritto della crisi*, 9 marzo 2022, 7 ss., per la quale tale dovere non sarebbe una novità sistematica «prorompente» in quanto già implicito nell'art. 2403 c.c. Non convince inoltre l'argomentazione che fa leva sul tenore della relazione illustrativa al d.l. n. 118 del 2021 per cui la segnalazione dell'organo di controllo costituirebbe un «dovere che rientra nella previsione dell'articolo 2403 del codice civile», in quanto tale affermazione sembra più semplicemente affermare la doverosità della segnalazione.

Un monitoraggio, dunque, ancorato alla *prevenzione* dello stato di crisi ed alla *preservazione* della continuità aziendale, in chiave già marcatamente anticipatoria¹⁶ (anche se sul punto non vi era unanimità di vedute¹⁷).

¹⁶ Diversamente – si argomentava – se ci si fosse limitati a prevenire la mera «probabilità di insolvenza» sarebbe stato presumibilmente di regola «troppo tardi per intervenire utilmente, o quanto meno per scongiurare una situazione nella quale sia compromessa la possibilità di soddisfazione di tutti i creditori» (M. CATALDO, *La soggezione dell'impresa in crisi al regime di allerta e composizione assistita*, in *Fall.*, 2016, 1024) con l'evidente rischio di «condurre, considerata la resistenza delle imprese alla prevenzione, ad attivazioni tardive» (P. MONTALENTI, *Il diritto concorsuale tra passato e futuro: introduzione*, relazione tenuta al XXX Convegno di studio su *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo*, Courmayeur, 23-24 settembre 2016, 7, reperibile su www.cnpds.it, ID., *Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 843. Medesime considerazioni provenivano anche dalla dottrina aziendalistica, v.: R. RANALLI, *Gli indicatori di allerta nel testo del disegno di legge delega della riforma fallimentare approvato dalla Camera; esame critico; rischi per il sistema delle imprese*, in www.ilcaso.it, 14 febbraio 2017; ID., *Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi: insidie ed opportunità*, in www.ilfallimentarista.it, 31 ottobre 2017, ID., *Le misure di allerta. Dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'OCRI*, Milano, 2019).

¹⁷ Si era, infatti, detto che «il disegno di legge parrebbe aver perso l'occasione di articolare una definizione di “crisi” ontologicamente autonoma rispetto alla nozione di insolvenza. Anzi la soluzione adottata nel progetto di riforma conduceva ad espungere dall'area semantica della fattispecie “crisi” molteplici ipotesi di difficoltà dell'impresa che ad essa sono tradizionalmente ricondotte in via interpretativa; si tratta di situazioni connotate da «carattere transeunte e reversibile che meritano di essere segnalate con tempestività, sebbene la loro esistenza non aumenti, di per sé sola, le probabilità di futura insolvenza» (R. RUSSO, *Collegio sindacale e prevenzione della crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 126 e ivi riferimenti nelle note 17 ss.). Sul tema, cfr.: ANT. ROSSI, *Dalla crisi tipica ex cci alle persistenti alterazioni delle regole di azione degli organi sociali nelle situazioni di crisi atipica*, in www.ilcaso.it, 11 gennaio 2019 e in *Fall.*, 2019, 291, R. RANALLI, *Definiti gli indici di crisi e il percorso di rilevazione dei suoi fondati indizi*, in *Il Fallimentarista*, 23 settembre 2019.

In generale sulla nozione di crisi ed i confini con quella di insolvenza v., tra i contributi più recenti, A. SCIARRONE ALIPRANDI, M. MOZZARELLI, *Disciplina della crisi e «tipologie» di debitori*, in AA.VV., *La crisi d'impresa nel nuovo codice: problemi e prospettive*, a cura di F. Brachini, Torino, 2024, 43 ss.; S. AMBROSINI, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, in www.ilcaso.it, 14 gennaio 2019 e in *Dir. fall.*, 2019, fasc. 1; M.C. CARDARELLI, *Insolvenza e stato di crisi tra scienza giuridica e aziendalistica*, in *Dir. fall.*, 2019, 11 ss.; G. LAZOPPINA, *La crisi di impresa alla luce del nuovo diritto fallimentare*, in *Il Fallimentarista*, 1 febbraio 2019; A.M. AZZARO, *Appunti sulla nozione giuridica di “crisi” d'impresa come stato di non insolvenza (irreversibile)*, in AA.VV., *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, diretto da S. Ambrosini, Bologna, 2017, 147; M. BINI, *Procedura di allerta: indicatori della crisi ed obbligo di segnalazione da parte degli organi di controllo*, in *Soc.*, 2019, 430 ss.; A. BENOCCI, *Dal fallimento alla liquidazione giudiziale: rivoluzione culturale o make-up di regolamentazione?*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 777; FONDAZIONE NAZIONALE DEI COMMERCIALISTI, *Crisi d'impresa e insolvenza nella prospettiva aziendale e giuridica alla luce delle riforme in itinere*, 28 febbraio 2017 reperibile su: www.fondazioneNazionaleCommercialisti.it; N. ROCCO DI TORREPADULA, *Aspetti della crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2018, 1096; G. TERRANOVA, *Prime impressioni sul progetto di codice della crisi di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, 387; G. PRESTI, *Stato di crisi stato*

Più precisamente, l'art. 14 CCII, nella prima versione promulgata – ancorché mai entrata in vigore –, rubricato «[o]bligo di segnalazione degli organi di controllo societari», recitava:

– al primo comma, «[g]li organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, hanno l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato, se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi»;

– al secondo comma, «[l]a segnalazione deve essere motivata, fatta per iscritto, a mezzo posta elettronica certificata o comunque con mezzi che assicurino la prova dell'avvenuta ricezione, e deve contenere la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese. In caso di omessa o inadeguata risposta, ovvero di mancata adozione nei successivi sessanta giorni delle misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi, i soggetti di cui al comma 1 informano senza indugio l'OCRI, fornendo ogni elemento utile per le relative determinazioni, anche in deroga al disposto dell'articolo 2407, primo comma, del codice civile quanto all'obbligo di segretezza»;

– al terzo comma, «[l]a tempestiva segnalazione all'organo amministrativo ai sensi del comma 1 costituisce causa di esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dal predetto organo, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione, a condizione che, nei casi previsti dal secondo periodo del comma 2, sia stata effettuata tempestiva segnalazione all'OCRI. Non costituisce giusta causa di revoca dall'incarico la segnalazione effettuata a norma del presente articolo»;

– al quarto comma, infine, «[l]e banche e gli altri intermediari finanziari di cui all'art. 106 del testo unico bancario, nel momento in cui comunicano al

di insolvenza, in *Crisi di impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso, L. Panzani, I, Torino, 2016, 400 ss.

Per alcune riflessioni meno recenti v. G. PRESTI, *Rigore è quando l'arbitro fischia?*, in *Fall.*, 2009, 28; G. TERRANOVA, *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapacienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, 547 ss.; G. BRUGGER, sub art. 160, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. Jorio, M. Fabiani, Bologna, 2006, 2300; D. GALLETTI, sub art. 160, *ivi*, 2272; M. FABIANI, *Le trasformazioni della legge fallimentare*, in *Foro it.*, 2005, V, 158; G. LO CASCIO, *Disciplina dell'impresa in crisi e tutela del ceto creditorio*, in *Fall.*, 1996, II, 924; G. RAGUSA MAGGIORE, *Identità di temporanea difficoltà e insolvenza: un suggerimento al futuro legislatore*, in *Dir. fall.*, 1995, II, 517; A. MAFFEI ALBERTI, *La nozione di insolvenza: un concetto che muta. Crisi finanziaria, crisi strutturale ed insolvenza d'impresa: economia e diritto a confronto*, in *Fall.*, 1988, 897.

cliente variazioni o revisioni o revoche degli affidamenti, ne danno notizia anche agli organi di controllo societari, se esistenti».

Ai sensi dell'art. 3, comma 3, del d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 era stato poi previsto che, al comma 2, dopo le parole «primo comma, del codice civile», venissero inserite le parole «e dell'articolo 9-*bis*, commi 1 e 2, del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39» nonché il seguente periodo: «[g]li organi di controllo societari, quando effettuano la segnalazione, ne informano senza indugio anche il revisore contabile o la società di revisione; allo stesso modo, il revisore contabile o la società di revisione informano l'organo di controllo della segnalazione effettuata».

La norma, tra i diversi interrogativi suscitati, poneva già una prima rilevante questione di ordine sistematico destinata a riverberarsi sullo studio della relativa disciplina anche nelle sue successive versioni, formando, quindi, quella che si è inteso qui definire come prima coordinata fondamentale dell'anatomia dell'istituto e che sta alla base dell'accertamento del presupposto della segnalazione: la distinzione tra il momento della "rilevazione" e quello della "segnalazione", corollario della differenza, a monte, tra controllo di primo grado e controllo di secondo grado sullo stato di salute dell'impresa.

Occorreva, infatti, anzitutto domandarsi se il dovere di controllo dei sindaci sullo stato di salute dell'impresa fosse di tipo diretto e, quindi, di primo grado¹⁸. La risposta sembrava dover essere negativa, dovendosi ritenere questo un controllo soltanto indiretto o di secondo grado¹⁹. Ciò in quanto, in primo luogo, ad una interpretazione letterale, la norma sembrava richiedere, più che una verifica diretta sulla sussistenza dell'equilibrio economico finanziario, un dovere di controllo (*recte*, di verifica) sulla sua costante valutazione da parte di quello amministrativo. In secondo luogo, in chiave logico-letterale, l'utilizzo del verbo «verifica» (che reggeva il periodo del primo comma), piuttosto che a quello di «valuta», suggeriva, già solo semanticamente, la richiesta di un'analisi tecnica rispetto a parametri di riferimento prestabiliti o comunque definibili ed ispirati normalmente a paradigmi di correttezza, parametri concettualmente inutilizzabili per un controllo sul prevedibile «andamento della gestione» che, invero, meglio si concilia con poteri-doveri valutativi e di merito, tipici dell'organo gestorio. Inoltre, l'avverbio «costantemente» non avrebbe potuto significare, né per i sindaci

¹⁸In argomento cfr.: G. GUERRIERI, *I sindaci nel nuovo sistema concorsuale: gli artt. 2477 c.c. e 14 c.c.i.i.*, in *Rivista ODC*, 1, 2020, 221., V. DONATIVI, *I doveri di «allerta» degli organi di controllo societari e dei revisori (l'art. 14 del Codice della Crisi e la nuova mappa dei rapporti endosocietari interorganici in funzione di prevenzione della crisi)*, in AA.VV., *Le crisi dell'impresa e del consumatore dopo il d.l. 118/2021*. Liber amicorum di Alberto Jorio, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2021, 141 ss.

¹⁹G. GUERRIERI, *op. ult. cit.*, 2020, 222 ss. e ivi rife. V., però, *contra* V. DONATIVI, *op. cit.*, 141 ss. che interpretava il tenore della norma nel senso di un dovere di controllo addirittura diretto e di primo grado tenuto conto dell'ambiguo tenore letterale della norma.

né, invero, per l'organo amministrativo, "perpetuamente" e "continuamente", ma più semplicemente "con costanza" o "ragionevole frequenza"²⁰. Infine il riferimento alla segnalazione appariva già come riflesso di una rilevazione resa possibile da un efficace apparato (gli assetti, appunto) di cui erano (e sono) responsabili principalmente gli amministratori.

Si era, dunque, proposto di distinguere il momento della "rilevazione" da quello della "segnalazione", concetti, in effetti, non sovrapponibili: la rilevazione, che doveva essere «tempestiva», pareva evocata dal legislatore, non a caso, con riguardo agli assetti (art. 2086 c.c.²¹) così ponendo in luce il rapporto tra il momento della verifica, nella realtà fenomenica aziendale, dello squilibrio rilevante e quello della sua emersione e rilevazione per il tramite degli assetti, mentre la segnalazione (art. 14 CCII), che doveva essere «immediata», non poteva che riguardare il momento successivo e, quindi, quello intercorrente tra la rilevazione e, appunto, la segnalazione. Sicché, poiché la seconda si sarebbe dovuta porre come conseguenza logico-fattuale della rilevazione, occorre domandarsi se l'«immediatezza» richiesta dalla norma riguardasse anche il momento della rilevazione rispetto alla vera e propria verifica, nella realtà aziendale, dell'«indizio di crisi» oppure operasse solo nello passaggio successivo, ovverosia tra la rilevazione e la segnalazione: nel primo caso, difficilmente si sarebbe potuto negare un dovere di controllo di "primo grado", costante e diretto dei sindaci sullo stato di salute dell'impresa, nel secondo caso, invece, il controllo sarebbe stato evidentemente di "secondo grado". Il tenore della norma, letta con l'art. 2086 c.c., già sembrava suggerire questa seconda soluzione.

Tuttavia, un'esautiva risposta al quesito necessitava di un ulteriore, preliminare, approfondimento e, segnatamente, sull'oggetto della segnalazione o, meglio, sul suo presupposto, introducendo, così, la seconda fondamentale coordinata dell'indagine che parimenti avrebbe accompagnato l'istituto nelle sue successive versioni sino ad oggi (pur essendo cambiato il relativo contenuto). All'epoca, secondo il tenore del vecchio testo dell'art. 14 CCII, il presupposto della segnalazione era rappresentato dall'esistenza di «fondati indizi della crisi» il cui significato poteva individuarsi soltanto esaminando il sistema elaborato dal legislatore e, su delega di questo ai sensi dell'allora art. 13 CCII, dal Consiglio Na-

²⁰ La cui frequenza avrebbe dovuto ricavarsi in base al tipo di impresa ed alla situazione concreta e, quindi, alla luce dei criteri di diligenza professionale dei sindaci e dell'organo amministrativo. Secondo alcuni autori l'avverbio "costantemente" avrebbe dovuto essere interpretato nel senso di "opportuna intensità" (v. A. MIRONE, *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta*, in *Rivista ODC*, 1, 2020, 34 e ivi rife.).

²¹ Sul tema recentemente v., per tutti, P. MONTALENTI, *Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, cit., 829 ss. ed ivi rife.

zionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili²² (anch'esso mai entrato in vigore, ma cionondimeno utili per le presenti riflessioni).

2.1. Il rapporto tra "indici" e "indicatori"

Il sistema così elaborato: (i) chiariva cosa dovesse intendersi per «stato di crisi», ovvero la inadeguatezza delle disponibilità liquide attuali e dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni esistenti ed a quelle previste²³ e, di conseguenza, (ii) stabiliva una gerarchia tra i diversi indizi rilevanti ai sensi dell'art. 14 CCII riconducendo a sistema i vari concetti introdotti in sequenza all'art. 13, comma 1, CCII²⁴.

Più precisamente, mentre gli «indicatori della crisi» (§ 1.1 del documento elaborato dal CNDCEC), rappresentavano situazioni che segnavano di per sé «il momento di discriminare tra situazioni di crisi che assumono rilevanza per gli obblighi segnaletici e situazioni che non la assumono ancora» [ed erano identificati: 1) nell'assenza della sostenibilità del debito nei successivi sei mesi, 2) nel pregiudizio per la continuità aziendale nell'esercizio in corso o quantomeno per i sei mesi di durata residua, 3) nella presenza di ritardi reiterati e significativi nei pagamenti, avendo anche riguardo ai limiti posti ai fini delle misure premiali dagli allora artt. 24-25 CCII], gli «indici» costituivano segnali di crisi, ma non assumevano da soli rilevanza sufficiente a fare ritenere sussistente uno stato di crisi ai sensi dell'art. 14 CCII.

Pertanto, secondo il documento elaborato dal CNDCEC, il sistema degli «indici» rappresentava anch'esso un indizio della crisi alla stregua degli indicatori, tuttavia, a differenza degli «indicatori» (che avevano rilevanza segnaletica autonoma), per essi veniva richiesta una valutazione complessiva di tutti gli elementi che lo componevano secondo una sequenza individuata dal documento medesimo attraverso un sistema "ad albero". Così, il primo *step* richiedeva l'accertamento della consistenza del *patrimonio netto*, poiché, se negativo, face-

²² Ci si riferisce al documento CNDCEC, "Crisi d'impresa. Gli indici d'allerta", 20 ottobre 2019, reperibile su www.cndcec.it.

²³ Evidenziando che «tale indicazione, anche tenuto conto, dell'orizzonte temporale breve (sei mesi) scelto dal legislatore, è evidentemente riduttiva rispetto alle possibili definizioni di crisi suggerite dalla dottrina aziendalistica ma costituisce l'unica giuridicamente apprezzabile ai fini della costruzione del sistema dell'allerta».

²⁴ Non erano ovviamente mancate diverse letture del rapporto tra i concetti degli "indicatori e "indici" (su cui mi permetto di rinviare a F. SUDIERO, *Codice della crisi e misure di allerta: nuove frontiere e nuove prospettive in tema di responsabilità del collegio sindacale?*, in AA.VV., *Le crisi dell'impresa e del consumatore dopo il d.l. 118/2021*. Liber amicorum di Alberto Jorio, cit., 158 ss.) nonché dei «fondati indizi della crisi», tali per cui sarebbe stata necessaria una valutazione "unitaria" dei vari indicatori ed indici, che inducesse a ritenere sussistente uno stato di crisi.

va presumere l'esistenza di uno stato di crisi. Il secondo era rappresentato dalla verifica del "*debt service coverage ratio*" (DSCR), che, se inferiore a 1, faceva presumere lo stato di crisi. Il terzo *step*, a cui si doveva "accedere" solo quando i dati necessari alla elaborazione del DSCR non fossero stati disponibili o comunque non attendibili, prevedeva l'accertamento della crisi attraverso la misurazione di *cinque indici* (e solo se risultavano superate congiuntamente tutte le relative soglie fissate si sarebbe potuto presumere uno stato di crisi): 1) *indice di sostenibilità degli oneri finanziari*, in termini di rapporto tra gli oneri finanziari ed il fatturato; 2) *indice di adeguatezza patrimoniale*, in termini di rapporto tra patrimonio netto e debiti totali; 3) *indice di ritorno liquido dell'attivo*, in termini di rapporto tra *cash flow* e attivo; 4) *indice di liquidità*, in termini di rapporto tra attività a breve termine e passivo a breve termine; 5) *indice di indebitamento previdenziale e tributario*, in termini di rapporto tra l'indebitamento previdenziale e tributario e l'attivo.

2.2. Una prima sintesi dell'epoca sul presupposto della segnalazione e sulla distinzione tra rilevazione e segnalazione. In particolare: i «fondati indizi della crisi»

All'esito del predetto esame sembrava potersi affermare²⁵, in definitiva che:

(i) fosse effettivamente opportuno distinguere tra dovere di *rilevazione* e dovere di *segnalazione*;

(ii) quanto al dovere di (tempestiva) *rilevazione*, tenuto conto della complessità delle strutture aziendali, dell'impossibilità oggettiva di un contatto costante tra organo di controllo (composto di soli tre o cinque membri e per giunta, se si tratta del collegio sindacale, estraneo al *management*) e operatività aziendale, il relativo adempimento fosse possibile unicamente in presenza di un assetto amministrativo, organizzativo e contabile adeguato (appunto, anzitutto, alle dimensioni dell'impresa) e concretamente funzionate onde consentire (a) la «rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale» (art. 2086 c.c.), ovvero sia assetti idonei ad intercettare (appunto «tempestivamente») i menzionati «fondati indizi della crisi» (art. 14 CCII) (o, in chiave ancor più anticipatoria, secondo autorevole dottrina, pure di segnali prossimi ai predetti indicatori e agli indici individuati dal CNDCEC ai sensi dell'allora art. 13 CCI²⁶) nonché (b) quel monitoraggio «costante» su quelle valutazioni (altrettanto) «costanti» dell'organo amministrativo di cui al medesimo art. 14 CCII;

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ V., sul punto, P. MONTALENTI, *Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, cit.,

(ii).(i) con la conseguenza che (a) sull'organo di controllo sarebbe dovuto gravare un dovere soltanto "indiretto" di rilevazione dei «fondati indizi della crisi» attraverso la vigilanza sul concreto funzionamento degli assetti (arg. *ex comb.* disp. artt. 2086, 2403 c.c. e art. 14 CCII), (b) l'esistenza di assetti «concretamente» (arg. *ex art.* 2403 c.c.) adeguati avrebbe potuto costituire – in presenza di una successiva segnalazione (avvenuta entro un termine ragionevole dalla rilevazione stessa) – una presunzione (quantomeno semplice²⁷) di adempimento, da parte dell'organo di controllo, del menzionato dovere di tempestiva rilevazione²⁸;

(iii) quanto, invece, al dovere di (tempestiva) *segnalazione*, pareva possibile ritenere sussistente un dovere diretto dell'organo di controllo, una volta rilevati i cc.dd. «fondati indizi della crisi»;

(iii).(i) concetto, quello di «fondati indizi della crisi», non del tutto sovrapponibile con quello di «indicatori» e di «indici» *ex art.* 13 CCII vecchio testo, tenuto conto dell'interpretazione letterale e teleologica dell'allora art. 14 CCII e, in particolare, (a) della diversità lessicale dei termini in questione e (b) della sostanziale necessità di attribuire all'organo di controllo un'apprezzabile margine di discrezionalità valutativa dei dati aziendali onde procedere con la segnalazione, senza, dunque, automatismi; mentre, infatti, appariva condivisibile il rapporto tra «indici» e «indicatori» per come elaborato dal CNDCEC, come sopra sintetizzato, i «fondati indizi» della crisi, che facevano scattare gli obblighi segnalatici, potevano rappresentare un concetto volutamente aperto che, da un lato, certamente avrebbe potuto coincidere – alla stregua di una presunzione semplice – con gli «indicatori» o gli «indici» stessi (nei termini descritti dal CNDCEC), ma, dall'altro, se ne sarebbe potuto discostare, potendosi verificare la cir-

842 ss. Riteneva che i fondati indizi inglobassero anche la c.d. "pre-crisi" quale mera possibilità non ancora tradottasi in probabilità di insolvenza (S. LEUZZI, *Indicizzazione della crisi d'impresa e ruolo degli organi di controllo: note a margine del nuovo sistema*, in *www.ilcaso.it*, 28 ottobre 2019, 34 ss.).

²⁷ Invero mi era parso di poter parlare, nel contributo citato, addirittura di presunzione legale assoluta o, almeno, relativa ancorché implicita, posto che una volta dimostrata l'adeguatezza e la tempestività della segnalazione nei termini descritti, appariva difficilmente ammissibile una prova contraria sul punto. Infatti, se il creditore-attore avesse dimostrato l'inadeguatezza degli assetti avrebbe semplicemente "smontato" la premessa della presunzione, ma non avrebbe provato il suo contrario. Invero poteva forse residuare ancora la possibilità della prova da parte però del creditore-attore del ritardo nella rilevazione.

²⁸ A tal proposito si era osservato che: «[s]i deve escludere, infatti, che l'art. 14 c.c.i.i., imponendo ai sindaci, in tesi, soltanto un controllo di secondo grado, abbia inteso abrogare implicitamente la disposizione codicistica ora citata ed abbia voluto attenuare i loro doveri in tema di adeguatezza degli assetti societari: interpretazione che si porrebbe in controtendenza con lo spirito della riforma – diretta ad accrescere, e non ad attenuare, i doveri degli organi sociali sul punto – e che trascurerebbe la valenza dello stesso art. 14, nella parte in cui impone all'organo sindacale di verificare che gli amministratori, oltre a valutare costantemente gli assetti, assumano "conseguenti idonee iniziative"» (G. GUERRIERI, *I sindaci nel nuovo sistema concorsuale: gli artt. 2477 c.c. e 14 c.c.i.i.*, cit., 222).

costanza che, pur in presenza dei predetti «indicatori» o di superamento delle soglie dei predetti «indici», per le caratteristiche dell'impresa, non ci si trovasse dinnanzi a «fondati indizi» della crisi, o, viceversa, che, pur in assenza dei primi, sussistessero questi ultimi in conseguenza di altri elementi che imponessero, parimenti, doveri segnaletici²⁹.

Pertanto, fermo l'obbligo di *segnalazione* nei limiti dei «fondati indizi della crisi», pur intesi nell'ampia accezione descritta, il suo adempimento in termini di «immediatezza» si sarebbe potuto assolvere solo in caso di «tempestiva» *rilevazione* nell'accezione anzidetta, con la conseguenza che l'esistenza di assetti concretamente adeguati e funzionanti ai fini di tale rilevazione avrebbe potuto costituire presunzione, quantomeno semplice³⁰, anche di «immediatezza» della segnalazione (purché effettuata entro un termine ragionevolmente contenuto dalla rilevazione medesima).

3. *Il secondo comma dell'art. 14 CCII (vecchio testo) e la terza coordinata essenziale dell'indagine: il "procedimento segnalatorio"*

La norma disciplinava anche le modalità con cui l'organo di controllo avrebbero dovuto effettuare la segnalazione e interloquire con l'organo amministrativo e l'OCRI, introducendo, invero, un vero e proprio "*procedimento segnalatorio*" che, come si vedrà oltre, è stato anch'esso riproposto, pur con diverse – anche significative – declinazioni e caratteristiche, nelle successive versioni delle norme che hanno disciplinato l'istituto in esame e che dunque rappresenta, nella metodologia qui seguita, la terza fondamentale coordinata dell'indagine.

In particolare, il comma 2 dell'allora art. 14 CCII introduceva una sorta di "guidata" dialettica endosocietaria costruita sui tre diversi riscontri dell'organo amministrativo alla segnalazione: (i) le «soluzioni individuate», entro il primo termine assegnato dall'organo di controllo, (ii) le «iniziative intraprese», sempre entro il primo termine e (iii) le «misure» con cui dare attuazione alla strategia adottata, entro l'allora secondo termine previsto.

Inoltre, il comma 3 della disposizione, in tema di esonero da responsabilità (su cui v. paragrafo successivo), faceva riferimento ad una segnalazione che doveva possedere due caratteristiche fondamentali: la «tempestività» e la «conformità» al comma 1 della stessa disposizione. Il risultato ermeneutico del combi-

²⁹ Interpretazione che avrebbe potuto, se non evitare, quantomeno contenere, il rischio di falsi positivi e falsi negativi. Cfr. in argomento, per tutti, R. RANALLI, *Il codice della crisi gli "indicatori significativi": la pericolosa conseguenza di un equivoco al quale occorre porre rimedio*, in *www.ilcaso.it*, 12 novembre 2018.

³⁰ Potendo al più il creditore/attore dimostrare eventualmente l'inerzia o il ritardo, tenuto anche conto della natura di fatto negativo della prova contraria.

nato disposto di questi richiami con la dialettica “guidata” del comma 2, sembrava dover imporre la necessità, da un lato, di declinare la «tempestività» in termini di (completezza³¹ e) «immediatezza» (ma nei termini visti di cui al comma 1, appunto) e, dall'altro, di considerare la segnalazione più tecnicamente come vero e proprio “*procedimento segnalatorio*”, ovvero una segnalazione intesa a formazione progressiva e a diversi *step*; sicché questa avrebbe potuto considerarsi conforme «ai sensi del comma 1» alla condizione che: (i) l'organo amministrativo avesse fornito, a seguito di essa, adeguato riscontro ponendo anche in essere le misure necessarie³², (ii) in caso, invece, di mancata o inadeguata risposta o di mancata adozione delle misure necessarie da parte del primo, l'organo di controllo avesse dato corretta informativa all'OCRI ed eventualmente azionato i propri poteri reattivi³³.

³¹ Requisito ricavato ovviamente in chiave logica e teleologica essendo una segnalazione incompleta ancorché immediata, inutile, richiedendo necessariamente il suo completamento e, quindi, determinando di conseguenza la perdita di immediatezza.

³² In questo senso pareva anche A. MIRONE, *op. cit.*, 52, nt. 91, il quale peraltro sembrava sostenere un esonero di responsabilità anche per gli amministratori.

³³ Dalla segnalazione, infatti, secondo quanto più oltre si vedrà, sarebbe derivato un esonero da responsabilità per fatti e omissioni dell'organo di controllo ad essa successivi, purché, come espressamente previsto dalla stessa norma, non «conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione». Sicché quanto avvenuto prima della segnalazione, eventuali azioni od omissioni, avrebbe potuto comunque costituire fonte di responsabilità. Per questa ragione sembrava più convincente la tesi per cui in caso di mancata o omessa adozione di misure adeguate da parte dell'organo amministrativo nonostante la segnalazione, i controllori avrebbero conservato i loro poteri – doveri, incluso quello di cui all'art. 2409 c.c., potendo rappresentare, in effetti, questa una grave irregolarità e posto che, in via sistematica, non sembrava irrilevante, in materia, l'espressa previsione dell'art. 2409 c.c. quale rimedio nelle società pubbliche in caso di mancata tempestiva adozione del piano di risanamento nelle ipotesi di «fondati indizi della crisi» [art. 14, comma 2 d.lgs. 16 agosto 2016, n. 175 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, “TUSP”)]. Così mi era parso di poter sostenere all'epoca in F. SUDIERO, *Codice della crisi e misure di allerta: nuove frontiere e nuove prospettive in tema di responsabilità del collegio sindacale?*, in *Nuovo dir. soc.*, 2021, 1901 ss., nonché v. la proposta di coordinamento dei due rimedi in CENTRO DI RICERCA INTERDIPARTIMENTALE SU IMPRESA, SOVRAINDEBITAMENTO E INSOLVENZA, *Proposte correttive 8 luglio 2019*, in <http://www.centrocrisi.it/wp-content/uploads/2019/07/Allegato-Centro-CRISI-Proposte-correttive-8-luglio-2019-pubblico.pdf>. In argomento cfr.: A. MIRONE, *op. cit.*, 54, P. BENAZZO, *op. cit.*, 295 ss. F. BRIZZI, *Procedure di allerta e doveri degli organi di gestione e controllo: tra nuovo diritto della crisi e diritto societario*, in *Rivista ODC*, 2019, 367 ss.

Invero, si sarebbe potuto anche ritenere, interpretando diversamente, la non necessità del duplice momento della “risposta” e della successiva “adozione” delle misure da parte dell'organo gestorio, ma soltanto quello della “risposta adeguata” (intendendosi per tale quella consistente nella “adozione” di vere e proprie misure), relegando, così, la parte della norma sull'adozione delle misure nei successivi sessanta giorni a mero momento eventuale e frutto di richiesta espressa di proroga dell'organo amministrativo per, appunto, rispondere “adeguatamente” alla segnalazione. Ma questa interpretazione sembrava scontrarsi chiaramente con il chiaro dato letterale sul punto. Sull'analisi puntuale della dialettica tracciata dalla disposizione v., per tutti, V. DONATIVI, *op. cit.*, 148 ss.

Di contro, sembrava potersi sostenere che l'eventuale negligente, dolosa o abusiva segnalazione avrebbe potuto esporre il segnalante a responsabilità esclusiva o per fatto proprio senza che ciò potesse essere ostacolato dalla previsione, contenuta al medesimo comma 2, per cui la segnalazione «effettuata *a norma* del presente articolo» non avrebbe costituito «giusta causa di revoca dall'incarico», posto che una segnalazione negligente, dolosa e abusiva giammai avrebbe potuto considerarsi a «norma». Anzi, tale specificazione deponeva in senso contrario ossia nel senso che non tutte le segnalazioni potessero ritenersi fonte di esonero e soprattutto legittime, ma soltanto quelle che, appunto, erano «a norma»³⁴.

Potevano, infine, sorgere dubbi in merito ai rapporti con il soggetto incaricato della revisione legale dei conti (ed anche sull'eventuale estensione di esonero al medesimo³⁵). Il tema appariva già piuttosto delicato posto che il rischio era certamente quello di una possibile «corsa» alla segnalazione (*rectius*, all'esonero) posto che la norma, in una sua prima versione, risultava palesemente lacunosa in merito ai meccanismi di coordinamento. A tal proposito, come anticipato, il legislatore era intervenuto precisando che «[g]li organi di controllo societari, quando effettuano la segnalazione, ne informano senza indugio anche il revisore contabile o la società di revisione; allo stesso modo, il revisore contabile o la società di revisione informano l'organo di controllo della segnalazione effettuata», precisazione che sembrava addirittura riduttiva rispetto ad un dovere più generale di collaborazione che invero poteva rinvenirsi già in quello di diligenza professionale che avrebbe dovuto imporre doveri di consultazione anche preventiva³⁶.

³⁴ Sull'abuso di segnalazione v. G. RIOLFO, *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. e impr.*, 2019, 410 nonché G. GUERRIERI, *I sindaci nel nuovo sistema concorsuale: gli artt. 2477 c.c. e 14 c.c.i.i.*, cit., 223, spec. nt. 34 secondo cui l'astenersi dalla segnalazione avrebbe potuto, in determinati casi, «addirittura ritenersi doveroso ove i sindaci – mediante la diligenza da loro esigibile – fossero in grado di rendersi conto che la società, nonostante la ricorrenza degli indici di cui all'art. 13, non [fosse, ndr] in stato di crisi».

³⁵ Per una estensione dell'esonero anche ai revisori cfr. V. DONATIVI, *op. cit.*, 153-154.

³⁶ A. MIRONE, *op. cit.*, 51. Sul punto sembrava potersi sostenere che l'esonero operasse sia per il revisore che per l'organo di controllo, a prescindere da chi avesse materialmente effettuato la segnalazione e ciò perché, da una parte, la norma prevedeva tale beneficio indifferentemente per entrambi (sicché non vi sarebbe stato un problema di sua estensione analogica a soggetti da essa non contemplati), dall'altro, come già detto, si sarebbe dovuto considerare non la segnalazione in sé ma il *procedimento segnalatorio*: pertanto, nel caso di comprovata, diligente e utile compartecipazione degli organi di controllo e dei revisori a tale procedimento (e, quindi, anche a tutte le connesse attività istruttorie), l'esonero si sarebbe dovuto estendere ad entrambi.

4. *Il terzo comma dell'art. 14 CCII (vecchio testo) e la quarta coordinata essenziale dell'indagine: il "meccanismo premiale" in punto responsabilità e la natura della segnalazione*

La norma dettava, inoltre, al terzo comma, un peculiare meccanismo di «esonero» da responsabilità, destinato a divenire un'altra tormentata coordinata dell'indagine sull'istituto, posto che, da un lato, per la prima volta, introduceva l'apprezzabile prospettiva di valutare una condotta del sindaco in chiave "premiiale" e non sanzionatoria³⁷, potendo interrompere l'evidente e nota severità ormai invalsa nelle aule di giustizia³⁸, dall'altro, il relativo tenore appariva del tutto oscuro, tanto da gettare ombre persino sulla natura stessa dell'istituto della segnalazione (se di onere o di dovere).

Infatti, posto l'indiscutibile assioma del binomio potere-dovere riferito all'organo di controllo, gli effetti di tale esonero apparivano *prima facie* pleonastici. Così diversi furono i tentativi volti ad individuare un possibile suo diverso significato, incentrati, in particolare, sulla distinzione logico-giuridica tra i concetti di assenza di responsabilità e di esonero e sul significato della locuzione «successivamente poste in essere» impiegato dall'allora art. 14 CCII per identificare le condotte (attive o omissive) poste in essere dall'organo gestorio le cui conseguenze pregiudizievoli avrebbero dovuto essere "coperte" da tale esonero.

Secondo un primo orientamento, fermo restando che l'avvenuta segnalazione non avrebbe potuto far venire meno i doveri di controllo rispetto ad eventuali irregolarità gestionali dell'organo amministrativo³⁹ per il periodo successivo ad essa, l'unica sfera di applicazione plausibile per tale esonero avrebbe potuto essere quella di, una volta intervenuto l'OCRI, escludere la responsabilità (i) per omessa o erronea attivazione – nelle more – degli altri strumenti di risoluzione della crisi previsti dal CCII e presumibilmente anche per l'omessa formulazione dell'autonoma istanza per l'accesso alla procedura di liquidazione giudiziale ai sensi dell'art. 37, comma 2, CCII (a meno che i «fondati indizi della crisi» non

³⁷ Sia concesso richiamare F. SUDIERO, *Codice della crisi e misure di allerta: nuove frontiere e nuove prospettive in tema di responsabilità del collegio sindacale?*, cit., 1901 ss. . Sul tema si vedano, tra altri, anche le riflessioni di V. DONATIVI, *I doveri di «allerta» degli organi di controllo societari e dei revisori (l'art. 14 del Codice della Crisi e la nuova mappa dei rapporti endosocietari interorganici in funzione di prevenzione della crisi)*, in AA.VV., *Le crisi dell'impresa e del consumatore dopo il d.l. 118/2021*. Liber amicorum di Alberto Jorio, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2021, 138 ss.

³⁸ Anche su questo mi permetto di rinviare a F. SUDIERO, *Responsabilità del sindaco senza (con)fine: rischio di "un'attività di controllo difensiva"?*, cit., 289, ID., *La giurisprudenza, la 'medicina difensiva' ed il ruolo del sindaco*, in *Nuovo dir. soc.*, 1, 2020, 29 ss.

³⁹ A. MIRONE, *op. cit.*, 52, P. VALENSISE, *Organi di controllo nelle procedure di allerta*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 605 ss.

fossero già conclamati fatti di insolvenza, poiché, in tal caso, l'organo avrebbe dovuto procedere immediatamente con il ricorso per apertura della liquidazione giudiziale) nonché (ii) per le perdite maturate dalla data della presentazione dell'istanza all'OCRI di cui all'allora art. 19 CCII alla data di eventuale successiva apertura di una procedura concorsuale, «purché il procedimento [fosse, n.d.r.] seguito in modo diligente e non dilatorio»⁴⁰.

Sembrava, tuttavia, possibile sostenere un'altra tesi, non necessariamente alternativa a questa⁴¹. Se, infatti, appariva ragionevole interpretare la predetta locuzione nel senso di evitare che, successivamente alla segnalazione, la società si trovasse sostanzialmente senza organo di controllo⁴², occorreva interpretare il concetto di condotte poste in essere «*successivamente*» alla segnalazione, in termini di condotte non semplicemente «*cronologicamente*» successive alla segnalazione bensì «*teleologicamente ed etiologicamente connesse*» ad essa. In questo modo si sarebbe, da un lato, evitato che la società (addirittura, per assurdo, *sine die*) divenisse sostanzialmente priva di organo di controllo a seguito della segnalazione, dall'altro, circoscritto in ottica premiale l'estensione del beneficio alle misure poste in essere dall'organo amministrativo a seguito della segnalazione o, nei casi di cui al secondo periodo del comma 2 dell'art. 14 CCII, successivi alla procedura di allerta e di composizione della crisi. Così: (i) nel caso di risposta da parte dell'organo amministrativo alla segnalazione (purché adeguata e tempestiva⁴³), l'organo di controllo avrebbe dovuto vigilare soltanto sull'effettiva adozione delle misure necessarie ipotizzate dal primo, potendo operare l'esonero di responsabilità per la loro esecuzione e, quindi, rispetto alle conseguenze e agli effetti delle stesse; (ii) nel caso, invece, di segnalazione all'OCRI (ad esempio, per inadeguata o mancata risposta dell'organo amministrativo ai sensi del primo periodo dell'art. 14 CCII), l'esonero avrebbe potuto operare nello spazio di intervento dell'OCRI, oltretutto fintantoché fossero perdurate le relative procedu-

⁴⁰ A. MIRONE, *op. cit.*, 52. Si affermava che, in tal senso, il criterio dei c.d. netti patrimoniali di cui all'art. 378 CCII si sarebbe potuto applicare analogicamente all'avvio dei procedimenti presso l'OCRI che non potevano qualificarsi però come procedure concorsuali. Altra parte della dottrina aveva precisato, inoltre, che l'organo di controllo non sarebbe stato responsabile per gli atti o le omissioni degli amministratori che avevano formato oggetto di segnalazione (in argomento v. N. ABRIANI, ANT. ROSSI, *op. cit.*, 407 ss.).

⁴¹ F. SUDIERO, *Codice della crisi e misure di allerta: nuove frontiere e nuove prospettive in tema di responsabilità del collegio sindacale?*, cit., 1901 ss.

⁴² Anche se era stata eliminata, nella versione definitiva, la precisazione per cui sarebbe comunque rimasta ferma la prosecuzione dell'esercizio delle funzioni di controllore nonostante l'esonero di responsabilità. A tal proposito l'eliminazione, in effetti, non pareva condivisibile, in quanto la procedura di allerta, segnalazione e composizione assistita della crisi avrebbe dovuto rappresentare una parentesi volta a recuperare o comunque preservare la continuità aziendale e mai come in quel momento la società avrebbe necessitato di attenti controllori.

⁴³ Non essendovi dubbio sulla permanenza del dovere di controllo sulla tempestività e sull'adeguatezza della risposta di questo.

re e nei limiti delle misure da porre in essere per far cessare la crisi⁴⁴. Invece, su tutti gli altri atti gestori e, in generale, della società, gli organi di controllo (e il revisore) avrebbero dovuto continuare a svolgere la propria attività con piena responsabilità.

Pareva, dunque, ipotizzabile, nel caso di intervento dell'OCRI, una scissione di controlli tra (a) quelli sulle misure da intraprendere per superare la crisi, su cui avrebbe vigilato l'OCRI con esonero totale di doveri e responsabilità dell'organo di controllo interno e (b) quelli su tutti gli altri atti o, meglio, sulla restante parte dell'attività sociale che, in quanto atti "ordinari", avrebbero continuato ad essere oggetto di vigilanza dell'organo di controllo⁴⁵.

La norma poneva inoltre numerosi altri interrogativi⁴⁶, a partire dalla complessa delimitazione dei confini di tale esonero e, segnatamente, se potesse applicarsi anche nei casi di dolo o colpa grave dell'organo di controllo e se escludesse *tout court* ogni forma di responsabilità civile e penale oppure spezzasse solo la solidarietà civilistica con gli amministratori *ex art.* 2407 c.c. e se operasse anche per i sistemi alternativi di *governance* sino all'individuazione delle specifiche condizioni di sua operabilità e, quindi, se fosse sufficiente la segnalazione oppure fossero necessari ulteriori adempimenti da parte del medesimo organo di controllo.

⁴⁴ Sicché, pareva condivisibile ritenere che, ad esempio, se a seguito dell'audizione, la società non avesse assunto alcuna iniziativa, secondo quanto previsto dall'allora art. 18, comma 5, CCII, l'organo di controllo, che peraltro, ai sensi di tale ultima disposizione, era destinatario della relativa informazione, avrebbe dovuto «evitare l'aggravio della crisi, avvalendosi di tutti i mezzi posti a sua disposizione dall'ordinamento» (G. GUERRIERI, *op. ult. cit.*, 229, il quale tuttavia osservava che «[n]e discende che le "finestre temporali" nel corso delle quali i sindaci godranno dell'esenzione da responsabilità di cui all'art. 14, terzo comma, varieranno sulla base della situazione in cui, in concreto, si ritroverà la società; potendosi ritenere che, in linea di principio, dette "finestre" coincidano con quelle in cui gli amministratori risultino adempienti al dovere di affrontare la crisi in modo diligente. Tale conclusione conduce a ritenere che la disposizione dettata dallo stesso art. 14, terzo comma, c.c.i.i. – così come gli altri precetti contenuti nel medesimo articolo – non apportino alcuna deroga ai principi generali che governano il nostro sistema societario, ma abbia la più limitata funzione di chiarire come i periodi di tempo che la disciplina dell'allerta concede agli amministratori per tentare di affrontare la crisi nel modo più efficiente possibile non debbono, di regola, essere presi in considerazione, allorché si tratti, a posteriori, di individuare il danno da aggravamento del dissesto prodotto, in ipotesi, dai componenti gli organi sociali: soluzione normativa che certo appare equilibrata e che potrebbe rappresentare uno dei pochi punti di attrattiva dei procedimenti destinati a svolgersi dinanzi agli organismi di composizione della crisi». In realtà, come si è cercato di argomentare nel testo, non sembrava che la novità possa essere relegata solo a tale risultato sostanzialmente, a mio sommo avviso, pleonastico.

⁴⁵ Sul tema, v., anche le riflessioni di P. VALENSISE, *Organi di controllo nelle procedure di allerta*, cit., 583 ss.

⁴⁶ Sui dubbi v. già R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2019, 942 ss., M. PERRINO, *Crisi di impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in *Corr. giur.*, 2019, 653, V. DONATIVI, *op. cit.*, 151 ss. nonché per un tentativo ricostruttivo, *infra* sintetizzato, rinvio ancora a F. SUDIERO, *Codice della crisi e misure di allerta*, cit., 1901 ss.

Interrogativi cui era parso potersi momentaneamente (ovvero in attesa dell'entrata in vigore della disposizione o di successive integrazioni normative) rispondere affermando che tale esonero avrebbe potuto operare: (i) solo in caso di "immediato" (secondo il meccanismo di presunzioni sopra illustrato) e completo adempimento di un articolato *procedimento segnalatorio*⁴⁷; (ii) solo con riguardo alla responsabilità concorrente *ex art.* 2407, comma 2, c.c.⁴⁸ ed aggiuntiva *ex art.* 2497, comma 2, c.c. e, quindi, non per la responsabilità per danno diretto (*ex comb. disp. artt.* 2407 e 2395 e 2476, comma 7, c.c.)⁴⁹; (iii) solo ai fini civilistici, escludendo, in particolare, solo la solidarietà con l'organo amministrativo⁵⁰ e non *tout court* la rilevanza della condotta ad altri fini, ad esempio penalistici⁵¹, o idonei a far sorgere una responsabilità di tipo esclusivo dei controllori

⁴⁷ Sembrava, in altre parole, necessario, onde ottenere tale esonero, concludere il procedimento iniziato con la segnalazione e non la mera effettuazione della sola segnalazione. Infatti, il comma 2 della norma in esame faceva riferimento ad una segnalazione che doveva possedere due caratteristiche fondamentali: la «tempestività» e la «conformità» al comma 1 e, quindi, proprio al descritto *procedimento segnalatorio* (v. precedente par. 3).

⁴⁸ Quanto invece alla responsabilità del revisore e, quindi, degli effetti della norma in questione sull'art. 15 del d.lgs. n. 39 del 2010, non sembrava peregrino estendere, *mutatis mutandis*, simili considerazioni, vista la struttura della relativa responsabilità, dovendosi, tuttavia, necessariamente tener conto dei relativi diversi poteri e funzioni (su cui v., in particolare, la ricostruzione di M. SPIOTTA, *La responsabilità civile del revisore legale in base all'art. 15 del d.lgs. 39/2010*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 697 ss. e, in particolare, 700 ss. e *ivi* rff.).

⁴⁹ Con riguardo alla responsabilità concorrente non sembravano sussistere indici testuali o sistematici idonei a limitare la portata dell'esonero alle sole responsabilità verso la società e i creditori sociali, ben potendo, quindi, operare anche per quella verso i soci di minoranza e i creditori dell'eterodiretta *ex art.* 2497, comma 2, c.c. (trattandosi pur sempre di danno anzitutto arrecato al patrimonio sociale e poi di riflesso a soci di minoranza e creditori). Qualche dubbio poteva, invece, sorgere rispetto al danno diretto arrecato ai soci e ai terzi *ex artt.* 2395 e 2476, comma 7, c.c., stante la diversità ontologica di tale danno rispetto a quello arrecato al patrimonio sociale e, di riflesso, ai creditori, oggetto, invece, di specifica attenzione del CCII e, in generale, delle misure d'allerta.

⁵⁰ Il tenore letterale della norma non sembrava escludere l'interpretazione per cui, piuttosto che una totale esclusione di responsabilità, si sarebbe trattato di una mera trasformazione da responsabilità solidale a parziaria per i fatti e le omissioni successivamente poste in essere dall'organo amministrativo (pur nella evidente difficoltà, nei casi di responsabilità omissiva, come è quella di cui all'art. 2407, comma 2, c.c., di individuare le singole quote di responsabilità).

⁵¹ Non pareva che, visto l'espresso riferimento alla «responsabilità solidale», l'esonero potesse intervenire sul piano della condotta e, quindi, potesse escludere la rilevanza di essa, anche ad altri fini, ad esempio, penali. Anche perché, a meno di non voler valorizzare, forse in maniera, però, eccessiva, l'eliminazione dell'inciso, presente in prima lettura, per cui sarebbe rimasta ferma la prosecuzione dell'esercizio delle funzioni di controllore, non sembravano potersi ritenere sospesi né i poteri né le funzioni dell'organo di controllo a seguito della segnalazione.

Inoltre, sembrava potersi dire che, sempre in considerazione della portata speciale dell'esonero, i sindaci avrebbero continuato ad essere responsabili per eventuali fatti imputabili ad altri organi o, comunque, in tutti i casi in cui non vi fosse spazio per una responsabilità in solido con l'organo amministrativo (si pensi, ad esempio, alle cc.dd. delibere assembleari *self executing*, ovve-

(ex art. 2407, comma 1, c.c. o ex art. 37 CCII)⁵², (iv) solo per gli atti e le omissioni degli amministratori e solo se teleologicamente ed etiologicamente connessi al predetto *procedimento segnalatorio*⁵³ e, in ogni caso; (v) fuori dai casi di dolo e colpa grave dell'organo di controllo⁵⁴.

Con le ulteriori considerazioni per cui, visti gli importanti poteri e doveri anche valutativi⁵⁵ posti in capo ai sindaci, da un lato, il rispetto delle metodologie e la verifica degli indicatori e degli indici contemplati dal documento del CNDCEC potessero ritenersi non valori assoluti, ma al più presunzioni (eventualmente semplici) di criticità rilevanti, dall'altro, posta anche la necessità di osservare una «certa cautela anche nell'interpretazione dei segnali prodromici della crisi»⁵⁶, potesse

ro che non richiedono un intervento dell'organo amministrativo per la loro esecuzione: in tal caso la mancata impugnazione, ad esempio, delle medesime, non avrebbe potuto essere coperta dell'esonero in questione) e che, in ogni caso, la segnalazione non sospendeva gli altri doveri e poteri dell'organo di controllo.

⁵² Considerando il tenore letterale della norma, ma anche valorizzando l'argomento teleologico, non sembrava, anzitutto, che l'esonero potesse operare per la responsabilità «esclusiva» dell'organo di controllo. Con la conseguenza che sarebbe rimasto responsabile di ogni violazione, imprudenza o negligenza non derivante dalla responsabilità «concorrente» di cui all'art. 2407, comma 2, c.c., come la violazione al dovere di riservatezza e di verità delle attestazioni (di cui all'art. 2407, comma 1, c.c.) nonché l'inerzia nel ricorrere alla liquidazione giudiziale ex art. 37 CCII.

⁵³ V. paragrafo che precede.

⁵⁴ Le «misure premiali» di cui al precedente art. 25 CCII avevano effetti ben delimitati ed incidono su fatti specifici, predeterminati e già consumati anche dolosi. Diverso appariva l'esonero tratteggiato dall'art. 14 CCII, il quale, pur definibile – come si sta qui facendo – come «meccanismo premiale», sembrava di diversa natura rispetto alle «misure premiali» e, quindi, operare per fatti successivi (ossia non predeterminati) e per il quale, pertanto, si sarebbe potuto tentare di rinvenire un aggancio sistematico di non operatività in caso di dolo o colpa grave (quale principio generale dell'ordinamento). La sovrapposizione del concetto di esonero con quello di misura premiale avrebbe potuto determinare la concessione di benefici per comportamenti dolosi, con la conseguenza, quindi, che, in assenza di un'accurata delimitazione, si sarebbe potuto verificare non solo un indiscriminato ricorso alla segnalazione ma soprattutto un successivo disinteressamento per la società o, ancor peggio, una eventuale compartecipazione a condotte illecite, sotto lo schermo dello stesso esonero.

⁵⁵ «La responsabilità dei sindaci nell'ambito delle società emerge invece ogni qual volta essi siano venuti meno al loro dovere di monitorare adeguatamente l'andamento economico e finanziario e la condizione patrimoniale della società, non si siano sufficientemente attivati presso gli organi sociali per l'adozione di misure idonee al superamento delle situazioni di crisi e non abbiano valutato con visione *sufficientemente "imprenditoriale"* le misure predisposte dall'organo gestorio per il superamento delle difficoltà» (A. JORIO, *Crisi d'impresa e controlli interni*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, 3, Torino, 2007, 78-79) (corsivo mio).

⁵⁶ G. A. POLICARO, «Sistemi di allerta interna»: il quaderno n. 71 della Commissione Controllo Societario dell'ODCEC di Milano, in *Nuovo dir. soc.*, 2017, 1081. Nello stesso senso era già stato osservato che «lo scrupolo di un'adeguata (sotto il profilo temporale) attivazione dello strumento segnalatorio deve convivere con il timore di non danneggiare la continuità della gestione finanziaria e produttiva, evitando allarmi impropri» (M. CATALDO, *La soggezione dell'impresa in crisi al regime di allerta e composizione assistita*, in *Fall.*, 2016, 1023).

trovare applicazione anche per i sindaci la *business judgment rule*⁵⁷ quantomeno per i diversi momenti valutativi imposti dall'allora art. 14 CCII⁵⁸.

5. Dall'art. 15 del d.l. n. 118 del 2021 all'art. 25-octies CCII (ante Correttivo-ter)

Ad ogni modo, come anticipato, l'art. 14 CCII non entrò mai in vigore. La pandemia Covid-19 incombe anche sulla normativa concorsuale⁵⁹, tanto che si

⁵⁷ Sulla *business judgment rule* la letteratura è copiosa e si rinvia al prosieguo della trattazione per maggiori approfondimenti e per i relativi più importanti riferimenti per sua applicazione nel diritto della crisi (v., in particolare nt. 226 nella parte I, cap. II, par. 4.2). Mi era parso possibile applicare la regola alla scelta del collegio sindacale, in tema di gruppi, in F. SUDIERO, *Il collegio sindacale "di gruppo" e continuità aziendale: tra «fondati indizi della crisi» e vantaggi compensativi «fondatamente prevedibili»*, in AA.VV., *Impresa e rischio. Profili giuridici del risk management*, cit., 128 ss. nonché, con riguardo al potere di agire in responsabilità ex art. 2393, comma 3, c.c., in F. SUDIERO, *Responsabilità dei sindaci per omesso esercizio dell'azione di responsabilità contro gli amministratori principi e problemi*, in *Nuovo dir. soc.*, 2017, 1045 ss.

⁵⁸ Pone il dubbio se, in tale materia, ai sindaci spetti un controllo di merito anche G. GUERRIERI, *I sindaci nel nuovo sistema concorsuale: gli artt. 2477 c.c. e 14 c.c.i.t.*, cit., 225 ss.

⁵⁹ Come noto la pandemia ha segnato profondamente ogni segmento della nostra società, incluso quello imprenditoriale. Pressoché ogni normativa di settore è stata coinvolta da numerose disposizioni d'urgenza, tant'è che è invalso il termine di legislazione o diritto "emergenziale" o dell'"emergenza" (v., ad esempio, il titolo dell'opera collettanea, in materia di diritto commerciale curato da Maurizio Irrera nell'imminenza dei primi interventi normativi: *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, Torino, 2020). Quanto al tema della gestione delle imprese, si pensi ai provvedimenti che, da un lato, hanno influito sul tema della crisi d'impresa, dall'altro, sull'organizzazione societaria e sulla gestione dell'impresa in sé, inclusi i compiti degli organi sociali. In particolare, sul primo versante, occorre menzionare le ipotesi di improcedibilità delle istanze di fallimento dal 9 marzo al 30 giugno 2020 (art. 10 d.l. 8 aprile 2020, n. 23, c.d. "Decreto Liquidità") e proprio i continui rinvii dell'entrata in vigore del CCII. Sul secondo versante si considerino, anzitutto, le norme che hanno previsto, da un punto di vista organizzativo: il rinvio dei termini per la convocazione delle assemblee aventi all'ordine del giorno l'approvazione del bilancio 2019, estendendo automaticamente, il termine per l'approvazione dei bilanci delle società di capitali al maggior termine di centottanta giorni dalla chiusura dell'esercizio, la facoltà di esprimere il voto, da parte dei soci, anche in deroga alle disposizioni statutarie, in via elettronica, per corrispondenza, ovvero con l'intervento in assemblea mediante mezzi di telecomunicazione (e, per la società a responsabilità limitata, prevedendo che le decisioni dei soci possano essere adottate in ogni caso mediante consultazione o consenso espresso per iscritto) nonché quella di svolgere le assemblee, anche in deroga alle disposizioni statutarie, in modalità esclusivamente telematica (art. 106 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, c.d. "Decreto Cura Italia"). In secondo luogo, occorre tenere a mente l'art. 6 del Decreto Liquidità che ha previsto una disciplina in deroga ad una serie di disposizioni di natura codicistica in tema di perdite rilevanti dalla data del decreto e fino alla data del 31 dicembre 2020, e, segnatamente, l'esonero dal rispetto dall'obbligo di procedere alla ricapitalizzazione o alla trasformazione nel caso di perdite tali da ridurre il capitale sociale in misura superiore al terzo del capitale o al di sotto del minimo legale nonché la non operatività della causa di scioglimento prevista dall'art. 2484, comma 1, n. 4, c.c. e dall'art. 2545-

suggerì di posticipare l'entrata in vigore del CCII⁶⁰, salvo alcune norme e, segnatamente, quelle che andarono a modificare il codice civile introducendo, anzitutto, specifici principi in tema di assetti adeguati alla rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, tra i quali spicca, fra tutti, la norma di vertice dell'art. 2086 c.c. collocata nell'ambito della disciplina dell'imprenditore.

Nel frattempo, anche in vista del recepimento della Direttiva *Insolvency*, in-

duodecies c.c., rispettivamente, per le società per azioni, le società a responsabilità limitata e le cooperative. In terzo luogo, l'art. 7 del Decreto Liquidità ha previsto, per i bilanci dell'esercizio in corso, che la valutazione delle voci di bilancio potesse essere operata nella prospettiva della continuazione aziendale se tale situazione fosse stata sussistente nel bilancio dell'esercizio precedente. In quarto luogo, l'art. 8 del Decreto Liquidità ha introdotto una ipotesi di esclusione di applicazione della disciplina della postergazione, di cui all'art. 2467 c.c., ai finanziamenti dei soci, o, ai sensi dell'art. 2497-*quinquies* c.c., ai finanziamenti dei soggetti che esercitano attività direzione e coordinamento. Infine, si pensi ancora al d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. "Decreto Semplificazioni"), che ha introdotto misure di natura sia transitoria (quali deroghe alla disciplina civilistica) sia strutturale (quali modifiche permanenti alla disciplina civilistica e, segnatamente, al diritto di opzione) in materia di aumenti di capitale.

È noto che anche la dinamica aziendale è stata influenzata dalla normativa emergenziale, a partire dal diritto dei contratti. A tal proposito, si considerino la norma generale di cui all'art. 91, comma 1, del Decreto Cura Italia, conv. dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, che ha inserito il comma 6-*bis* all'art. 3 del d.l. 23 febbraio, n. 6 in tema di valutazione delle misure di contenimento ai fini dell'esclusione della responsabilità contrattuale, nonché quelle più specifiche, quali, a titolo esemplificativo: i) l'art. 88 del Decreto Cura Italia, in tema di contratti di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi di cultura; ii) l'art. 216, comma 4, del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, c.d. "Decreto Rilancio", in tema di contratti di abbonamento per l'accesso ai servizi offerti da palestre, piscine ed impianti sportivi di ogni tipo; iii) l'art. 28 d.l. 2 marzo 2020, n. 9 e l'art. 88-*bis* del Decreto Cura Italia, in tema di soggiorno, di pacchetto turistico e di trasporto (terrestre, aereo, ferroviario e marittimo); iv) l'art. 103, comma 2-*ter*, del Decreto Cura Italia in tema di «contratti aventi ad oggetto l'esecuzione di lavori edili»; v) l'art. 15 del "Decreto Rilancio" sulla tutela per i pendolari di trasporto ferroviario e TPL; vi) l'Ocdpc del 29 febbraio 2020, n. 642, integrata dal d.l. 2 marzo 2020, n. 9, nonché gli artt. 54 e 56 del Decreto Cura Italia e successive integrazioni in virtù del Decreto Liquidità e del d.l. 14 agosto 2020, n. 103, in tema di contratti bancari; vii) l'art. 10, comma 5, del d.l. 2 marzo 2020, n. 9 e successive integrazioni del Decreto Liquidità, del d.l. 14 agosto 2020, n. 103 e della l. 30 dicembre 2020 n. 178 ("Legge di Bilancio 2021") in tema di termini di scadenza e pagamento dei titoli di credito e di protesti, viii) gli artt. 65 del Decreto Cura Italia e 216, comma 3 del Decreto Rilancio in tema di locazioni (la prima una norma fiscale, la seconda invece più specificamente dedicata alle locazioni di immobili adibiti a palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di privati) oltre all'art. 103, comma 6 del Decreto Cura Italia in tema di sospensione degli sfratti; ix) l'art. 46 del Decreto Cura Italia in tema di licenziamento dei lavoratori subordinati.

Il tema ovviamente ha avuto rilievo globale. Per un primo esame comparatistico della legislazione emergenziale v.: K. PISTOR, *Law in the Time of COVID-19*, Columbia Law School, 2020 nonché, più recentemente, AA.VV., *Coronavirus and the Law in Europe*, diretto da E. Hondius, M. Santos Silva, A. Nicolussi, P. Salvador Coderch, C. Wendehorst, F. Zoll, Cambridge, 2021, F. T. SCHWARZ *et al.* (eds.), *Contractual Performance and COVID-19: An In-Depth Comparative Law Analysis*, 28 aprile 2020.

⁶⁰ A partire dalle procedure di allerta quale proprio la segnalazione.

tanto adottata dall'Unione europea, si ritenne comunque necessario introdurre un sistema volto ad intercettare e comporre la crisi sulla scia dell'*early warning*, ma, stante anche l'emergenza pandemica, su base esclusivamente volontaria.

Così, con il d.l. 24 agosto 2021, n. 118 venne introdotta nel nostro ordinamento l'istituto della «composizione negoziata della crisi» (d'impresa) che poi avrebbe sostituito, con il d.lgs. n. 83 del 2022, la «composizione assistita» nel CCII e, con essa, l'istituto dell'OCRI ed il meccanismo di segnalazione sopra descritto ai sensi dell'allora art. 14 CCII. Essa non era (come non è tutt'ora), secondo l'orientamento prevalente⁶¹, una procedura concorsuale né uno strumento di regolazione della crisi in senso stretto, ma più propriamente un «percorso»⁶² volontario che l'imprenditore (commerciale o agricolo, anche «sottosoglia» e operante in gruppi di società), a differenza della composizione assistita, poteva di scegliere in via riservata (fino a che non avesse richiesto la concessione di misure protettive o cautelari nei confronti dei creditori) onde prevenire o comunque regolare precocemente e superare la propria crisi aziendale⁶³.

In tale contesto, per quanto qui di interesse, venne introdotto, con l'art. 15 d.l. n. 118 del 2021, un nuovo meccanismo di segnalazione interna con presupposti ed effetti via via sempre più distanti dalla segnalazione sopra esaminata di cui all'art. 14 CCII (che, nel frattempo, pur astrattamente coesistente, non era né in vigore né risultava abrogato, ma piuttosto in «quiescenza»), pur mantenendo nella relativa struttura ontologica le descritte *quattro coordinate essenzia-*

⁶¹ La composizione negoziata non è, secondo l'orientamento prevalente [v., per tutti, già S. AMBROSINI, *La "miniriforma" del 2021: rinvio (parziale) del CCII, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. fall.*, 2021, 901 ss., ID., *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 23 agosto 2021, 11 ss., I. PAGNI, M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata e viceversa*, in *Diritto della Crisi*, 2 novembre 2021, ma anche le aperture di R. GUIDOTTI, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 8 settembre 2021, 14; in giurisprudenza v., recentemente, Trib. Torino, 17 agosto 2022, in *Fall.*, 2022, 1616], una «procedura» (per i connotati minimi di essa v., in particolare, la nota Cass., 12 aprile 2018, n. 9087, in *Fall.*, 2018, 984 ss.) né – tecnicamente – uno strumento di regolazione della crisi [arg. ex art. 2, lett. m-bis) CCII].

⁶² V. DE SENSI, voce *Composizione negoziata della crisi d'impresa*, in *Enciclopedia del Diritto. Crisi d'impresa*, diretto da F. Di Marzio, 3, 2024, 135 ss., S. ROSSETTI, *Presupposti e condizioni per l'accesso alla composizione negoziata. Il valore perseguibile: il risanamento dell'impresa*, in *Diritto della crisi*, 3 aprile 2023, 2. «Percorso» non, comunque, scevro da tratti di concorsualità (cfr., in argomento, G. D'ATTORRE, *La concorsualità "liquida" nella composizione negoziata*, cit., 301 ss. e R. RUSSO, *Start up innovativa, impresa minore e composizione negoziata. un trionfo complesso nella cornice del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 980 ss., ID., *Il Giano bifronte della composizione negoziata: la circolazione dell'azienda tra nuovo dato legislativo e problemi irrisolti*, cit., 1210 ss.).

⁶³ Come si vedrà, uno dei temi più complessi e fondamentali per la presente trattazione è proprio l'individuazione del presupposto per ricorrere alla composizione negoziata: per tali ragioni, si è ritenuto di impiegare, in questo momento, un riferimento generico.

li. Nonostante alcune somiglianze strutturali e terminologiche, infatti: (i) era mutato il *presupposto oggettivo* della segnalazione, (ii) non si parlava più dei revisori, quali soggetti legittimati ad effettuare, con l'organo di controllo, la segnalazione, (iii) erano completamente diversi il *procedimento segnalatorio* e le conseguenze della dialettica interorganica, non essendovi più spazio per un meccanismo forzoso di accesso agli OCRI, che non erano contemplati dal d.l. n. 118 del 2021, ed il procedimento si arrestava con la segnalazione all'organo amministrativo, (iv) sembrava, inoltre, essere stato soppiantato l'esonerazione dalla responsabilità e la "protezione" dalla revoca.

Così, l'art. 15 del d.l. n. 118 del 2021 convertito con l. 21 ottobre 2021, n. 147, rubricato «[s]egnalazione dell'organo di controllo», recitava:

– al comma 1, «[l]'organo di controllo societario segnala, per iscritto, all'organo amministrativo la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di cui all'articolo 2, comma 1. La segnalazione è motivata, è trasmessa con mezzi che assicurano la prova dell'avvenuta ricezione e contiene la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle iniziative intraprese. In pendenza delle trattative, rimane fermo il dovere di vigilanza di cui all'articolo 2403 del codice civile»;

– al comma 2, «[l]a tempestiva segnalazione all'organo amministrativo ai sensi del comma 1 e la vigilanza sull'andamento delle trattative sono valutate ai fini della responsabilità prevista dall'articolo 2407 del codice civile»⁶⁴.

Nonostante le similitudini con l'art. 14 CCII erano più marcate le differenze.

Anzitutto, come detto, a prescindere da alcuni aspetti meramente formali⁶⁵, era diverso il presupposto della segnalazione: la nuova norma, infatti, incentrata sulla composizione negoziata, non faceva più riferimento ai «fondati indizi della crisi», ma ai presupposti per consentire all'imprenditore (agricolo e commerciale⁶⁶) di ricorrere a quest'ultima, ossia, *ex art.* 2 d.l. n. 118 del 2021, le condizioni di «squilibrio patrimoniale o economico-finanziario» idonee a renderne «pro-

⁶⁴ La menzionata legge di conversione aveva espunto, dopo le parole «ai fini», quelle «dell'esonerazione o dell'attenuazione».

⁶⁵ Quali, ad esempio, la differenza in punto rubrica (ove solo l'art. 14 CCII prevedeva espressamente la parola «obbligo») ed il mancato riferimento, nel testo dell'art. 15 d.l. n. 118 del 2021, alla parola «obbligo» (aspetti, entrambi, irrilevanti, posto che, da un lato, è noto il contenuto valore della rubrica ai fini interpretativi, dall'altro, la norma, impiegando comunque l'indicativo presente «segnala», eliminava ogni spazio di facoltatività sul punto). Parimenti irrilevante doveva ritenersi il mancato richiamo, nell'art. 15 d.l. n. 118 del 2021, alla posta elettronica certificata essendo piuttosto rilevante – anche, lato pratico, pleonastico invero – l'espressa indicazione di utilizzare mezzi che assicurassero «la prova dell'avvenuta ricezione».

⁶⁶ Il che, come visto, in apertura al presente lavoro, ampliava la categoria di soggetti che potevano ricorrere ad uno strumento di allerta, a differenza del sistema imperniato sull'OCRI.

babile la crisi o l'insolvenza» e la ragionevole perseguibilità del «risanamento dell'impresa».

In secondo luogo da un punto di vista strutturale, l'allora art. 14 del CCII, in aggiunta rispetto all'art. 15 d.l. n. 118 del 2021:

- (i) prevedeva ulteriori doveri di monitoraggio in capo all'organo di controllo;
- (ii) estendeva i doveri di segnalazione anche ai revisori;
- (iii) faceva riferimento ad un più articolato *procedimento segnalatorio*, precisando e disciplinando più analiticamente la dialettica con l'organo amministrativo, considerando anche la segnalazione all'OCRI;
- (iv) introduceva una forma di coordinamento tra organo di controllo interno e revisore;
- (v) sanciva la deroga espressa al dovere di segretezza di cui all'art. 2407, comma 1, c.c. e, quanto al revisore, di cui al d.lgs. n. 39 del 2010;
- (vi) precisava che la segnalazione dovesse essere valutata non genericamente ai fini della valutazione sulla responsabilità ma per lo specifico «esonero» da essa;
- (vii) specificava che la segnalazione non avrebbe costituito giusta causa di revoca dall'incarico;
- (viii) prevedeva anche un dovere di segnalazione anche degli istituti di credito.

Dal canto suo, l'art. 15 d.l. n. 118 del 2021, sempre da un punto di vista strutturale, a differenza dell'art. 14 CCII:

- (i) precisava, che, in pendenza delle trattative, rimaneva fermo il dovere di vigilanza dell'organo di controllo di cui all'art. 2403 c.c.⁶⁷;
- (ii) prevedeva un peculiare compito di vigilanza sull'andamento delle trattative sempre in capo all'organo di controllo.

Erano dunque nuovamente numerosi gli interrogativi suscitati anche dalla nuova disposizione⁶⁸, a partire dalla menzionata diversa articolazione del *procedimento segnalatorio*, in particolare con riguardo al riscontro dell'organo amministrativo alla segnalazione, che, nel ristretto termine concesso, ovvero al massimo di trenta giorni, avrebbe dovuto già porre in essere le «idonee» iniziative individuate⁶⁹, dalla mancata previsione degli altri obblighi di monitoraggio anche

⁶⁷Che, invero, evocava, come sopra visto, quanto è stato espunto, nel corso dei lavori preparatori del Codice della crisi, dall'art. 14 stesso, ovvero l'inciso «[f]erma restando la prosecuzione dell'esercizio delle loro funzioni».

⁶⁸Così mi era parso all'alba dell'approvazione del d.l. n. 118 del 2021: cfr. F. SUDIERO, *L'aller- ta interna di cui all'art. 15 del decreto legge n. 118/2021: un nuovo potere «proattivo» dell'organo di controllo ed un confronto con l'art. 14 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in AA.VV., *La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento. D.l. 118/2021 conv. in l. 147/2021*, diretto da M. Irrera, S.A. Cerrato e coordinato da F. Pasquariello, Bologna, 2022, 86 ss.

⁶⁹L'art. 14 CCII, infatti, faceva riferimento, con un diverso regime temporale, sia alle «solu-

sul riscontro degli amministratori⁷⁰, dalla mancata menzione, tra i soggetti su cui gravava i doveri di segnalazione, del soggetto incaricato della revisione legale dei conti⁷¹ sino alla genericità della previsione in punto responsabilità il cui rilievo premiale sembrava essere stato espunto⁷², all'omessa precisazione che la segnalazione «a norma» non avrebbe costituito giusta causa di revoca⁷³, all'ineffabile concetto di «vigilanza sull'andamento delle trattative» (senza peraltro meglio precisare le modalità ed i confini di tale peculiare compito che sembrava persino spingersi al merito delle negoziazioni⁷⁴) ed all'assenza della segnalazione degli istituti di credito, tenuto anche conto, che il d.l. in questione non contemplava nemmeno la segnalazione dei creditori pubblici qualificati⁷⁵. Mentre, invece, appariva condivisibile la mancata specificazione, a differenza di quanto previsto all'art. 14 CCII, che la segnalazione dell'organo di controllo non dovesse avvenire in deroga all'art. 2407, comma 1, c.c., posta la natura prettamente riservata della composizione negoziata.

Come anticipato, con il d.lgs. n. 83 del 2022, il legislatore, recependo la Direttiva *Insolvency*, decise di confermare questa linea “volontaristica” della composizione negoziata, trapiantando nel CCII tale istituto e così, da un lato, soppiantando la composizione assistita ed il sistema di allerta imperniato sugli

zioni individuate», non contemplate dall'art. 15 d.l. n. 118 del 2021, sia alle «iniziative intraprese», invece previste da quest'ultimo.

⁷⁰ Che, invero, avrebbero potuto ritenersi impliciti nei principi generali.

⁷¹ Anche se già non pareva ignorabile il coinvolgimento di quest'ultimo ex art. 2409-septies c.c.

⁷² Come visto, prima della legge di conversione, l'art. 15 d.l. n. 118 del 2021 sembrava introdurre una peculiare forma di attenuazione ed esonero da responsabilità. In realtà, forse il meccanismo premiale avrebbe potuto ricavarsi comunque ricavarsi ma soltanto attraverso un'interpretazione teleologica e sistematica della norma tenendo conto, in particolare dei principi della l. delega n. 155 del 2017 che espressamente delegava al governo il compito di provvedere alla «determinazione di criteri di responsabilità del collegio sindacale» in modo che, in caso di segnalazione, «non ricorra la responsabilità solidale dei sindaci con gli amministratori per le conseguenze pregiudizievoli dei fatti o delle omissioni successivi alla predetta segnalazione [art. 4, comma 1, lett. f)]. Invero, la Relazione dell'Ufficio del Massimario n. 87 della Corte di Cassazione del 15 settembre 2022 aveva espressamente affermato che con l'art. 15 d.l. n. 118 del 2021 la segnalazione tempestiva non sarebbe stata più motivo di esenzione da responsabilità (p. 8).

⁷³ Se appariva vero, infatti, che la riservatezza della composizione negoziata avrebbe depotenziato i pericoli invece esistenti nei casi di negligente o dolosa segnalazione esterna all'OCRI, era altrettanto vero che, cionondimeno, si sarebbe potuto assistere comunque a negligenti o dolose segnalazioni (volte esclusivamente ad attenuare la responsabilità), il che avrebbe dovuto sconsigliare di ritenere in ogni caso legittima una segnalazione avente tali ultime caratteristiche.

⁷⁴ Il che pareva fare *pendant* con l'art. 9 del medesimo d.l. che si occupava della gestione dell'impresa nel corso delle trattative e che al comma 3 prevedeva espressamente che «[l']esperto, quando ritiene che l'atto può arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento, lo segnala per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo».

⁷⁵ Poi reintrodotta nel CCII dalla l. n. 233 del 2021 di conversione del d.l. n. 152 del 2021, ma (a parte l'ingresso dell'Inail, prima non contemplato) in misura decisamente depotenziata.

OCRI, dall'altro, introducendo, con l'art. 25-*octies* CCII, un apparato segnalatorio, *mutatis mutandis*, analogo all'art. 15 d.l. n. 118 del 2021 in sostituzione dell'art. 14 CCII, che dunque non entrò mai in vigore.

6. *L'odierno art. 25-*octies* CCII e conclusioni metodologiche*

In data 10 giugno 2024 e, successivamente ai pareri delle Commissioni delle Camere e del Consiglio di Stato, in data il 4 settembre 2024, il Consiglio dei Ministri ha poi approvato un ulteriore decreto correttivo al CCII (d'ora innanzi "Correttivo-*ter*"), pubblicato in G.U. il 27 settembre 2024, quale d.lgs. 13 settembre 2024, n. 136, che nuovamente modificando diversi punti del CCII rilevanti ai fini della presente trattazione, è intervenuto proprio sull'art. 25-*octies* CCII, la cui odierna versione, rubricata «[s]egnalazione dell'organo di controllo e del soggetto incaricato della revisione legale», recita:

– al comma 1, «[l]'organo di controllo societario e il soggetto incaricato della revisione legale, nell'esercizio delle rispettive funzioni, segnalano, per iscritto, all'organo amministrativo la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 2, comma 1, lettere a) e b), per la presentazione dell'istanza di cui all'articolo 17. La segnalazione è motivata, è trasmessa con mezzi che assicurano la prova dell'avvenuta ricezione e contiene la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle iniziative intraprese. In pendenza delle trattative, rimane fermo il dovere di vigilanza di cui all'articolo 2403 del codice civile»;

– al comma 2, «[l]a tempestiva segnalazione all'organo amministrativo ai sensi del comma 1 e la vigilanza sull'andamento delle trattative sono valutate ai fini dell'attenuazione o esclusione della responsabilità prevista dall'articolo 2407 del codice civile o dall'articolo 15 del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39. La segnalazione è in ogni caso considerata tempestiva se interviene nel termine di sessanta giorni dalla conoscenza delle condizioni di cui all'articolo 2, comma 1, lettera a), da parte dell'organo di controllo o di revisione».

Inoltre, il Correttivo-*ter* ha modificato, per quanto qui di interesse, anche i presupposti per ricorrere alla composizione negoziata prevedendo, all'art. 12, comma 1, prima parte, CCII che: «[l]'imprenditore commerciale e agricolo può chiedere la nomina di un esperto al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa, quando si trova nelle condizioni di cui all'articolo 2, comma 1, lettere a) o b), oppure quando si trova anche soltanto in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza e risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa».

7. Una postilla: la recente riforma dell'art. 2407 c.c. e la responsabilità concorrente e solidale con l'organo amministrativo

Nelle more della revisione delle bozze del presente lavoro è stata approvata la legge 14 marzo 2025, n. 35 di modifica dell'art. 2407 c.c. che, tra altro, non fa più riferimento espresso alla responsabilità solidale dell'organo di controllo con quello amministrativo⁷⁶. Il punto, ad una prima analisi, meriterebbe numerose riflessioni ma sin d'ora riterrei di escludere, fermi i tetti di responsabilità ivi previsti, che l'eliminazione testuale della solidarietà – contrariamente a quanto affermato in sede di approvazione⁷⁷ e in alcuni primi commenti⁷⁸ – possa trasformare la responsabilità dei sindaci da solidale in parziaria.

⁷⁶ «Art. 2407 (*Responsabilità*). – I sindaci devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico; sono responsabili della verità delle loro attestazioni e devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio.

Al di fuori delle ipotesi in cui hanno agito con dolo, anche nei casi in cui la revisione legale è esercitata dal collegio sindacale a norma dell'articolo 2409-bis, secondo comma, i sindaci che violano i propri doveri sono responsabili per i danni cagionati alla società che ha conferito l'incarico, ai suoi soci, ai creditori e ai terzi nei limiti di un multiplo del compenso annuo percepito, secondo i seguenti scaglioni: per i compensi fino a 10.000 euro, quindici volte il compenso; per i compensi da 10.000 a 50.000 euro, dodici volte il compenso; per i compensi maggiori di 50.000 euro, dieci volte il compenso.

All'azione di responsabilità contro i sindaci si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 2393, 2393-bis, 2394, 2394-bis e 2395. L'azione di responsabilità verso i sindaci si prescrive nel termine di cinque anni dal deposito della relazione di cui all'articolo 2429 concernente l'esercizio in cui si è verificato il danno».

⁷⁷ Così il Senato, dopo l'approvazione del 12 marzo 2025, del disegno di legge n. 1155, informa sui contenuti della relativa seduta: «Il relatore, sen. Sisler (FdI), ha illustrato il testo, la cui principale innovazione riguarda la responsabilità dei sindaci delle società per azioni, che non sarà più solidale con gli amministratori ma proporzionata al loro compenso annuo secondo tre fasce. Il nuovo sistema sostituisce la responsabilità solidale con un criterio più restrittivo, mantenendo comunque l'obbligo di vigilanza. Viene inoltre introdotto un termine di prescrizione di cinque anni per l'azione di responsabilità, decorrente dal deposito della relazione dei sindaci. Durante l'esame in sede redigente il Governo ha accolto due ordini del giorno per valutare l'estensione di simili limitazioni anche ai revisori e alle società di revisione.

Nelle dichiarazioni finali sono intervenuti i sen. Silvia Fregolent (IV), Giovanna Petrenga (Cd'I), Ilaria Cucchi (Misto-AVS), Zanettin (FI-BP), Ada Lopreiato (M5S), Erika Stefani (LSP), Bazoli (PD) e Rastrelli (FdI). Tutti i senatori intervenuti hanno sostenuto il provvedimento, evidenziando il lavoro condiviso tra le forze politiche, per il suo equilibrio nel limitare la responsabilità dei sindaci, superando la solidarietà con gli amministratori e ancorandola al compenso: la riforma garantisce maggiore certezza giuridica, evitando sanzioni eccessive e favorendo l'assunzione di incarichi» (https://www.senato.it/3818?seduta_assemblea=25693).

Anche dall'indagine dei lavori parlamentari sembra rintracciarsi in più segmenti questa intenzione (v. <https://www.camera.it/leg19/126?leg=19&idDocumento=1276> e <https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/58285.htm>).

⁷⁸ S. AMBROSINI, *La nuova responsabilità del collegio sindacale: note minime a prima lettura*, in

Ciò in ragione anzitutto dei principi generali e, segnatamente, degli artt. 1292 e 2055 c.c.⁷⁹.

Come noto la dottrina civilistica si è a lungo interrogata sui presupposti necessari perché un'obbligazione possa ritenersi solidale per l'adempimento sia di obbligazioni contrattuali (cui si riferiscono più direttamente gli artt. 1292 ss. cc.) sia di quelle risarcitorie (cui si riferisce direttamente l'art. 2055 c.c.)⁸⁰. Sul punto la giurisprudenza di Cassazione appare più univoca nell'evocare per entrambi gli ambiti l'art. 2055 c.c. e nell'affermare il possibile concorso di condotte integranti sia responsabilità contrattuali che aquiliane. Secondo la S.C. il concetto di unicità del danno di cui all'art. 2055 c.c. dovrebbe, infatti, essere interpretato in termini di unicità del fatto lesivo e non delle norme violate⁸¹. In tal caso a poco rileverebbe la fonte (contrattuale o extra contrattuale) dell'obbligazione e l'indagine sulla solidarietà si concentrerebbe sulla sola esistenza del nesso di causa.

Occorre tuttavia dare atto di un rilevante contrasto sorto nella giurisprudenza di legittimità proprio in relazione alla responsabilità omissiva, per cui non potrebbe esservi solidarietà tra chi ha responsabilità contrattuale per aver mal amministrato il capitale investito e chi ha commesso il fatto illecito di non aver vigilato su tale comportamento, in quanto l'obbligazione scaturente da quest'ul-

Ristrutturazioni aziendali, 16 marzo 2025, 1 ss., il quale afferma tuttavia che il dibattito «appare connotato da una certa inanità, nella misura in cui il sistema del multiplo del compenso risulta per l'appunto idoneo a sciogliere gordianamente il nodo del *quantum* risarcibile, distinguendo in modo netto e definitivo la posizione dei controllori da quella dei gestori»; E.M. NEGRO, *Conversazione estemporanea sulla riforma dell'art. 2407 c.c.*, *ivi*, 17 marzo 2025, 8-9. Nel senso del superamento della solidarietà, prima dell'approvazione della riforma e pur in chiave critica, G. GUIZZI, *Lobbying e diritto societario: note critiche intorno alla proposta di riforma dell'art. 2407 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2024, 251 ss.

⁷⁹ Sul fatto che l'art. 2055 c.c. sia invero una mera esplicitazione dei principi generali che regolano il nesso di causalità ed il concorso di cause tutte egualmente efficienti della produzione di un determinato danno cfr., ad esempio, Cass., 9 settembre 2021, n. 24405, in *Onelegale*, Cass., 12 dicembre 2013, n. 27875, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 858, Cass., 30 marzo 2010, n. 7618, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, II, 445, Cass., 15 giugno 1999, n. 5946 in *Riv. not.*, 2000, 136.

⁸⁰ V., in particolare, la recente ricognizione di A. D'ADDA, *Riflessioni sulle obbligazioni plurisoggettive: un «ritorno» alle ragioni del vincolo di solidarietà*, in *Riv. civ.*, 2024, 813, ID., *La solidarietà risarcitoria nel diritto privato europeo e l'art. 2055 c.c. italiano: riflessioni critiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 288 e di C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 2019, *passim*.

⁸¹ Cfr., in particolare, Cass., SS.UU., 15 luglio 2009, n. 16503, Cass., 22 luglio 2005, n. 15431, entrambe in *Onelegale*, per cui «[L]a responsabilità solidale, contrattuale o extracontrattuale (artt. 1292 e 2055, primo comma, c.c.), sussiste anche se l'evento dannoso è causalmente derivato dalle condotte, pur autonome e distinte, coeve o successive, di più soggetti, ciascuno dei quali abbia concorso a determinarlo con efficacia di concausa, restando irrilevante, nel rapporto tra danneggiato e danneggiante, la diseguale efficienza causale delle singole condotte, poiché il danneggiato può pretendere l'intera prestazione anche da uno solo degli obbligati»; stesso dicasi per le note pronunce sulle società di intermediazione finanziaria, soggette a controllo della Consob con riguardo ai danni patiti dagli investitori, come Cass., 29 maggio 2018, n. 13365, Cass., 11 marzo 2020, n. 7016, entrambe in *Onelegale*.

timo avrebbe ad oggetto una prestazione diversa (e non «medesima» ex art. 1292 c.c.) rispetto alla prima, così non inserendosi le due condotte nello stesso nesso di causalità che collega il fatto illecito al «fatto dannoso» ex art. 2055 c.c.⁸². Sul contrasto sono intervenute le Sezioni Unite che hanno confermato il primo orientamento per cui il comma 1 dell'art. 2055 c.c. è norma sulla causalità materiale che privilegia il principio del *favor creditoris*: non rileva quale sia la «fonte» di responsabilità dei danneggianti né che l'interesse del creditore discenda dall'*eadem causa obligandi*, focalizzandosi unicamente «sul fatto dannoso» e tutelando l'esigenza che il creditore venga risarcito nel modo più agevole possibile⁸³. Condizione essenziale a tal fine è quindi l'esistenza del nesso di causalità tra le condotte dei debitori ed il «fatto dannoso» subito dal creditore anche allorché esse siano diverse, non comunicanti e diano luogo a titoli di responsabilità differenti, contrattuale ed aquiliana⁸⁴.

Ancora sul punto la più recente dottrina civilistica, nel ricercare una soluzione omogenea e sistematica al quadro spesso frammentato che deriva sia dalla legislazione speciale sia dalla discrezionalità giurisprudenziale in materia, ha inteso ravvisare il fondamento della solidarietà nell'esistenza di un necessario nesso tra le condotte dei debitori finalizzate a soddisfare l'interesse del creditore e così tali da giustificare tale rilevante tutela di quest'ultimo. Nesso che se non previsto espressamente dalla legge (come era previsto, ad esempio, nel nostro caso con l'art. 2407 c.c.) ben potrebbe evincersi dal coordinamento delle condotte dei debitori per il conseguimento dell'interesse del creditore e dalla contribuzione causale di ciascuno all'evento dannoso, quantomeno in termini di consapevolezza colposa rispetto al fatto dannoso, tenendo anche conto della sostanziale impossibilità, in concreto, di ricollegare porzioni di danno a ciascuna condotta.

⁸² V., ad esempio, Cass., 21 febbraio 2020, n. 4683, in *De Jure*.

⁸³ Cass., SS.UU., 27 aprile 2022, n. 13143, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 1065 ss.

⁸⁴ Cass., SS.UU., 27 aprile 2022, n. 13143, cit. Così il principio di diritto enunciato: «[a]i fini della responsabilità solidale di cui all'art. 2055 c.c., comma 1, che è norma sulla causalità materiale integrata nel senso dell'art. 41 c.p., è richiesto solo che il fatto dannoso sia imputabile a più persone, ancorché le condotte lesive siano fra loro autonome e pure se diversi siano i titoli di responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale), in quanto la norma considera essenzialmente l'unicità del fatto dannoso, e tale unicità riferisce unicamente al danneggiato, senza intenderla come identità di norme giuridiche violate; la fattispecie di responsabilità implica che sia accertato il nesso di causalità tra le condotte caso per caso, per modo da potersi escludere se a uno degli antecedenti causali possa essere riconosciuta efficienza determinante e assorbente tale da escludere il nesso tra l'evento dannoso e gli altri fatti ridotti al semplice rango di occasioni»; in argomento v., da ultimo, R. BENCINI, *Investitori truffati e responsabilità dello Stato: la parola delle Sezioni Unite*, in *Dir. giust.*, 2022, 9. Ad ogni modo, le Sezioni Unite non si sono espresse sul vincolo solidale in ipotesi di concorso di più responsabilità di natura contrattuale derivanti da fonti distinte, ma la giurisprudenza sul punto è orientata in senso favorevole (v., ad esempio, le già citate Cass., 9 settembre 2021, n. 24405, cit., Cass., 12 dicembre 2013, n. 27875, cit., Cass., 30 marzo 2010, n. 7618, cit., Cass., 15 giugno 1999, n. 5946 cit.).

Secondo questa più recente opinione, in altre parole, potrebbe aversi solidarietà e, quindi, si giustificerebbe la presunzione di solidarietà prevista nel nostro ordinamento, solo ove essa (i) sia prevista dalla legge o (ii) le condotte dei soggetti debitori siano coordinate a soddisfare l'interesse del creditore o quando (iii) la condotta di ciascuno sia da sola in grado di cagionare l'intero pregiudizio, con la precisazione che, in questo ultimo caso, rilevanti saranno anche quelle condotte che contribuiscano a cagionare il medesimo danno senza possibilità di distinguere nitidamente le porzioni di pregiudizio ricollegabili a ciascuna condotta (sulla scorta della distinzione di *common law* tra *joint tortfeasor* e *several concurrent*) e purché le condotte siano collegabili almeno sul piano di una imputazione colposa⁸⁵.

Ebbene, non pare che la condotta e la possibile responsabilità omissiva dei sindaci per atto o omissione degli amministratori sia estranea a tali logiche, specie ove si consideri lo stretto nesso tra le condotte di sindaci e amministratori in ragione degli obiettivi dei loro incarichi. Sul punto, infatti, mi era già parso di poter sostenere che la condotta di sindaci e amministratori nella prospettiva del creditore della relativa prestazione (sia esso la società, il creditore sociale, il socio o il terzo) potesse addirittura ritenersi unitaria secondo una tesi che ho definito della «*condotta unitaria impeditiva complessa*». Secondo tale tesi la capacità impeditiva dell'evento da parte dell'organo di controllo (e, quindi, idonea a rappresentare il suo antecedente causale rilevante) dovrebbe essere intesa come parte necessaria di un'unica e unitaria condotta (anche a formazione progressiva) posta in essere da una pluralità di soggetti (inclusi gli amministratori), idonea da sola ad innescare una più ampia, ma individuata, condotta complessiva di più soggetti, impeditiva dell'evento, di cui rappresenterebbe una necessaria frazione⁸⁶.

Se, dunque, (i) si condivide quest'ultima tesi, (ii) si tiene conto dell'unicità della fonte di nomina di amministratori e organo di controllo, (iii) dei relativi doveri in relazione agli interessi, anzitutto, del loro creditore principale (la società ad una corretta gestione) nonché (iii) dei poteri reattivi dei controllori idonei ad incidere significativamente sulle condotte gestorie, appare, a mio sommo avviso, assai difficile escludere l'unicità, se non della prestazione tra amministratori e sindaci, quantomeno dell'eventuale fatto lesivo e, quindi, per mutare le parole della dottrina civilistica poc'anzi menzionata, lo speciale nesso che collega le condotte di gestori e controllori finalizzate alla buona e corretta amministrazione.

⁸⁵ A. D'ADDA, *Riflessioni sulle obbligazioni plurisoggettive: un «ritorno» alle ragioni del vincolo di solidarietà*, cit., 813 ss.

⁸⁶ Sia consentito dunque il richiamo a F. SUDIERO, *Il nesso di causalità nella responsabilità concorrente dell'organo di controllo: note per un nuovo tentativo ricostruttivo*, in *Giur. comm.*, 2023, I, 246 ss.

Sicché sembra davvero difficile negare per questa via una possibile solidarietà tra organo di controllo e organo amministrativo pur in assenza di una previsione specifica sulla solidarietà e sul nesso di causa all'interno del nuovo testo dell'art. 2407 c.c. A ciò, invero, bastando, appunto il combinato disposto dei menzionati artt. 1292, 2055 c.c. e art. 41 c.p.

Certo il testo precedente, facendo espresso riferimento alla solidarietà, non poneva nemmeno il dubbio, ma i principi generali enucleati ben potrebbero sorreggere la permanenza di tale responsabilità concorrente e solidale (pur nei limiti dei tetti di responsabilità). Anzi, ci si potrebbe persino spingere a sostenere che (ma non possono che essere anche queste mere prime considerazioni), paradossalmente, l'espunzione dal comma 2 dell'art. 2407 c.c. della precisazione per cui il danno risarcibile era solo quello che non si sarebbe prodotto se i sindaci «avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica», potrebbe aver aggravato il regime di responsabilità, in quanto quella precisazione delimitava, in punto nesso di causa, l'area del danno risarcibile, mentre così, come visto, sembra irrefrenabile la riespansione dei principi generali, con però la peculiarità di non avere regole specifiche che delimitino precisamente i confini della responsabilità omissiva⁸⁷.

La tesi della permanenza della solidarietà dovrebbe poi valere a maggior ragione, in chiave teleologica e sistematica, in relazione ai doveri connessi all'*early warning* tratteggiati nelle pagine del presente lavoro e, segnatamente, a quelli segnaletici, di tempestiva attivazione e di dotazione di adeguati assetti gravanti (direttamente o indirettamente *ex* artt. 2086, 2381, 2403 c.c. e 3 e 25-*octies* CCII⁸⁸) anche sugli organi di controllo.

Infine, in questo senso depongono ancora non solo, più in generale, la presunzione di solidarietà prevista nel nostro ordinamento (a differenza ad esempio di quello francese) *ex* artt. 1292-1294 e 2055 c.c., ma anche esigenze di ragionevolezza e uguaglianza tra i diversi sistemi di *governance* e con il revisore: consi-

⁸⁷ In questo senso si è detto (ancorché prima della sua definitiva approvazione di marzo): «[a] conclusione del presente discorso e a conferma del fatto che il nesso qualificato tra le posizioni dei sindaci e degli amministratori costituisce un elemento intrinseco al sistema societario, in virtù delle funzioni che esercitano i sindaci, è opportuno sottolineare che, anche qualora la presente proposta di legge dovesse entrare in vigore nella sua attuale formulazione, essa non eliminerebbe comunque la responsabilità concorrente dei sindaci per i fatti illeciti degli amministratori» (L. MUTTINI, *La proposta di riforma del regime di responsabilità dei componenti del collegio sindacale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2024, 2058 ss.; *contra*, pur critico rispetto alla riforma, ritenendola incostituzionale, G. GUIZZI, *Lobbying e diritto societario: note critiche intorno alla proposta di riforma dell'art. 2407 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2024, 251 ss. per il quale la responsabilità solidale non sarebbe recuperabile nemmeno nei casi di dolo per come è costruita la norma, in quanto semplicemente non troverebbero applicazione i limiti di responsabilità).

⁸⁸ E per certi versi anche derivanti dall'art. 37 CCII che prevede il nuovo dovere dell'organo di controllo di depositare istanza di liquidazione giudiziale, sebbene la relativa eventuale omissione potrebbe essere riconducibile anche ad ipotesi di sua responsabilità c.d. esclusiva.

glio di sorveglianza e comitato per il controllo sulla gestione così come l'art. 15 d.lgs. n. 39 del 2010 non hanno ricevuto analoga modifica⁸⁹.

Per queste ragioni non si ritiene allo stato che la modifica dell'art. 2407 c.c. sia idonea a scalfire il principio di responsabilità concorrente e solidale dell'organo di controllo con quello amministrativo e così tutti i relativi corollari ed implicazioni sistematiche, incluse, quindi, quelle caratterizzanti le argomentazioni sviluppate in questo lavoro che, dunque, continuerà a far riferimento a tale regime di responsabilità.

Occorre solo prendere atto dell'introduzione di specifici tetti di responsabilità, i quali però, a mio avviso, non dovrebbero incidere su aspetti sistematici rilevanti per l'istituto della segnalazione *ex* art. 25-*octies* CCII, anche se una doverosa precisazione sarà sviluppata in relazione al *meccanismo premiale*⁹⁰.

* * *

Tanto premesso, l'istituto della segnalazione dell'organo di controllo, oggi disciplinato dall'illustrato art. 25-*octies* CCII, all'esito del travagliato *iter* descritto, presenta aspetti problematici in parte analoghi (e, ad oggi, come visto, irrisolti) e in parte nuovi alle sue versioni precedenti.

Ed è, dunque, al suo esame e ad un tentativo complessivo di ricostruzione della relativa disciplina che è dedicato il presente lavoro.

L'indagine, nello scansionare la norma nelle sue molteplici declinazioni con riguardo ai diversi tipi di organi di controllo, si orienterà, pertanto, per ciascuno di essi, seguendo le quattro coordinate essenziali riepilogate al precedente paragrafo 1 e che, come visto in queste pagine introduttive, da sempre hanno rappresentato le colonne portanti dell'istituto della segnalazione interna, quali che fossero le sembianze da questo assunte nei diversi testi normativi che l'hanno inteso disciplinare.

⁸⁹ Sui profili di incostituzionalità v. ancora S. AMBROSINI, *op. cit.*, *passim*, e G. GUIZZI, *op. cit.*, 251 ss. Invero nei casi in cui il revisore non sia sindaco si verifica un evidente distonia rispetto Raccomandazione della Commissione UE del 5 giugno 2008 che, invece, esortava gli Stati membri a limitare la responsabilità dei revisori.

⁹⁰ Su cui v. *infra* Parte I, cap. II, paragrafo 5.2.

Parte I

La segnalazione interna nel modello normativo
di riferimento: il collegio sindacale
di s.p.a. “monade”

Capitolo I

Il presupposto della segnalazione interna

SOMMARIO. 1. La struttura composita del presupposto della segnalazione. – 2. Cenni sulle nozioni di crisi e di insolvenza (tra tradizione e innovazione). – 2.1. La nozione di crisi nel CCII. – 2.2. La nozione di insolvenza nel CCII: il possibile superamento della distinzione tra insolvenza attuale e prospettica e la tesi dell’*“insolvenza relativamente irreversibile”* (rinvio). – 3. Il presupposto per ricorrere alla composizione negoziata. – 3.1. Il primo requisito del presupposto per ricorrere alla composizione negoziata: lo *“squilibrio significativo”*. – 3.1.1. La lettura del presupposto: a) la tesi estensiva. – 3.1.2. ... (segue) b) la tesi restrittiva. – 3.1.3. Sintesi ed apertura ad una possibile ulteriore tesi. – 3.1.3.1. Critica agli argomenti storici, testuali e logici della tesi restrittiva. – 3.1.3.2. Critica agli argomenti sistematici della tesi restrittiva. – 3.1.3.3. Il Correttivo-ter, la rilevanza dei tre stadi ed il significato di *“pre-crisi”*. – 3.1.3.4. L’apertura alla nuova tesi c.d. *“super-estensiva moderata”* (rinvio). – 3.2. Il secondo requisito del presupposto per ricorrere alla composizione negoziata: il *“ragionevole risanamento”*. – 3.2.1. Le tre tipologie di risanamento e la rilevanza di quello soggettivo. – 3.2.2. Le argomentazioni delle diverse tesi giuridiche sul significato di risanamento. – 3.2.3. Alcune aperture giurisprudenziali al *“risanamento soggettivo puro”*. – 3.2.4. Dal *“risanamento soggettivo puro”* alla tesi dell’*“insolvenza relativamente irreversibile”*. – 3.2.4.1. Gli argomenti sistematici del concetto di *“insolvenza relativamente irreversibile”*. – 3.2.4.2. Il parametro del *“trattamento non deteriore”* ed il *“best-interest-of-creditor test”*. – 3.3. Conclusioni sul presupposto della composizione negoziata e spunti comparatistici. – 3.3.1. Un preliminare quadro di sintesi. – 3.3.2. L’ordinamento francese. – 3.3.3. L’ordinamento belga. – 3.3.4. L’ordinamento spagnolo. – 3.3.5. L’ordinamento portoghese. – 4. Il presupposto della segnalazione ex art. 25-octies CCII e le valutazioni dell’organo di controllo. – 4.1. La tesi del *“presupposto cangiante”*. – 4.2. Le valutazioni dell’organo gestorio. – 4.3. Le valutazioni dell’organo di controllo e conclusioni sul presupposto della segnalazione. – 4.3.1. Conclusioni e una classificazione degli indici di *“insolvenza assolutamente irreversibile”*.

1. La struttura composita del presupposto della segnalazione

Si può ora procedere con l’esame dell’art. 25-octies CCII con riguardo anzitutto al modello normativo di riferimento, ovvero sia il collegio sindacale di s.p.a. *“monade”* (non quotata)¹.

¹ Che il legislatore abbia preso a modello il collegio sindacale sembra dimostrato: (i) in chiave storica, teleologica e sistematica dal precedente art. 14 CCII e dalla l. delega n. 155 del 2017 che,

Occorre, anzitutto, affrontare la prima coordinata fondamentale dell'indagine: il significato del *presupposto (oggettivo)*² della segnalazione.

La struttura dell'odierno art. 25-*octies* CCII, appare differente da quella della medesima disposizione ante Correttivo-*ter*.

Prima, infatti, l'organo di controllo doveva³ segnalare all'organo amministrativo la sussistenza dei presupposti per accedere⁴ alla composizione negoziata.

espressamente, facevano riferimento al collegio sindacale [v. art. 4, comma 1, lett. f) della legge n. 155 del 2017 che delegava al Governo la determinazione dei criteri di responsabilità del collegio sindacale] in modo che, in caso di segnalazione, «non ricorra la responsabilità solidale dei sindaci con gli amministratori per le conseguenze pregiudizievoli dei fatti o delle omissioni successivi alla predetta segnalazione»]; (ii) in chiave letterale dal CCII odierno, in particolare l'art. 25-*novies* CCII che prevede che i creditori pubblici qualificati effettuino la segnalazione al presidente del «collegio sindacale» nonché il riferimento espresso agli artt. 2403 e 2407 c.c.; (iii) sempre poi in via sistematica è noto che lo «statuto» del collegio sindacale di s.p.a. rappresenti proprio il modello di riferimento, ad esempio nel codice civile, anche per gli altri organi di controllo dei sistemi alternativi di *governance*, come evidenzia testualmente l'art. 223-*septies* disp. att. c.c.

² Il presupposto soggettivo della segnalazione (a differenza di quello della composizione negoziata che riguarda l'individuazione del soggetto che può ricorrervi, su cui v. *infra*) attiene, invece, al tipo di organo o soggetto che deve procedere con la segnalazione (organo di controllo e revisore ex art. 25-*octies* CCII, creditori pubblici qualificati ex art. 25-*novies* CCII, banche ed intermediari finanziari ex art. 25-*decies* CCII). Come anticipato questa prima parte del lavoro è dedicata al collegio sindacale di s.p.a. monade, mentre quella successiva si occuperà delle altre tipologie di controllori (esclusi, in ogni caso, quelli operanti in società disciplinate dalla normativa di settore, stanti gli obiettivi del presente lavoro illustrati in Premessa).

³ Come si vedrà nel prosieguo della trattazione la questione se questo sia un dovere o, piuttosto, un onere, è complessa. Per comodità espositiva sino ad allora si impiegherà il termine «dovere».

⁴ Come si è detto in Premessa vi è ormai convergenza sul fatto che la composizione negoziata non sia una procedura concorsuale. Né l'autorità giudiziaria procede all'apertura o alla chiusura delle trattative, sicché si potrebbe obiettare che non esistano effettivamente veri e propri «presupposti» processuali in senso tecnico. Tuttavia, da un lato, la legge espressamente parla di «presupposti» e riserva altrettanto espressamente (ed esclusivamente) a determinati soggetti, connotati da specifiche caratteristiche soggettive e a determinate condizioni, la possibilità di chiedere al segretario generale della CCIAA, tramite l'apposita piattaforma telematica nazionale, la nomina dell'esperto, dall'altro, nel caso in cui fosse richiesto l'intervento dell'autorità giudiziaria (ad esempio, per emettere provvedimenti idonei ad incidere sui diritti dei terzi, come la richiesta di conferma delle misure protettive ex artt. 18 e 19 CCII), questa dovrebbe necessariamente, in via preliminare, scrutinare la sussistenza di tali «presupposti».

In senso contrario è la tesi di chi sostiene che non si possa in ogni caso parlare di presupposto poiché anche nei casi in cui il tribunale è investito, giammai questi potrebbe sindacare le condizioni di «accesso», dovendosi limitare a verificare la funzionalità delle istanze (e, ad esempio, delle misure protettive) al buon esito delle trattative e, quindi, l'eventuale sproporzione tra il pregiudizio arrecato ai creditori e l'oggetto delle richieste (L. PANZANI, *L'imprenditore insolvente nella composizione negoziata*, in *Fall.*, 2023, 260).

Tale ultima tesi parrebbe, tuttavia, irrilevante ai nostri fini: obiettivo del presente lavoro è l'indagine delle condizioni (e, quindi, dei presupposti sostanziali) in presenza delle quali scatta l'obbligo (o, come si vedrà, l'onere) di segnalazione, posto che il corretto adempimento dell'organo di controllo – valutabile in sede di eventuale azione di responsabilità, che rappresenta la rica-

Ora, invece, il richiamo al presupposto della composizione negoziata contenuto nel nuovo art. 25-*octies* CCII appare “intermediato” dai concetti di «crisi» e di «insolvenza»⁵: «[l]’organo di controllo societario e il soggetto incaricato della revisione legale, nell’esercizio delle rispettive funzioni, segnalano, per iscritto, all’organo amministrativo la sussistenza dei presupposti *di cui all’articolo 2, comma 1, lettere a) e b)* [appunto, la «crisi» e l’«insolvenza», n.d.r.], per la presentazione dell’istanza di cui all’articolo 17 [ossia per la nomina dell’esperto e, quindi, per ricorrere alla composizione negoziata, n.d.r.]».

Inoltre, come anticipato nella parte introduttiva del presente lavoro, è stato cambiato anche il testo dell’art. 12 CCII. A mente di tale norma può, infatti, ricorrere alla composizione negoziata «[l]’imprenditore commerciale e agricolo» che:

(i) si trovi «*nelle condizioni di cui all’articolo 2, comma 1, lettere a) o b)*» oppure «*anche soltanto*»⁶ in «condizioni di squilibrio patrimoniale o economico finanziario che ne rendono probabile la crisi o l’insolvenza» e

(ii) risulti «ragionevolmente perseguibile il risanamento dell’impresa».

Il presupposto della segnalazione, quindi, appare a struttura composita in quanto imperniato testualmente su quello per ricorrere alla composizione negoziata e, ancor prima, sulle nozioni di «crisi» ed «insolvenza», senza, tuttavia, con esso coincidere. Ciò, come si vedrà, per due ragioni: da un lato, sembrano dover essere necessariamente diverse le valutazioni richieste all’organo di controllo ai fini della segnalazione rispetto a quelle richieste all’organo amministrativo ai fini della decisione se ricorrere o meno alla composizione negoziata, dall’altro, la segnalazione *ex art. 25-*octies* CCII*, a differenza dell’art. 12 CCII, richiama testualmente soltanto le condizioni di «crisi» e di «insolvenza» e non, quantomeno apparentemente, (i) quelle rappresentate dall’esistenza di, «anche soltanto»,

duta concreta della disciplina in esame – dovrebbe sindacarsi avendo particolare riguardo alla relativa corretta e tempestiva reazione al verificarsi di specifici, appunto, presupposti.

Di conseguenza riterrei di poter fare riferimento, quantomeno convenzionalmente in questa sede, al concetto di “presupposto” nonché a quello di “accesso” per descrivere, rispettivamente, le condizioni per ricorrere alla composizione negoziata ed il momento iniziale dell’instaurazione di tale percorso.

⁵ Asimmetria rilevata anche dal Consiglio di Stato nel proprio parere n. 00910/2024 del 1° agosto 2024 sul testo del Correttivo-*ter* (su cui v. il commento “a caldo” di M. POLLIO, *La tempestiva emersione della crisi dimentica l’insolvenza*, in *ItaliaOggi*, 3 agosto 2024, 23).

⁶ Le parole in corsivo sono state aggiunte proprio dal Correttivo-*ter* (peraltro attraverso due versioni differenti tra il giugno ed il settembre 2024: in particolare nel giugno 2024 non vi era alcun richiamo espresso all’art. 2, comma 1, lett. a) e b).

Sin d’ora si noti una rilevante discrasia presumibilmente frutto di una svista del legislatore: tale ultima integrazione del testo normativo non è stata prevista per le imprese cc.dd. «sottosoglia» di cui all’art. 25-*quater* CCII. Tuttavia, come si avrà modo di vedere *infra* (parte II, cap. I, par. 3) non dovrebbero esservi dubbi sull’estensione analogica di tale integrazione anche a queste.

uno «squilibrio patrimoniale o economico finanziario» che «rendono probabile la crisi o l'insolvenza» dell'imprenditore (ossia, come si avrà modo di approfondire, la c.d. "pre-crisi") né (ii) sempre quantomeno apparentemente, quella della sussistenza della ragionevole perseguibilità del risanamento.

Invero, nel prosieguo della trattazione, si tenterà di argomentare come anche queste condizioni rilevino anche ai fini della segnalazione: (i) la "pre-crisi" si anniderebbe, infatti, nel concetto di «tempestività» di cui al secondo comma dell'art. 25-octies CCII (da interpretarsi, a tali fini e solo in tal caso, come "precocità"), (ii) il vaglio sulla sussistenza di ragionevoli prospettive di risanamento dovrebbe pur sempre rappresentare il riferimento della valutazione anche a monte della segnalazione per numerosi argomenti, tra cui proprio quello testuale, posto che le nozioni di «crisi» e di «insolvenza» non sono richiamate dall'art. 25-octies, comma 1, CCII, in quanto tali ma, specificamente, «per la presentazione dell'istanza di cui all'articolo 17».

Tuttavia, il percorso argomentativo che porterà a tale risultato interpretativo non è immediato e passa necessariamente dalla previa indagine del presupposto per ricorrere alla composizione negoziata e, poi, dalla sua declinazione alla luce dell'art. 25-octies CCII.

Sicché onde poter individuare il significato del *presupposto della segnalazione* appare metodologicamente e preliminarmente opportuno esaminare, in primo luogo, i concetti di «crisi» e di «insolvenza», in particolare⁷ nella prospettiva del CCII, in quanto evocati direttamente dagli artt. 12 e 25-octies CCII; in secondo luogo, il *presupposto per ricorrere alla composizione negoziata* come delineato dall'art. 12 CCII e, segnatamente, il relativo profilo oggettivo⁸, a sua volta scomponibile nelle due condizioni, requisiti o «corni»⁹ evocati da quest'ultima disposizione e che riterrei di definire, per brevità, d'ora innanzi:

(a) dello "squilibrio significativo", ossia gli stadi della «crisi», dell'«insolvenza (ossia «le condizioni cui all'articolo 2, comma 1, lettere a) o b)» e quello della "pre-crisi" (ovvero quello in cui sussista «anche soltanto» uno «squilibrio patrimoniale o economico finanziario» che «rendono probabile la crisi o l'insolvenza» dell'imprenditore);

⁷ Trattandosi di temi istituzionali, come più oltre precisato, appare utile, ai fini del presente lavoro, limitare l'esame ai tratti essenziali di tali concetti, evidenziando i possibili elementi di novità apportati dal CCII e necessari per la ricostruzione del *presupposto della segnalazione* e rinviando, invece, per ogni ulteriore aspetto, alla copiosa letteratura in materia più oltre esemplificativamente richiamata.

⁸ Non appare, invece, di interesse per il presente lavoro l'esame del presupposto soggettivo della composizione negoziata («[l']imprenditore commerciale e agricolo ...»), essendo la segnalazione di competenza dell'organo di controllo che evidentemente presuppone la qualità di società di capitali in capo al debitore.

⁹ Così definiti da ANT. ROSSI, *I presupposti della CNC, tra debiti dell'imprenditore e risanamento dell'impresa*, in *Diritto della crisi*, 30 novembre 2021, 6 ss.

(b) del “ragionevole risanamento dell’impresa” (ossia la condizione in cui, nonostante i predetti stadi, sia «ragionevolmente perseguibile il risanamento dell’impresa).

A tanto è dedicato il presente capitolo.

2. Cenni sulle nozioni di crisi e di insolvenza (tra tradizione e innovazione)

2.1. La nozione di crisi nel CCII

Parrebbe sostenibile che l’attuale CCII imponga un’intera rivisitazione o, quantomeno, rimeditazione del rapporto tra i diversi stadi della crisi d’impresa (in senso lato) e, quindi, della ricostruzione delle note nozioni di «crisi» e «insolvenza», per quanto non manchino numerose assonanze con la previgente disciplina¹⁰.

Non è certamente intenzione di chi scrive ripercorrere l’intero dibattito storico sulla ricostruzione delle nozioni di crisi e di insolvenza né ciò parrebbe utile con riguardo agli obiettivi del presente lavoro, essendo piuttosto necessario individuare i tratti essenziali e i profili più problematici del relativo rapporto ai fini dell’istituto della segnalazione interna e, segnatamente, onde argomentare una proposta interpretativa dei punti di riferimento che l’organo di controllo dovrebbe seguire nel difficile compito assegnatogli dal CCII.

È, pertanto, il rapporto e la distinzione tra queste nozioni¹¹, cui sembra¹² aggiungersi, come anticipato, quella di “pre-crisi”, a rappresentare il punto più complesso da affrontare.

Due appaiono i punti meno discutibili.

In primo luogo, il ruolo centrale rivestito, analogamente a quanto accadeva

¹⁰ Sul cambio di prospettiva rispetto alla legge fallimentare v., recentemente, A. SCIARRONE ALIPRANDI, M. MOZZARELLI, *Disciplina della crisi e «tipologie» di debitori*, in AA.VV., *La crisi d’impresa nel nuovo codice: problemi e prospettive*, a cura di F. Barachini, Torino, 2024, 43 ss.

¹¹ Per mera completezza (ma il punto non appare di particolare rilievo ai nostri fini) si rileva che il CCII fa, inoltre, riferimento, in altre norme (in particolare agli artt. 105, 280, 323, 329, 330, 338, 358 CCII) alla diversa nozione di «dissesto», senza tuttavia offrirne una definizione, ciò ad ulteriore riprova della complessità e non inequivocità del sistema concettuale introdotto dal CCII. Il punto è stato recentemente rilevato anche da M. POLLIO, *Dissesto in cerca di definizione*, in *ItaliaOggi*, 19 agosto 2024, 2 il quale, ricorda che il concetto, nel linguaggio economico, corrisponde a quello di insolvenza, mentre ha assunto, in giurisprudenza, differenti significati (incluso quello di squilibrio patrimoniale tra attivo e passivo) ed evidenzia la criticità della lacuna sul punto del CCII non solo con riguardo alle norme penali ed al principio di tassatività delle norme penali, ma anche perché tale nozione è evocata dalle norme relative all’attività di vigilanza degli organi giudiziali ed alla loro nomina.

¹² Su cui v. *infra*.

nella previgente legge fallimentare, dalla nozione di «insolvenza»¹³ posto che, anche nel CCII, quella di «crisi» sembra “ruotare” (simbolicamente o assiologicamente)¹⁴ attorno ad essa: l’art. 160 l. fall. affermava, infatti, che «per stato di crisi si intende anche lo stato di *insolvenza*»; l’odierno art. 2, comma 1, lett. a), prima parte, CCII la definisce, anzitutto¹⁵, come «lo stato del debitore che rende probabile l’*insolvenza*» [CCII].

In secondo luogo, altrettanto non discutibile sembra la sovrapposizione¹⁶, quantomeno a prima vista, tra la nozione di «insolvenza» del CCII e quella della precedente legge fallimentare: analogamente all’art. 5 l. fall., il CCII la definisce come «lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni» [art. 2, comma 1, lett. b)].

Più complessa è, invece, l’estensione dei relativi significati e la ricostruzione del relativo rapporto alla luce del nuovo contesto normativo. La questione sembra più evidente con riguardo alla nozione di «crisi», ma, come si vedrà, appare piuttosto rilevante anche rispetto a quella di «insolvenza».

Partendo dalla prima¹⁷, occorre anzitutto rilevare come il CCII non solo ne affermi, come visto, l’intima connessione con quella di «insolvenza» in termini di rapporto di probabilità¹⁸, ma ne detti anche una definizione più precisa – e questo è un punto innovativo¹⁹ – la quale ne completa i tratti essenziali, finendo così, come si vedrà subito, per tracciare alcune coordinate in sostanza rilevanti anche per definire la stessa «insolvenza». Di qui la possibile considerazione per cui, da un punto di vista definitorio, potrebbe essere quello di «crisi» il concetto realmente essenziale per l’intera impalcatura del CCII²⁰.

¹³ Così confermando il ruolo centrale assunto in generale ai fini fallimentari dal ’42. Prima, come noto, l’allora vigente Codice di commercio, considerava come condizione oggettiva per l’attivazione di una procedura fallimentare la cessazione dei pagamenti (v. artt. 683 e 705).

¹⁴ V. *infra* sulla precisazione.

¹⁵ Poi, come si vedrà, la stessa norma individua ulteriori elementi della fattispecie.

¹⁶ Lo confermano recentemente, tra gli altri, anche A. SCIARRONE ALIPRANDI, M. MOZZARELLI, *op. ult. cit.*, 49.

¹⁷ Su cui v. la letteratura, a titolo esemplificativo, già indicata nell’Introduzione in nt. 17. Sul concetto economico di crisi v., invece, a titolo esemplificativo, recentemente, A. BALDISSERA, *Economia aziendale, teorie giuridiche e diritto della crisi: la conservazione dell’impresa nell’evoluzione del pensiero italiano*, in AA.VV., *Dalla crisi allo sviluppo sostenibile*, Milano, 2022, *passim*, nonché il noto lavoro di P. BASTIA, *Crisi e risanamento dell’impresa*, Bologna, 1987, *passim*.

¹⁸ Richiamando implicitamente la Raccomandazione UE 14 marzo 2014 n. 135 la quale stabiliva all’art. 6, lett. a) che «il debitore dovrebbe poter procedere alla ristrutturazione in una fase precoce, quando sia evidente che sussiste una probabilità di insolvenza».

¹⁹ Così A.M. AZZARO, *Appunti sulla nozione giuridica di “crisi” d’impresa come stato di non insolvenza (irreversibile)*, cit., 147.

²⁰ A. SCIARRONE ALIPRANDI, M. MOZZARELLI, *op. ult. cit.*, 43-44. Questa è la ragione per cui si

Il CCII precisa, infatti, sulla scorta, come richiesto dalla l. delega 155 del 2017, delle «elaborazioni della scienza aziendalistica»²¹, che la probabilità di insolvenza e, quindi, la «crisi» «si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi» [art. 2, comma 1, lett. a), seconda parte]²².

Dal che sembra conseguire che (i) l'insostenibilità del debito nei dodici mesi rappresenti probabilità (e non mera possibilità²³) di insolvenza e che (ii) quest'ultima costituisca uno stadio successivo avanzato involutivo del medesimo fenomeno. In altre parole, pare condivisibile la tesi per cui sarebbe del tutto cambiato il rapporto tra le nozioni di crisi e di insolvenza rispetto alla legge fallimentare, posto che, ora, non sarebbe più quello di genere (la crisi) a specie (l'insolvenza), alla stregua di due cerchi concentrici, rappresentando, invece, due stadi distinti di uno stesso fenomeno di involuzione progressiva²⁴ che, secondo la scienza aziendalistica, si declinerebbe in cinque *step*: l'incubazione, la maturazione, la crisi conclamata, l'insolvenza reversibile e l'insolvenza irreversibile²⁵.

Se, dunque, sulla nozione di «crisi», il CCII sembra aver offerto – a differenza del passato – talune e (da un punto di vista giuridico) sufficienti coordinate²⁶

è poc'anzi precisato come la rilevanza centrale del concetto di «insolvenza» sia tale solo “simbolicamente” ed “assiologicamente”, posto che quest'ultimo stadio è effettivamente quello da evitare o superare, come obiettivo della normativa, tuttavia, i confini definitivi possono essere, oggi, meglio tracciati, partendo dalla nozione di «crisi».

²¹ Art. 2, lett. c), l. delega. In argomento v. A. QUAGLI, *Il concetto di crisi d'impresa come incontro tra la prospettiva aziendale e quella giuridica*, in *Crisi d'Impresa*, 2016, 3.

²² Si tratta del c.d. approccio “interno-previsionale” che definisce la crisi partendo dai piani economico-finanziari che espongono la futura gestione dinamica gestionale (lo conferma ASSONIME, *Guida al codice della crisi*, 26 novembre 2024, 24). Ruolo chiave, per questo approccio, è rivestito dalla valutazione dei flussi di cassa reddituali attuali e prospettici rispetto alla loro capacità di pagare i debiti presenti e pianificati. Invero, potevano scegliersi anche altri approcci ossia quello “esterno” o “interno – consuntivo” (per una ricognizione v. A. QUAGLI, *op. ult. cit.*, 5 ss).

Nella Relazione n. 87 dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione del 15 settembre 2022, si osserva, infatti, come la «crisi» sia stata definita in funzione «prospettica».

²³ Scelta lessicale derivante dalla l. delega n. 155 del 2017 [art. 2, comma 1, lett. c)]. Il termine sta ad indicare quindi più del 51% di possibilità (P. MONTALENTI, *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta dalla “Proposta Rordorf” al Codice della crisi*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, 488 ss.).

²⁴ Così sintetizza la relazione tra i due concetti M. SPIOTTA, *Insolvenza (non ancora) prospettica: quali rimedi?*, nota a Trib. Milano, 9 ottobre 2019, in *Fall.*, 2020, 124 ss.

²⁵ In argomento v., per tutti, A. DANOVI, P. RIVA, *Le cinque fasi della crisi e dell'allerta*, in *Il Fallimentarista*, 20 agosto 2018.

²⁶ Nel presente lavoro non ci si diffonderà, quindi, sui parametri economici e aziendalistici attraverso i quali accertare i presupposti giuridici, ma ci si limiterà ad elaborare soluzioni interpretative sui parametri giuridici e, con riguardo alla nozione di crisi, il parametro normativo, da una prospettiva giuridica, appare sufficientemente chiaro ove fa riferimento alla insostenibilità del de-

ai nostri fini, nei termini che si vedranno oltre²⁷, non altrettanto può dirsi con riguardo a quella di «insolvenza».

2.2. *La nozione di insolvenza nel CCII: il possibile superamento della distinzione tra insolvenza attuale e prospettica e la tesi dell'«insolvenza relativamente irreversibile» (rinvio)*

Alla luce della nota elaborazione giurisprudenziale e dottrinale sviluppatesi nel corso del tempo, sembra innanzitutto necessario distinguere²⁸:

- (i) tra insolvenza “reversibile” e “irreversibile” e
- (ii) tra insolvenza “attuale” e “prospettica” (o “prognostica”).

Si tratta, infatti, delle più rilevanti sfumature del concetto non tutte compatibili con l'apertura del fallimento e, oggi, della liquidazione giudiziale.

Quanto alla prima distinzione, è noto che, ai sensi del previgente art. 5 l. fall. e dell'analogo tenore letterale dell'odierno art. 2, comma 1, lett. b), CCII, l'«insolvenza» rilevante ai fini dell'apertura della “maggiore” procedura concorsuale²⁹,

bito nei dodici mesi. Sarà, come parimenti si vedrà, piuttosto complesso invece determinare i confini giuridici della nozione di “pre-crisi”.

²⁷ Per l'argomentazione che sorregge tale considerazione v., in particolare, il successivo paragrafo ed il cap. II di questa parte.

²⁸ Sulla nozione di insolvenza rilevante ai fini della dichiarazione di fallimento, la bibliografia è copiosa, sicché ogni riferimento sarebbe incompleto. Rilevanti, tuttavia, risultano, ai nostri fini, le riflessioni già di G. BRUGGER, *La nozione di insolvenza: un concetto che muta. Crisi finanziaria, crisi strutturale ed insolvenza d'impresa: economia e diritto a confronto*, in Fall., 1988, 899 ss.; F. FERRARA JR, *Il Fallimento*, Milano, 1995, 139 ss.; P.A. CENSONI, *Il presupposto oggettivo del fallimento. Lo stato di insolvenza*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da L. Panzani, I, Torino, 2000, 89 ss.; A. NIGRO, sub art. 5, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, Torino, 2006, 10; M. SANDULLI, *Il presupposto oggettivo*, in *Tratt. proc. conc. Jorio e Sassani*, I, Milano, 2014, 163 ss.; G. CAVALLI, *I presupposti del fallimento*, in *Il fallimento*, a cura di S. Ambrosini, G. Cavalli, A. Jorio, in *Tratt. dir. comm. Cottino*, XI, 2, Padova, 2009, 123 ss.; G. CAPO, *I presupposti del fallimento*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, I, diretto da G. Fauceglia, L. Panzani, Torino, 2009, 60 ss.; G. TERRANOVA, *Lo stato di insolvenza. Ancora su “stato di insolvenza” e “stato di crisi”*, in *Tratt. dir. fall. e altre proc. conc. Vassalli, Luiso e Gabrielli*, I, Torino, 2013, 224 ss.; ID., *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, Torino, 2013; G. PRESTI, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso, L. Panzani, I, Milano, 2016, 400 ss.; M. ERMINEI, sub art. 5, in *Codice del fallimento e delle procedure concorsuali*, diretto da S. Ambrosini, C. Trapuzzano, Roma, 2019, 46; F. CANAZZA, sub art. 5, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2017, 72 ss. Sul tema v. le recenti riflessioni, a ridosso della riforma, di: L. ROVELLI, *Dall'insolvenza alla crisi dell'impresa. Ricadute sul diritto societario*, in *Dir. affari*, 2020, 7 ss.; S. AMBROSINI, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, in *www.il caso.it*, 2019.

²⁹ La Relazione n. 87 dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione del 15 settembre

risulta imperniata sull'incapacità dell'imprenditore alla regolare soddisfazione delle obbligazioni e si identifica – secondo l'orientamento prevalente – con uno stato di impotenza funzionale e strutturale, non transitoria, a soddisfare regolarmente e con mezzi normali le obbligazioni inerenti all'impresa e che, nelle società non in scioglimento e liquidazione³⁰, dovrebbe desumersi non dal mero rapporto tra attività e passività né dall'esistenza di inadempimenti (i quali al più potrebbero valere come indizi di tale stato³¹), bensì da una valutazione globale³²

2022, precisa a p. 4 che il CCII ha confermato la definizione di insolvenza già contenuta nell'art. 5 l. fall.

Il concetto di insolvenza ai fini fallimentari era (ed è) notoriamente diverso, infatti, dall'omonimo concetto di tipo civilistico equivalente a quello di incapienza (che può essere anche temporanea e reversibile), poiché fa riferimento ad una situazione patrimoniale, quella dell'impresa, continuamente in evoluzione ed organizzata in modo vario. Sul punto, recentemente, cfr. Cass., 16 giugno 2023, n. 17362, in *Fall.*, 2024, 79 ss. che afferma tra i vari, il principio citato sulla diversità tra le due tipologie di insolvenza, riprendendo le argomentazioni già fatte proprie da diversi suoi precedenti, tra cui Cass., 18 novembre 2011, n. 24330 e da Cass., 20 dicembre 2002, n. 18151, entrambe in *DeJure*; invero, come recentemente posto in luce dall'Autore a commento di tale pronuncia (L.A. BOTTAI, *La nozione civilistica di insolvenza differisce da quella concorsuale? La rilevanza attuale del capitale sociale*, in *Fall.*, 2024, 79 ss.) anche in ambito civilistico la categoria potrebbe non essere unitaria: basti pensare alla distinzione tra l'insolvenza che determina la decadenza dal beneficio del termine *ex art.* 1186 c.c. da quella che consiste nel mutamento *in pejus* delle condizioni patrimoniali del debitore e che legittima la sospensione dell'esecuzione della prestazione *ex art.* 1461 c.c. o, ad esempio, in tema di fideiussione o mandato di credito. Per una diversa visione volta ad affievolire la differenza tra insolvenza civile e concorsuale v. la tesi della "ricommercializzazione" del concetto di insolvenza sostenuta, proprio a proposito del CCII, da F. DI MARZIO, *Diritto dell'insolvenza*, Milano, 2023, 122.

³⁰Recentemente la S.C. ha avuto modo di precisare, richiamando un suo consolidato orientamento, che, nel caso di società in stato di scioglimento e di liquidazione, vale, invece, il principio dell'insolvenza c.d. "statica" per cui la valutazione del giudice in relazione all'accertamento dello stato di insolvenza dovrebbe essere unicamente volta a verificare se gli elementi attivi del patrimonio sociale consentano di assicurare l'eguale ed integrale soddisfacimento dei creditori sociali (v., tra molte, Cass., 2 novembre 2022, n. 32280, Cass., 24 giugno 2022, n. 20491, Cass., 8 giugno 2022, n. 18511, Cass., 10 dicembre 2020, n. 28193, Cass., 5 novembre 2020, n. 24660 e già Cass., 26 novembre 2015, n. 24182, tutte in *Onelegale*). Non sono comunque considerate tali le società che abbiano concesso in affitto l'azienda e che siano dunque inattive «posto che l'affitto a terzi non può essere equiparato a una "liquidazione di fatto", dovendosi, in tale caso, fare riferimento alla nozione base di insolvenza, ossia l'incapacità della società di soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni» (v., tra molte, Cass., 2 novembre 2022, n. 32280, cit.).

³¹L'orientamento è pacifico in giurisprudenza. V. a titolo esemplificativo, Cass., 11 marzo 2019, n. 6978, Cass., 6 febbraio 2018, n. 2810, Cass., 28 novembre 2018, n. 30827, Cass., 24 maggio 2017, n. 12984, Cass., 7 dicembre 2017, n. 29520, Cass., 8 marzo 2016, n. 4530, Cass., 16 settembre 2015, n. 18192, tutte in *DeJure*. Invero, è financo ovvio che l'eventuale eccedenza del passivo sull'attivo patrimoniale costituisca pur sempre, nella maggioranza dei casi, uno dei tipici fatti esteriori che dimostrano l'incapacità dell'imprenditore a soddisfare le proprie obbligazioni, ma ciò non è il presupposto, ma appunto solo un (comune) indizio. Si dibatte poi sull'orizzonte temporale, ma l'opinione prevalente ritiene doversi far riferimento alle obbligazioni già scadute al momento della dichiarazione di fallimento e ragionevolmente certe (così, tra molte, Cass., 10 giugno 2019, n. 15572, Cass., 20 novembre 2018, n. 29913, *ivi*). Quanto agli inadempimenti, è parimenti

che determini l'impossibilità dell'impresa di continuare ad operare proficuamente sul mercato per il venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie allo svolgimento dell'attività³³. Sicché, secondo questa definizione, dovrebbe ritenersi insolvente, non soltanto chi non può pagare nessuno, ma anche chi può pagare solo alcuni creditori, lasciando insoddisfatti gli altri oppure chi può soddisfare le sue obbligazioni solo parzialmente o, ancora, chi è in grado di pagarle integralmente, ma in epoca successiva rispetto alla scadenza³⁴.

Sono, quindi, due gli elementi che tradizionalmente caratterizzano i connotati dello stato di insolvenza: (i) la (ir)regolarità del modo in cui il debitore soddisfa le proprie obbligazioni e (ii) la sua esteriorizzazione attraverso determinati fatti sintomatici che la legge indica, in modo specifico, sia come «inadempimenti» sia, genericamente, come «altri fatti». In altri termini, la legge dà (e dà) rilievo giuridico, a tali fini, ai fatti che esteriorizzano la crisi dell'impresa, mettendo in evidenza le situazioni in cui l'imprenditore non sia più in grado di risollevare la propria posizione debitoria: trattasi, per l'appunto, dell'insolvenza c.d. "irreversibile" che si distingue da quella speculare, c.d. "reversibile", ove l'imprenditore si trova nella sola temporanea impossibilità di soddisfare i creditori, quando, cioè, possa prospetticamente valutarsi che tale situazione è superabile³⁵.

Quanto, invece, alla seconda distinzione e, quindi, al concetto di "insolvenza prospettica", occorre sottolineare come tale nozione sia stata elaborata³⁶ per indi-

pacifico che se è vero che anche un solo inadempimento può assurgere ad indice della situazione oggettiva di insolvenza, occorre, tuttavia, considerare che lo stato di insolvenza dell'imprenditore commerciale «non suppone, necessariamente, l'esistenza di inadempimenti, né è da essi direttamente deducibile, essendo gli stessi, se effettivamente riscontrati, equiparabili agli altri fatti esteriori idonei a manifestare quello stato, con valore, quindi, meramente indiziario, da apprezzarsi caso per caso» (così, recentemente v. Cass., 21 gennaio 2021, n. 1053, in *Onelegale*). Del resto, è noto che ben potrebbe sussistere, da un lato, lo stato di insolvenza senza inadempimento (come il caso dell'imprenditore che adempie le proprie obbligazioni con mezzi anormali, ad esempio mediante *datio in solutum*), dall'altro, l'inadempimento senza insolvenza (è il caso dell'imprenditore che volontariamente rifiuta di adempiere un'obbligazione, contestandone l'*an* o il *quantum*).

³² V., per tutti, M. SANDULLI, *Il presupposto oggettivo*, in *Tratt. proc. Conc. Jorio e Sassani*, cit., 142: «nessun fatto, di per sé, si traduce nello stato di insolvenza, dovendo essere visto nell'ambito di una valutazione globale in cui versi l'imprenditore».

³³ Così, tra molte, Cass., 3 marzo 2022, n. 7087, in *Onelegale*.

³⁴ F. FERRARA JR, *op. ult. cit.*, 139.

³⁵ Così recentemente: Cass., 19 maggio 2020, n. 9151, Cass., 30 settembre 2004, n. 19611, in *Onelegale*, Trib. Milano, 9 ottobre 2019, in *Fall.*, 2020, 122 ss., Trib. Benevento, 18 dicembre 2019, in *Giur. comm.*, 2020, II, 1468 ss.

³⁶ V., da ultimo, in giurisprudenza la nota sentenza di Trib. Milano, 9 ottobre 2019, cit., 122 ss. La sentenza, piuttosto rilevante per i concetti espressi è stata commentata da numerosi Autori tra cui, in particolare, A. JORIO, *Sulle nozioni di crisi e di insolvenza prospettica*, in *Giur. comm.*, 2020, II, 1474 ss., M. SPIOTTA, *Insolvenza (non ancora) prospettica: quali rimedi?*, cit., 124 ss.; S. SANZO, *Istanza di fallimento ed insolvenza prospettica: ovvero le regole della crisi prima che entri in*

viduare quello stadio di insolvenza, successivo a quello della crisi, che non si identifica con la c.d. “*Twilight Zone*”³⁷ e che, pur *in fieri*, sarebbe connotato da un attributo di certezza sufficiente per aprire il fallimento e, dunque, oggi, la liquidazione giudiziale³⁸. Si tratterebbe, in altre parole, di quell’insolvenza che, ancorché non attuale, «verrà a manifestarsi con certezza in un arco temporale comunque ristretto»³⁹. Di contro, l’insolvenza “attuale” sarebbe quella già esistente⁴⁰ e ovviamente anch’essa idonea ad aprire la procedura concorsuale “maggiore”.

Ebbene, come anticipato, anche in considerazione delle tesi più oltre sostenute e del conforto europeo e comparatistico, riterrei che quest’ultima distinzione (insolvenza attuale/insolvenza prospettica) abbia perso, nel contesto del CCII, rilevanza sul piano definitorio, avendone però acquisita sul piano empirico⁴¹.

In altre parole, anticipando, così, alcune delle conclusioni su questo punto, sembra potersi sostenere che il combinato disposto dei requisiti del presupposto per accedere alla composizione negoziata (*recte*, nominare l’esperto) (ovverosia quelli sopra denominati dello “*squilibrio significativo*” e del “*ragionevole risa-*

vigore la disciplina dell’allerta, in *www.ilfallimentarista.it*, 18 ottobre 2019; R. DELLA SANTINA, *Crisi d’impresa e insolvenza prospettica dell’imprenditore: questioni ancora aperte nell’imminenza dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 14/2019* (Note a margine del decreto del Tribunale di Milano 3 ottobre 2019), in *www.ilcaso.it*, 12 novembre 2019. Sul concetto di insolvenza prospettica v., già, tra altre, Trib. Milano, 10 novembre 2009, in *Corr. giur.*, 2010, 109; Trib. Milano, 15 ottobre 2009, in *Dir. fall.*, 2010, II, 343; Trib. Roma, 5 settembre 2008, in *Foro it.*, 2009, I, 266 (concernente la vicenda Alitalia); Trib. Torino, 14 novembre 2008, in *Giur. it.*, 2009, 2237 (riguardante la carrozzeria Bertone), Trib. Monza, 3 luglio 2000, in *Fall.*, 2001, 441; nonché, in dottrina, per tutti, B. INZITARI, *Crisi, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, 355 ss.

³⁷ In argomento v. Circolare Assonime 2 agosto 2019, n. 19 che fa riferimento a tre fasi ascendenti anche se non sempre la crisi è l’antecedente temporale dell’insolvenza ove si verificano eventi eccezionali (così, G. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell’insolvenza*, Torino, 2019, 7).

³⁸ M. SPIOTTA, *op. ult. cit.*, 127.

³⁹ Così Trib. Milano, 9 ottobre 2019, cit. Come si vedrà oltre, non sembra, invece, del tutto condivisibile l’affermazione per cui l’insolvenza prospettica corrisponderebbe alla «situazione di pericolo che giustifica la segnalazione interna affidata all’organo di controllo o quella esterna affidata ai creditori istituzionali, ai sensi del combinato disposto degli artt. 14 e 15», a meno di non volerne dare una lettura – per vero forzata – nella prospettiva della tesi del *presupposto cangiante* qui sostenuta. In questo modo infatti l’insolvenza prospettica viene fatta coincidere, specie se si trasponesse l’enunciato alla disciplina odierna, alla nozione di crisi. Ma, invero, occorrerebbe distinguere, sul piano concettuale, logico e definitorio, tra probabilità, da una parte, e certezza, dall’altra, di prossima insolvenza ovverosia tra la situazione di pericolo di insolvenza (in termini di probabilità e, quindi, di crisi secondo il CCII) e di insolvenza prospettica (in questo senso A. JORIO, *Sulle nozioni di crisi e di insolvenza prospettica*, cit., 1476).

⁴⁰ Si intende, da un punto di vista pratico, quantomeno alla data di pronuncia della sentenza dichiarativa di fallimento o, oggi, di liquidazione giudiziale.

⁴¹ Sembra che in tal senso anche A. SCIARRONE ALIPRANDI, M. MOZZARELLI, *op. ult. cit.*, 49.

namento”) imponga, quantomeno nella prospettiva della segnalazione (secondo una tesi che definirò nel prosieguo del “*presupposto cangiante*”⁴²), di escludere la possibilità di far ricorso alla composizione negoziata soltanto nei casi di insolvenza che riterrei di chiamare “*assolutamente irreversibile*”, dovendosi invece ritenere compatibile con tale strumento – e quantomeno ai fini della segnalazione – quel tipo di insolvenza che, pur irreversibile in astratto, non lo sia in concreto proprio in ragione delle “opportunità” offerte dalla composizione negoziata, un tipo di insolvenza che riterrei, quindi, di chiamare “*relativamente irreversibile*”. Ciò alla luce di un giudizio prognostico, da condursi *ex ante*, che tenga conto di tutta la gamma di strumenti e benefici che la composizione negoziata può offrire ad un risanamento (nel significato, che si vedrà, a mio sommosso avviso, poter essere anche solo *soggettivo*) non deteriore, per i creditori, rispetto all’alternativa della liquidazione giudiziale.

Detto altrimenti, se, con un giudizio prognostico da condursi *ex ante*, risulti non irragionevole che, con gli strumenti della composizione negoziata, lo stato di insolvenza, ancorché apparentemente irreversibile (cioè tale, in assenza proprio di tale percorso, possa essere concretamente superato senza aggravare ingiustificatamente la posizione dei creditori e, quindi, in una prospettiva non deteriore rispetto alla liquidazione giudiziale⁴³, lo strumento della composizione negoziata potrebbe ritenersi ammissibile o, quantomeno, l’organo di controllo dovrebbe segnalare *ex art. 25-octies CCII* la sussistenza dei relativi presupposti (tesi cc.dd. dell’“*insolvenza relativamente irreversibile*” o come si vedrà “*super-estensiva moderata*”).

Fuori da questi casi, invece, si tratterebbe di “*insolvenza assolutamente irreversibile*” in presenza della quale non parrebbe in ogni caso possibile fare ricorso alla composizione negoziata e gli organi di controllo non dovrebbero effettuare la segnalazione bensì depositare l’istanza di liquidazione giudiziale *ex art. 37 CCII*⁴⁴.

⁴² V. *infra* in questo capitolo.

⁴³ Salvo, come si vedrà, per i crediti tributari per cui sembrerebbe richiesto un giudizio di convenienza (ma su una possibile interpretazione correttiva v. *infra*).

⁴⁴ Previa, ove possibile, informativa all’assemblea *ex art. 2406 c.c.* e all’organo amministrativo (cfr. sul punto, Trib. Napoli, 5 maggio 2016, in *Dejure*). V. sul punto la nuova Norme di comportamento del collegio sindacale n. 11.3: «[i]l collegio valuta, in alternativa alla segnalazione, di presentare istanza per l’apertura della liquidazione giudiziale (cfr. Norma 6.6.). Nel caso in cui decida di procedere con la segnalazione, informato il soggetto incaricato della revisione legale, il collegio sindacale stabilisce un termine non superiore a trenta giorni entro cui gli amministratori devono riferire, chiarendo nella segnalazione medesima che decorso inutilmente tale termine procederà con il deposito dell’istanza per l’apertura della liquidazione»; nonché il commento alla Norma 11.4, per cui «[g]iova osservare come nei casi di insolvenza non reversibile di cui all’art. 2, co.1, lett. b) d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, il collegio sindacale sia legittimato alla presentazione della domanda di apertura della liquidazione giudiziale (cfr. Norma 6.6. e Norma 11.3.)».

Con la conseguenza che, per tornare all'obiettivo di questo paragrafo in merito alla nuova lettura delle tradizionali categorie concettuali, ove il concetto di "insolvenza prospettica" coincida con quello di "probabilità di insolvenza", esso dovrebbe, ai fini dell'accesso alla composizione negoziata⁴⁵, ritenersi assorbito in quello di «crisi» che, appunto, ha – testualmente – assunto tale significato nel CCII e, come si vedrà, pacificamente compatibile con la composizione negoziata. Ove invece, per "insolvenza prospettica" si intendesse uno stadio prossimo e di pressoché certa insolvenza, esso, pur rappresentando un sicuro indice presuntivo di insolvenza irreversibile, ancorché non attuale, non dovrebbe ritenersi a priori incompatibile con la composizione negoziata e, quindi, potrebbe far scattare il dovere di segnalazione *ex art. 25-octies* CCII, sempreché alla luce del giudizio prognostico di cui sopra, si sostanzi, in concreto, in una situazione, al più, di "insolvenza relativamente irreversibile"⁴⁶.

Pertanto, alla luce del nuovo contesto normativo, come meglio risulterà argomentato all'esito della trattazione, l'unica (vera e) attuale distinzione, a mio sommesso avviso, ai fini dell'accesso alla composizione negoziata (e, a maggior ragione, per la tesi del *presupposto cangiante*, ai fini della segnalazione), dovrebbe essere tra "insolvenza assolutamente irreversibile" e "insolvenza relativamente irreversibile" nei termini descritti⁴⁷, non essendovi più spazio, a mio avviso, per una distinzione tra insolvenza attuale, prospettica o futura, posto che l'insolvenza (irreversibile) futura dovrebbe considerarsi già insolvenza attuale⁴⁸.

⁴⁵ Così, infatti, Trib. Roma, 10 ottobre 2022, in *www.ilcaso.it*, ritiene possibile ricorrere alla composizione negoziata nei casi di insolvenza prospettica, purché non irreversibile (sul cui significato v. *infra*).

⁴⁶ Solo in questo senso, dunque, potrebbe condividersi l'obiettivamente contraddittoria affermazione del Tribunale di Milano nella sentenza appena citata in tema di insolvenza prospettica (Trib. Milano, 9 ottobre 2019, cit.): per il Tribunale l'insolvenza prospettica, da un lato, ammetterebbe l'apertura del fallimento, dall'altro, corrisponderebbe alla «situazione di pericolo che giustifica la segnalazione interna affidata all'organo di controllo o quella esterna affidata ai creditori istituzionali, ai sensi del combinato disposto degli artt. 14 e 15». Critico sul punto A. JORIO, *Sulle nozioni di crisi e di insolvenza prospettica*, cit., 1476.

⁴⁷ Ridimensionava la distinzione tra insolvenza prospettica e probabilità di insolvenza nell'ottica dell'allora composizione assistita sempre A. JORIO, *Sulle nozioni di crisi e di insolvenza prospettica*, cit., 1476, nonché già ID., *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. Scritti in onore di Michele Sandulli*, Torino, 2019 ss. ed anche in *Dir. fall.*, 2019, I, 283 ss. L'A. riteneva, infatti, compatibile con la composizione assistita (idonea a favorire anche un accordo con i creditori a carattere remissorio e dilatorio) anche la situazione di insolvenza prospettica alla condizione che fosse rimediabile in un breve arco temporale ovvero quello della composizione assistita stessa.

Invero, più oltre si considererà la posizione dell'organo di controllo anche nei casi in cui si decidesse di seguire la tesi attualmente prevalente che ritiene compatibile con la composizione negoziata un concetto di risanamento soltanto oggettivo (ancorché mediante continuità indiretta).

⁴⁸ D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006, 183. Ciò appare dimostrato anche da alcune rilevazioni empiriche: già

3. *Il presupposto per ricorrere alla composizione negoziata*

Esaminate le nozioni di «crisi» e di «insolvenza», occorre ora indagare più in profondità il presupposto per ricorrere alla composizione negoziata⁴⁹ e, segnatamente, i due relativi requisiti contemplati dall'art. 12 CCII qui convenzionalmente definiti⁵⁰ del *significativo squilibrio* e del *ragionevole risanamento*.

Prima di procedere con il loro esame, occorre, però, sviluppare ancora una preliminare riflessione sulla struttura della norma che li evoca. Essendo, infatti, tali requisiti, individuati dall'art. 12 CCII come due elementi della fattispecie legati tra loro dalla congiunzione copulativa «e», sembrerebbero entrambi essenziali, sicché appare necessario domandarsi se ci si trovi dinnanzi a due presupposti cumulativi (come sembrerebbe suggerire il testo stesso dell'art. 25-*octies* CCII che parla di «presupposti») o ad un unico presupposto.

Nel primo caso, si tratterebbe di due elementi autonomi della fattispecie, nella seconda di due elementi tra loro coordinati per esprimere un unico concetto, ossia un'endiadi, con la conseguenza che entrambi si compenetrerebbero per la corretta interpretazione di un unico presupposto.

A tal proposito, si potrebbe osservare – come avvenuto all'alba dell'approvazione del d.l. n. 118 del 2021⁵¹ (il cui art. 15, come si è visto, era sostanzialmente analogo alla norma in esame⁵² ante Correttivo-*ter*) – che poiché l'«insolvenza» (menzionata nel primo dei due requisiti indicati) atterrebbe – anche nella prospettiva storica e sistematica – al soggetto (l'imprenditore), mentre il «risanamento» (il secondo requisito) all'attività (quindi all'impresa), sarebbe alquanto distonico che un medesimo presupposto si riferisca a due diversi destinatari (all'imprenditore l'insolvenza, all'impresa il risanamento), con la conseguenza che maggiormente condivisibile dovrebbe risultare la prima tesi, ossia quella dell'esistenza di due presupposti indipendenti che, tuttavia, dovrebbero entrambi sussistere per poter legittimamente fa ricorso alla composizione negoziata.

da un'analisi effettuata dal Tribunale di Milano ante riforma era emerso che, in base all'indice “Z-Score di Altman”, circa l'87 % delle imprese dichiarate fallite era insolventi da tre anni (per un commento v. M. SPIOTTA, *op. ult. cit.*, 14). Altro (ormai) risalente studio condotto aveva rilevato che su 835 imprese osservate in stato di insolvenza, circa l'85% avevano registrato – nei cinque esercizi precedenti – un valore critico dello Z-Score di Altman (G. CESTARI, S. MADONNA, *I modelli di scoring nella previsione delle insolvenze*, in *Crisi aziendali e processi di risanamento. Prevenzione e diagnosi, terapie, casi aziendali*, a cura di A. Quagli, A. Danovi, Milano, 2012). Sullo Z-Score v., per tutti R. RANALLI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e le convenzioni di moratoria. Profili aziendalistici*, in *Tratt. proc. conc. Jorio e Sassani*, Milano, 2017, 395.

⁴⁹ La norma parla di «presupposti» al plurale, ma su questo aspetto v. subito oltre.

⁵⁰ V. precedente par. 1.

⁵¹ ANT. ROSSI, *op. ult. cit.*, 11. Sulla distinzione dei diversi concetti v. per tutti, F. DI MARZIO, *Obbligazione, insolvenza, impresa*, Milano, 2019, 82.

⁵² Se non per alcuni aspetti non rilevanti ai fini delle riflessioni nel testo.

La tesi, però, non sembra del tutto persuadere e, anzi, riterrei che tale impostazione rappresenti la causa principale dell'attuale orientamento dominante che, come si vedrà oltre, ritiene incompatibile la composizione negoziata con scenari o prospettive meramente liquidatorie.

Riterrei, invece, che, sulla base di un percorso argomentativo più oltre illustrato, basato su indici testuali, logici, sistematici e teologici, che valorizzano, anzitutto, il significato della prospettiva del *ragionevole risanamento*, si possa più efficacemente sostenere che si tratti di un unico presupposto espresso mediante un'endiadi.

In questo modo i due requisiti (*squilibrio significativo* e *ragionevole risanamento*) si dovrebbero interpretare attraverso una loro lettura congiunta ed indissolubile.

3.1. Il primo requisito del presupposto per ricorrere alla composizione negoziata: lo "squilibrio significativo"

Prima del Correttivo-ter si è ampiamente discusso sul significato del concetto di squilibrio che rende «probabile la crisi o l'insolvenza» dell'imprenditore contenuto nell'art. 12 CCII in quanto, se non destava (né desta) particolari interrogativi giuridici la definizione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario⁵³, era il riferimento al concetto di «*probabilità*» a sollevare i maggiori dubbi, specie in assenza della specificazione, come invece oggi espressamente esiste a seguito proprio del Correttivo-ter, che il ricorso alla composizione negoziata fosse ammissibile anche in presenza degli stadi di «crisi» e di «insolvenza».

Così ci si domandava, in particolare, se tale concetto fosse da intendersi come:

(i) "*probabilità prospettica*", con ciò dando rilevanza solo a quelle situazioni che, in assenza di tempestive iniziative, si tramutano in crisi o insolvenza, ossia lo stadio di c.d. "*pre-crisi*" (quale appunto probabilità prospettica della crisi)⁵⁴ oppure

(ii) "*plausibilità*"/"*attualità*", per cui lo squilibrio previsto della norma fosse identificabile non tanto con il predetto stadio di "*pre-crisi*" ma soprattutto con quelli di *crisi* o *insolvenza* o, infine,

(iii) entrambe ovvero sia come *probabilità prospettica* che come *plausibilità/attualità* (comprehensive, quindi, degli stadi di *pre-crisi*, *crisi* e *insolvenza*).

⁵³ Come noto: (i) l'equilibrio patrimoniale è inteso come il rapporto ottimale fra capitale proprio e capitale di terzi, tra attivo immobilizzato e attivo circolante, (ii) quello economico si verifica quando i ricavi coprono i costi in modo da consentire una sufficiente remunerazione all'imprenditore, (iii) quello finanziario ricorre quando l'azienda è in grado di far fronte con le proprie entrate agli obblighi di pagamento assunti in precedenza e ai necessari investimenti.

⁵⁴ Su cui v. più ampiamente *infra*.

Con la conseguenza che, nel primo caso, nelle ipotesi di *crisi* così come in quelle di *insolvenza* non sarebbe stato possibile ricorrere alla composizione negoziata, nel secondo sarebbe stato lo stadio della *pre-crisi* a non poter consentire l'accesso alla composizione negoziata, mentre nel terzo sarebbe stato possibile accedervi in tutti e tre gli stadi.

Prima dell'approvazione del testo del Correttivo-ter, era la tesi sub (iii), definita anche come “*estensiva*”, ad essere quella prevalente sia in dottrina⁵⁵ che in giurisprudenza⁵⁶ e ora destinata, a mio avviso, ad essere, tra le predette tesi, l'unica effettivamente percorribile, alla luce del Correttivo-ter, avendo quest'ultimo espressamente aggiunto nel testo dell'art. 12 CCII gli stadi della *crisi* e dell'*insolvenza* a fianco al predetto sintagma (peraltro preceduto dalla locuzione «anche soltanto»). Ciò quantomeno per tutte le imprese diverse da quelle cc.dd. «sottosoglia», per le quali l'art. 25-quater CCII non ha subito modifiche, recando ancora un testo sostanzialmente identico a quello dell'art. 12 CCII prima dell'intervento del menzionato Correttivo-ter⁵⁷.

Ciononostante rimangono ancora da comprendere due rilevanti aspetti:

(i) i contorni del concetto di “*pre-crisi*” quale ulteriore stadio, oltre a quelli della *crisi* e dell'*insolvenza* poc'anzi esaminati, rilevante per ricorrere alla composizione negoziata, considerato che il legislatore si limita a fare riferimento alle condizioni di equilibrio che «rendono probabile la crisi e l'*insolvenza*» nonché

⁵⁵ Così: A. GIORDANO, *Sub art. 12*, in *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, diretto da F. Di Marzio, Milano, 2022, 51; N. ABRIANI, *Continuità aziendale, avvio della composizione negoziata e giustificato ritardo nella redazione del bilancio*, in *Diritto della crisi*, 18 ottobre 2022, 3; S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 23 agosto 2021, 6 ss.; A. JORIO, *Qualche ulteriore considerazione sul D.L. 118/2021, e ora sulla legge 21 ottobre 2021, n. 147*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 1° dicembre 2021, 4; R. GUIDOTTI, *Presupposti “interni” ed “esterni” della composizione negoziata della crisi d'impresa ed avvio del procedimento*, in *Nuovo dir. soc.*, 2021, 1623; ANT. ROSSI, *I presupposti della CNC, tra debiti dell'imprenditore e risanamento dell'impresa*, cit., par. 4. Più recentemente v., ancora, S. AMBROSINI, *La composizione negoziata compie un anno: breve itinerario fra le prime applicazioni*, in *Codice della crisi: tra novità e dubbi (ir)risolti (II parte)*, a cura di M. Spiotta, in *Giur. it.*, 2023, 1699, L. PANZANI, *L'imprenditore insolvente nella composizione negoziata*, in *Fall.*, 2023, 256 ss.

⁵⁶ Per una recente rassegna v. M. SPADARO, *Composizione negoziata della crisi: gli orientamenti della giurisprudenza ad un anno dall'esordio*, in *Fall.*, 2023, 109 ss.; più in particolare v. Trib. Avellino, 30 ottobre 2023, in *www.ilcaso.it* (che peraltro afferma che l'imprenditore potrebbe accedere alla composizione negoziata già prospettando come possibile mezzo di risanamento il ricorso ad una procedura concorsuale), Trib. Ravenna, 17 marzo 2023, Trib. Salerno, 7 febbraio 2023, *ivi*, Trib. Lecco, 2 gennaio 2023, in *Diritto della crisi*; Trib. Viterbo, 14 febbraio 2022, in *Diritto della crisi*; Trib. Roma, 10 ottobre 2022 e Trib. Bologna, 8 novembre 2022 entrambe reperibili su *www.ilcaso.it*; Trib. Roma, 10 ottobre 2022, Trib. Arezzo, 16 aprile 2022, inediti. Si tratta di pronunce che si sono occupate della conferma delle misure protettive ex artt. 18 e 19 CCII, poiché, a tal fine, dovevano verificare incidentalmente i presupposti di accesso alla composizione.

⁵⁷ Su queste imprese si avrà modo di tornare nella parte II, cap. I, par. 3 del presente lavoro.

(ii) il limite ultimo di utilizzo del, o, se si vuole, di accesso al, percorso della composizione negoziata e, quindi, i rapporti con i presupposti della liquidazione giudiziale, ovvero, in ultima istanza, se si possa ancora distinguere tra i diversi gradi di *insolvenza* e, in caso di risposta affermativa, sino a quale grado di questa sia ancora possibile ricorrere alla composizione negoziata.

La soluzione a tali quesiti, consentirà di elaborare, invero, una diversa (e, dunque, quarta) tesi sulle condizioni di accesso alla composizione negoziata che riterrei di chiamare “*super-estensiva moderata*” o dell’“*insolvenza relativamente irreversibile*”.

Come anticipato a chiosa del precedente paragrafo, il percorso argomentativo per giungere a tali conclusi passa, tuttavia, dall’indagine dei diversi orientamenti esistenti in materia al momento dell’entrata in vigore del recentissimo Correttivo-ter.

Sicché sia per quest’ultima ragione che, in ogni caso, per il tenore rimasto invariato dell’art. 25-*quater* CCII con riguardo alle imprese «sottosoglia», sembra necessario ripercorrere l’intero dibattito.

3.1.1. La lettura del presupposto: a) la tesi estensiva

Come recentemente sintetizzato⁵⁸, secondo questa tesi, il sistema delineato dal CCII parrebbe, in sostanza, svilupparsi «a gradini progressivi», sicché: (i) in caso di *pre-crisi* lo strumento accessibile sarebbe la composizione negoziata; (ii) in caso di *crisi*, a quest’ultima si aggiungerebbero, in alternativa, gli strumenti di regolazione della crisi e dell’insolvenza (gli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento, gli accordi di ristrutturazione, la convenzione di moratoria, il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione ed il concordato preventivo); (iii) in presenza di uno stato di *insolvenza* il ventaglio degli strumenti si allargherebbe sino ad includere, a fianco dei menzionati strumenti di regolazione della crisi e dell’insolvenza, la liquidazione giudiziale e, in caso di insolvenza reversibile, anche la stessa composizione negoziata⁵⁹.

L’orientamento si reggeva su numerose argomentazioni, di tipo storico, esegetico-testuale, logico e sistematico, oggi avallate, a mio avviso, dal tenore del Correttivo-ter⁶⁰.

⁵⁸ Così: L. PANZANI, *L'imprenditore insolvente nella composizione negoziata*, cit., 256; S. AMBROSINI, *La composizione negoziata compie un anno: breve itinerario fra le prime applicazioni*, cit., 1699, ss.; A. JORIO, *Qualche ulteriore considerazione sul D.L. 118/2021, e ora sulla legge 21 ottobre 2021, n. 147*, cit., 4.

⁵⁹ Sulla compatibilità della composizione negoziata con l’*insolvenza reversibile* v. ampiamente oltre e, recentemente, ad esempio, Trib. Ravenna, 17 marzo 2023, in *www.ilcaso.it*, Trib. Salerno, 7 febbraio 2023, in *www.ilcaso.it*, Trib. Piacenza, 22 dicembre 2022, in *www.ilcaso.it*.

⁶⁰ Sostiene infatti ancora oggi la tesi estensiva, tra altri, S. AMBROSINI, *Ancora sulle “condizioni”*

Anzitutto, veniva valorizzata la ricostruzione della *voluntas legislatoris*: la relazione illustrativa del CCII già testualmente affermava, infatti, che «[l']imprenditore in *difficoltà*, in *crisi*, o in stato di *insolvenza reversibile*»⁶¹ può decidere di fare ricorso alla composizione negoziata.

Sempre sul piano storico, la tesi in esame rappresenta(va) una sostanziale proiezione di uno dei più autorevoli progetti di riforma delle procedure concorsuali, redatto dalla Commissione Trevisanato *bis*, istituita con d.m. 27 febbraio 2004⁶², il quale forniva, all'art. 2, lett. h) e i), le nozioni rispettivamente di «crisi» e di «stato di insolvenza» consentendo alle imprese che si fossero trovate in entrambi gli stadi di accedere alla allora c.d. “procedura di composizione concordata” (art. 13)⁶³. A ciò sembra dunque aggiungersi, oggi, lo stadio della *pre-crisi*, invero, ancora sul piano storico, evocato, secondo alcuni Autori, già dal vecchio testo dell'art. 14 CCII con il concetto di «fondati indizi della crisi»⁶⁴.

Da un punto di vista letterale, invece, nell'assenza del chiaro tenore attuale, era già stato affermato che la stessa semantica della parola «probabile» non potesse escludere il significato di “plausibile” o “verosimile”⁶⁵, parola che, anzi, sarebbe stata selettivamente individuata dal legislatore proprio perché idonea ad evidenziare il carattere valutativo e, quindi, in ultima istanza, l'ontologica incertezza del giudizio sul presupposto in esame⁶⁶.

Quanto agli argomenti logici, si affermava, in primo luogo, che la necessità di ricorrere alla nomina di un esperto (quindi, esterno alla realtà aziendale) presupponesse l'esistenza di una crisi già in atto e l'esaurimento delle soluzioni aziendali interne di ristrutturazione⁶⁷. In ultimo, sempre da un punto di vista logico, si riteneva che a deporre in favore della tesi estensiva fossero (i) l'inesistenza, a monte, di un filtro di accesso alla composizione negoziata imperniato

dell'impresa – dalla precrisi all'insolvenza sanabile – e sulla sua gestione nella composizione negoziata (con una chiosa in merito al recente lapsus del legislatore), in *Ristrutturazioni aziendali*, 12 gennaio 2025.

⁶¹ Corsivo mio. Analogamente v. già la relazione al d.l. n. 118 del 2021.

⁶² Pubblicato in AA.VV., *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, a cura di A. Jorio, S. Fortunato, Milano, 2004.

⁶³ Non è un caso che la stessa autorevole dottrina che faceva parte di tale Commissione, avesse, ancor prima dell'introduzione della composizione negoziata, evidenziato come la strada dell'insolvenza non dovesse essere incompatibile con quella della composizione assistita della crisi (A. JORIO, *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 283 ss.).

⁶⁴ V. Introduzione, par. 2.

⁶⁵ D'altronde è “probabile” il «fatto o avvenimento che, in base a seri motivi [...] si è propensi a credere che accada o che sia già accaduto» (*Dizionario Treccani on-line*).

⁶⁶ Dubbi sulla formulazione letterale sono espressi anche da E. DESANA, *L'emersione anticipata della crisi: dalle misure di allerta alla composizione negoziata*, in AA.VV., *Crisi e insolvenza nel nuovo Codice*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2022, 219 ss.

⁶⁷ S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi*, cit., 7.

sulla insussistenza dello stato di insolvenza ad (ii) il fatto che il *test* di “autodiagnosi” di cui all’art. 13, comma 2, CCII non richiedesse parimenti la dimostrazione dell’assenza di tale stato.

Quanto agli argomenti di ordine sistematico, si adduceva, anzitutto, che il tenore dell’art. 18, comma 4, CCII nella parte in cui preclude(va) l’apertura della liquidazione giudiziale⁶⁸ in pendenza delle misure protettive richieste nel contesto della composizione negoziata, si giustificasse soltanto ove, intrapreso il percorso della composizione, fosse stato astrattamente possibile aprire anche la procedura di liquidazione giudiziale⁶⁹.

Il secondo argomento sistematico si rinveniva nell’art. 25-*quinquies* CCII (già art. 23, comma 2, d.l. n. 118 del 2021) che sanciva (e sancisce tuttora) l’inammissibilità dell’istanza di nomina dell’esperto ai fini della composizione negoziata in pendenza di un procedimento per l’apertura di uno qualsiasi degli strumenti di regolazione della crisi o dell’insolvenza: previsione che, secondo questa opinione, si sarebbe giustificata solo in caso di possibile coincidenza dei presupposti tra la composizione negoziata e gli altri strumenti di regolazione⁷⁰.

Il terzo argomento sistematico derivava dall’art. 21 CCII sui doveri gestori dell’imprenditore nel corso delle trattative ove in stato di crisi o nel caso in cui, nel corso della composizione negoziata, fosse risultato insolvente⁷¹, posto che il tenore della norma, integrato con quello dell’art. 12 CCII, sembra(va) in effetti, chiaro, secondo questa tesi, nel riconoscere la compatibilità della composizione negoziata con gli stadi della crisi e dell’insolvenza⁷².

Infine, sempre da un punto di vista sistematico, si faceva riferimento all’art. 23 CCII il quale, nell’enucleare i diversi possibili esiti delle trattative, menziona(va) anche gli strumenti di regolazione della crisi e dell’insolvenza (che, ovviamente, presuppongono la sussistenza di questi ultimi stati), aspetto che, quindi, avrebbe dimostrato definitivamente la compatibilità della composizione negoziata con tali stadi del debitore⁷³.

⁶⁸ O di accertamento dello stato di insolvenza ai fini della liquidazione coatta amministrativa.

⁶⁹ S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi*, cit., 7.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ In argomento, tra i contributi più recenti, F. PASQUARIELLO, S. MANSOLDO, *Introduzione. Doveri delle parti. gestione interinale*, in AA.VV., *Crisi e Insolvenza dopo il Correttivo ter*, a cura di M. Irrera, S.A. Cerrato, Bologna, 2024, 203; S. BONFATTI, *La gestione dell’impresa nella procedura di composizione negoziata*, in *Diritto della crisi*, 26 settembre 2023, 1 ss.; F. BORDIGA, *Gli obblighi degli amministratori nel contesto del Codice della crisi e dell’insolvenza*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 19 aprile 2023, 14 ss.

⁷² Così E. DESANA, *op. cit.*, 220.

⁷³ S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi*, cit., 7 ss.

Va in conclusione menzionato che, nel solco di questa tesi che intendeva già ampliare le maglie della composizione negoziata anche alle imprese già in crisi, si inseriva poi un ulteriore orientamento volto a restringerne però il perimetro e, in particolare, a ritenere la composizione nego-

3.1.2. ... (segue) b) la tesi restrittiva

La tesi restrittiva escludeva, invece, che le imprese già in crisi potessero accedere alla composizione negoziata: in sostanza, per questa tesi, per vero meno seguita⁷⁴ già prima del Correttivo-ter, alla composizione negoziata si sarebbe potuto ricorrere solo nello stadio della *pre-crisi*.

La dottrina sostenitrice di questa opinione – destinata come anticipato, a mio avviso, ad essere abbandonata, quantomeno per le imprese “sopra soglia” a seguito del Correttivo-ter – proponeva di confutare le argomentazioni della tesi estensiva sopra illustrata replicando con altrettanti argomenti esegetici, logici e sistematici.

In primo luogo, si evidenziava la nota debole rilevanza del valore ermeneutico delle relazioni illustrative che, peraltro, nel caso di specie, avrebbe potuto rivelarsi pure in contraddizione con il nome dell’istituto, in quanto la formulazione testuale «composizione negoziata della crisi» non contemplava né l’insolvenza né la *pre-crisi*⁷⁵.

In secondo luogo, si proponeva di confutare l’argomento che faceva leva sull’incertezza alla base della valutazione dello squilibrio rilevante, osservando che il legislatore, posta l’ovvia natura valutativa dell’interpretazione dei dati contabili, non avrebbe avuto alcuna necessità di prevedere il concetto di “probabilità” per rimarcare il carattere incerto e valutativo del giudizio volto all’accertamento del presupposto oggetto delle nozioni di squilibrio e di crisi, sicché tale termine non avrebbe potuto possedere altro significato che quello di una visione meramente prospettica (e non di “plausibilità”)⁷⁶.

In terzo luogo, con riferimento agli argomenti logici della tesi estensiva, si osservava, in primo luogo, che quello che faceva riferimento al fatto che la necessità dell’intervento dell’esperto avrebbe rappresentato in sé sintomo di crisi già in atto si sarebbe scontrato con il dato che il ricorso alla composizione avrebbe po-

ziata, alla luce del menzionato art. 21 CCII, compatibile esclusivamente con lo stadio di crisi e, quindi, né con quel quello di insolvenza iniziale, se non nei casi di insolvenza sopravvenuta nel corso delle trattative sulla base del descritto tenore dell’art. 21 CCII (F. LAMANNA, *Il codice della crisi e dell’insolvenza dopo il secondo correttivo*, Milano, 2022, 34 e 138 ss.) né con la “pre-crisi”, stadio che, secondo tale tesi, sarebbe stato privo di cittadinanza e non definito nel nostro ordinamento (ID., *Insolvenza, crisi e pre-crisi nel Codice della crisi, a valle della emanazione del Decreto Attuativo della Direttiva Insolvency*, in *Diritto della crisi*, 22 agosto 2022, spec. § 6).

⁷⁴ In dottrina, v. V. DONATIVI, *op. ult. cit.*, 50 ss. Esclude, inoltre, la possibilità di accedere alla composizione negoziata per l’imprenditore insolvente F. LAMANNA, *Composizione negoziata e nuove misure per la crisi d’impresa*, Milano, 2021, 28 ss.

⁷⁵ V. DONATIVI, *op. cit.*, 54 ss. e nt. 9 a p. 55.

⁷⁶ Domandandosi altresì perché, diversamente ragionando, il carattere valutativo non fosse stato rimarcato, oltre che per la crisi, anche con riguardo all’insolvenza, dovendo il carattere congetturale accomunare entrambe le nozioni [v. definizioni di cui agli artt. 2, lett. a) e b), CCII] (v. DONATIVI, *op. cit.*).

tuto, di contro, costituire una vantaggiosa alternativa alle soluzioni “autoctone”, stanti i benefici fiscali (art. 25-*bis* CCII) e concorsuali [artt. 23, comma 2, lett. c), e 25-*sexies*, CCII, sulla possibilità di accedere al concordato semplificato; art. 23, comma 2, lett. b) sulla riduzione dal 75 al 60 % della percentuale dei creditori aderenti appartenenti alle singole categorie nell’accordo di ristrutturazione ad efficacia estesa; art. 40, comma 10, CCII sull’inapplicabilità dello sbarramento temporale ivi previsto per la presentazione di una domanda di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi e dell’insolvenza in pendenza di un procedimento per l’apertura della liquidazione giudiziale].

Quanto agli argomenti della tesi estensiva sull’inesistenza di un filtro a monte per verificare la sussistenza di uno stato di insolvenza e sul fatto che il *test* di autodiagnosi non richiedesse la dimostrazione dell’inesistenza di tale stato, si replicava rilevandone la circolarità, il carattere facoltativo del *test* e, più in generale, quello secondario della fonte della relativa disciplina (il Decreto dirigenziale 28 settembre 2021, poi sostituito dal decreto 23 marzo 2023 che disciplinano, tra altro, le modalità di effettuazione del *test*) da cui, quindi, non sarebbe possibile trarre indici ermeneutici per interpretare la legge primaria.

Quanto, invece, agli argomenti sistematici della tesi estensiva, quella in esame replicava, anzitutto, all’argomento che vedeva nella preclusione dell’apertura della liquidazione giudiziale in pendenza di misure protettive di cui all’art. 18, comma 4, CCII un solido indice di compatibilità dello stadio dell’insolvenza con la composizione negoziata. A tal proposito, la tesi restrittiva forniva una diversa lettura di tale norma, lettura per cui non sarebbe stata la pendenza della composizione negoziata a precludere l’apertura della liquidazione giudiziale, ma solo quella delle misure protettive (tanto che la relativa revoca avrebbe potuto – e potrebbe tuttora –, ai sensi del medesimo art. 18, comma 4, CCII, consentirla), il che avrebbe dovuto significare, in chiave esegetica, una netta differenza tra la composizione negoziata e gli strumenti di regolazione della crisi con riferimento ai quali era sufficiente, infatti, la loro mera pendenza per precludere l’apertura della liquidazione giudiziale.

La stessa pronunciabilità della liquidazione giudiziale previa revoca delle misure protettive, avrebbe dimostrato una diversa interpretazione anche dell’art. 21, comma 1, terzo periodo, CCII (che fondava l’altro argomento sistematico della tesi estensiva), limitandosi questa norma a disciplinare – secondo questo orientamento – i casi di sopravvenuta insolvenza nel corso della composizione e non già la possibilità di farvi ricorso anche in caso di insolvenza⁷⁷. In tal caso, si precisava, pur a fronte di una composizione negoziata legittimamente intrapresa (e, quindi, secondo questa opinione, in stato di sola *pre-crisi*), il legislatore avrebbe semplicemente tollerato che nel corso di essa il debitore fosse divenuto insolvente, regolando la circostanza piuttosto che disponendone l’archiviazione;

⁷⁷ V. DONATIVI, *op. cit.*, 60-61.

ciò in presenza, però, soltanto di «concrete» prospettive di risanamento, così intendendo inseverire, in sostanza, in tale ipotesi, l'altro requisito del presupposto della composizione negoziata, ossia quello del *ragionevole risanamento*⁷⁸.

Quanto all'argomento fondato sull'art. 25-*quinquies* CCII (in tema di inammissibilità dell'istanza di nomina dell'esperto in pendenza di un procedimento per l'apertura di uno qualsiasi degli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza) la tesi restrittiva affermava che tale norma avrebbe potuto dimostrare, al contrario di quanto affermato dalla tesi estensiva, la non sovrapponibilità dei presupposti tra composizione negoziata e gli altri strumenti di regolazione proprio perché la preclusione avrebbe potuto spiegarsi in relazione alla situazione di crisi o insolvenza alla base dell'accesso agli altri strumenti e, quindi, a stadi incompatibili con quello della composizione negoziata (che, pertanto, non avrebbe potuto essere quello della crisi o dell'insolvenza, ma, appunto, soltanto quello della *pre-crisi*).

Inoltre, sempre per questa tesi, il secondo periodo dell'art. 25-*quinquies* CCII (in tema di preclusione dell'istanza anche nei casi di rinuncia alla domanda relativa agli altri strumenti di regolazione nei quattro mesi anteriori), avrebbe rappresentato un ulteriore argomento per affermare la diversità dei presupposti poiché se quello della composizione negoziata e degli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza fosse stato davvero identico, allora non avrebbe avuto senso precludere all'imprenditore, una volta rinunciata una domanda, in assenza di istanza di apertura della liquidazione giudiziale, la possibilità di ricorrere alla composizione negoziata.

Quanto all'argomento ricavabile dall'art. 23 CCII sugli esiti delle trattative, si poneva, invece, l'accento sulla distinzione effettuata dalla norma stessa tra i due esiti della composizione negoziata⁷⁹, osservandosi che, eccezion fatta per la convenzione di moratoria (di cui però, si precisava, era lo stesso legislatore a non individuare il presupposto e con riguardo alla quale peraltro la dottrina ne affermava la compatibilità con le forme più lievi di crisi), gli strumenti di regolazione di crisi e dell'insolvenza sarebbero stati contemplati solo per lo scenario di insuccesso delle trattative.

Sconfessati, così, secondo questa opinione, gli argomenti alla base della tesi estensiva, la stessa tentava di offrirne di ulteriori a proprio sostegno.

In primo luogo, si sottolineavano alcuni elementi letterali. Anzitutto, si poneva in evidenza la (sostanziale) medesima struttura lessicale dell'art. 12 e dell'art. 2, lett. a), CCII: in entrambi i casi – si osservava – il riferimento era ad una

⁷⁸ V. DONATIVI, *op. cit.*, 66.

⁷⁹ Il Correttivo-*ter* ha oggi modificato l'*incipit* del secondo comma dell'art. 23 CCII sostituendo le parole «[s]e all'esito delle trattative non è individuata una soluzione tra quelle di cui al comma 1, l'imprenditore può, in alternativa», con «[o]ltre ai contratti o agli accordi di cui al comma 1, l'imprenditore può anche, alternativamente». Sulla portata della modifica v. *infra*.

situazione [lo «stato dell'imprenditore» di cui all'art. 2, lett. a), e le «condizioni» dell'art. 12 CCII] declinata in termini di «probabilità»: nel caso dell'art. 2, lett. a), «l'insolvenza», nel caso dell'art. 12 CCII, la «crisi o l'insolvenza». Ebbene, secondo questa opinione, nonostante tale somiglianza strutturale, nessuno avrebbe potuto interpretare l'art. 2, lett. a) alla stregua di quanto proponeva la tesi estensiva per l'art. 12, cioè attribuendo al sintagma un valore di plausibilità: l'orientamento prevalente tendeva, infatti, ad interpretare il concetto di crisi di cui all'art. 2, lett. a), in chiave soltanto prospettica⁸⁰. Inoltre, si poneva nuovamente l'accento sul costante impiego in pressoché tutti gli strumenti di regolazione (esclusa sempre la convenzione di moratoria) della locuzione «stato di crisi o di insolvenza», circostanza che avrebbe dimostrato che lo stadio della crisi non poteva includere anche quello dell'insolvenza. Così si sottolineava anche la diversità strutturale tra, da un lato, gli artt. 56, 57, 64-*bis* e 84 CCII che fanno riferimento, nel descrivere i diversi strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza, allo «stato di crisi o di insolvenza» e, dall'altro, proprio l'art. 12 CCII che, invece, polarizzava il significato dello stadio alle condizioni di «squilibrio» che, appunto, soltanto «ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza» e, quindi, la pre-crisi.

In secondo luogo, sempre in favore di tale tesi restrittiva, si osservava che, dal tenore della Direttiva *Insolvency* (nel considerare la rilevanza dei tre stadi⁸¹ della *pre-crisi*, della *crisi* e dell'*insolvenza*, ex artt. 3 e 4, ed il dovere degli amministratori di evitare l'insolvenza ex art. 19) sarebbe stato chiaro che il significato del termine «probabilità» dovesse essere meramente prospettico e non congetturale⁸².

In terzo luogo, si ponevano in luce due ulteriori argomentazioni definite, al tempo stesso, di tipo sistematico e «problematico»⁸³.

La prima si basava sulla collocazione (già solo «geografica» all'interno del CCII) della composizione negoziata al di fuori degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, il che avrebbe dovuto escludere l'applicazione ad essa delle norme previste per questi ultimi (a partire dall'art. 120-*bis* CCII) in tema di competenza, forma e pubblicità delle determinazioni e di protezione dal rischio di revoche ritorsive da parte dei soci. Conseguenza ermeneutica che sarebbe stata irragionevole ove la composizione fosse stata effettivamente alternativa (e, quindi, fossero stati tali i relativi presupposti) agli strumenti di regolazione della crisi di impresa e dell'insolvenza come, in sostanza, pretendeva la tesi estensiva.

La seconda atteneva al tema della riservatezza della composizione negoziata,

⁸⁰ V. DONATIVI, *op. cit.*, 57.

⁸¹ F. LAMANNA, *op. ult. cit.*, 13.

⁸² V. DONATIVI, *op. cit.*, 60.

⁸³ V. DONATIVI, *op. cit.*, 69.

riservatezza che, a differenza degli altri strumenti, sembrava potersi giustificare solo ove il presupposto della composizione negoziata fosse stato rappresentato da una condizione particolarmente anticipata e comunque diversa dagli altri strumenti e, quindi, dallo stadio di (sola) *pre-crisi*, così da evitare quel rischio di effetto domino che notoriamente determina la diffusione di notizie su condizioni economiche o finanziarie instabili. Inoltre, ove la composizione negoziata fosse stata attivabile anche in caso di crisi e di insolvenza, sarebbe stato decisamente contraddittorio e irragionevole (e, forse, persino incostituzionale) far prevalere la riservatezza, a parità di condizioni economiche, in un percorso (la composizione) privo, a differenza delle procedure concorsuali di regolazione della crisi, di controllo giurisdizionale e di meccanismi di spossamento per il debitore, se non le più blande previsioni di cui all'art. 21 CCII⁸⁴.

3.1.3. Sintesi ed apertura ad una possibile ulteriore tesi

Come anticipato, già prima del (e, quindi, a prescindere dal) Correttivo-ter, la tesi "*estensiva*" sembrava maggiormente condivisibile.

Ciò per le seguenti ragioni la cui esposizione risulta fondamentale, come parimenti anticipato, sia per poter argomentare l'ulteriore tesi c.d. "*super-estensiva moderata*" che si intenderà qui sostenere sia perché tale dibattito potrebbe riproporsi con riguardo alle imprese «sottosoglia» posto che l'art. 25-*quater* CCI è rimasto invariato a seguito del Correttivo-ter.

3.1.3.1. Critica agli argomenti storici, testuali e logici della tesi restrittiva

Come visto la tesi restrittiva criticava anzitutto gli argomenti di quella estensiva per poi proporre alcuni ulteriori a proprio favore.

Tali argomenti, salvo per taluni profili, non convincevano né convincono tuttora e non solo per l'inequivocabile tenore del nuovo art. 12 CCII.

Quanto alla critica rispetto al criterio storico, se è vero che la relazione illustrativa non dovrebbe rivestire un valore interpretativo dirimente, è altrettanto vero che la stessa appare, nel caso che ci occupa, così chiara da non poter essere ignorata, specie alla luce dei risultati di altri criteri ermeneutici (di seguito illustrati), tenuto peraltro conto delle numerose riflessioni sviluppate sul punto nel corso del lungo *iter* legislativo che ha caratterizzato l'adozione definitiva del CCII⁸⁵.

In merito agli argomenti di ordine letterale, in primo luogo, quello fondato sul nome dell'istituto – per cui peccherebbe per difetto, non contemplando l'insolvenza, e per eccesso, non contemplando la *pre-crisi* – sembra potersi dire

⁸⁴ V. DONATIVI, *op. cit.*, 70-71.

⁸⁵ V. il precedente capitolo introduttivo.

che, da un lato, la parola «crisi», utilizzata nel definire il nome dell'istituto, ha valore meramente descrittivo, alla stregua di una rubrica di una disposizione, come avviene per il nome stesso del CCII (il cui contenuto è assai più ampio rispetto a quello che si potrebbe dedurre dal suo nome), dall'altro, rappresenta lo snodo essenziale della disciplina: ai sensi della norma generale di cui all'art. 2086 c.c., essa, in particolare, segna sia l'anticamera dell'insolvenza (che è, infatti, il pericolo principale che la normativa in esame si prefigge di evitare o superare) sia il punto di riferimento degli obblighi degli organi sociali e, più precisamente, per quelli di «prevenzione» (*recte*, di «rilevazione tempestiva») e di «risoluzione». Pertanto, l'impiego del termine «crisi», ben si appalesa come la migliore sineddoche evocativa per esprimere il contenuto e gli obiettivi principali della composizione negoziata (essendo anche e soprattutto tale la funzione del nome di un istituto).

L'argomento relativo al raffronto tra l'art. 2, lett. a) e l'art. 12 CCII e alla diversa interpretazione dei relativi contenuti, appare privo di rilievo dato che, nonostante la analoga struttura, le due norme ben dovrebbero interpretarsi diversamente in quanto riguardanti diversi temi: l'una la nozione di crisi, l'altra i presupposti di accesso alla composizione negoziata.

Infine, sempre da un punto di vista letterale, l'argomento fondato sul costante impiego in pressoché tutti gli strumenti di regolazione della locuzione «stato di crisi o di insolvenza», non sembra parimenti dirimente, posto che si può accedere alla tesi estensiva anche ipotizzando, come appare essere, l'autonomia dei due stadi, senza peraltro considerare che proprio tale locuzione depone per un ampliamento per tutti gli strumenti dei presupposti di accesso.

Con riguardo agli argomenti logici, le critiche mosse dalla tesi restrittiva a quella estensiva, sembravano, invece, avere un qualche fondamento, pur richiedendo talune precisazioni che, invero, aprono la strada all'ulteriore e diversa tesi qui avanzata.

Così, anzitutto, appare, in effetti, non condivisibile l'assunto dei sostenitori della tesi estensiva per cui il ricorso all'esterno presupporrebbe necessariamente uno scenario di crisi, potendo essere compatibile anche con una situazione di pre-crisi. O, meglio, nulla lo esclude, ben potendosi ricorrere all'esterno anche per meri squilibri che si intendono risolvere con l'ausilio di professionisti. Ad ogni modo, questa critica mossa alla tesi estensiva non sembrava dimostrare la validità di quella restrittiva, quanto piuttosto la compatibilità con tutti e tre gli stadi (*pre-crisi*, *crisi* e *insolvenza*).

Quanto, infine, alla critica all'altro argomento logico della tesi estensiva relativo all'inesistenza di un filtro a monte per verificare che il debitore non si trovi in stato di insolvenza ed al fatto che il *test* di autodiagnosi non richieda la dimostrazione dell'inesistenza di uno stato di insolvenza, se è vero che – come sostengono i fautori della tesi restrittiva – il primo potrebbe rivelarsi circolare, come peraltro anche l'argomento della tesi restrittiva sopra illustrato fondato

sull'art. 18 CCII⁸⁶, è altrettanto vero che già non sembrava convincente la critica, sempre dei sostenitori della tesi restrittiva, volta a sminuire il valore del *test* pratico, posto che non si tratta di interpretare semplicisticamente la legge primaria sulla base di un regolamento, ma più semplicemente di osservare, nella ricostruzione della *voluntas legis*, l'incontrovertibile tenore di quest'ultimo che è stato precisamente delegato e vincolato proprio dalla legge primaria.

3.1.3.2. Critica agli argomenti sistematici della tesi restrittiva

Per quanto attiene agli argomenti sistematici della tesi restrittiva valga quanto segue.

Quanto a quello che faceva leva sulla Direttiva *Insolvency*, sembra potersi dire, che, invero, tale argomentazione pare piuttosto dimostrare la necessità di favorire una interpretazione estensiva o, meglio, che il presupposto della composizione negoziata dovrebbe interpretarsi nel senso di poter abbracciare tutte le possibili ipotesi idonee a raggiungere lo scopo della disciplina, poiché, lo spirito ed il fine della Direttiva, tracciato proprio dal menzionato art. 19, pare improntato ad evitare l'insolvenza irreversibile, ossia preservare, per quanto possibile, *qualsiasi sia lo strumento impiegato*, la continuità aziendale, tenendo conto degli interessi dei creditori, dei soci e degli «altri portatori di interessi».

Quanto al combinato disposto degli artt. 18, comma 4 e 21, CCII la lettura proposta dalla tesi restrittiva appariva, a mio sommosso avviso, già piuttosto forzata e, comunque, superabile dal (più forte) criterio teleologico anche di stampo unionale appena illustrato. Forzata perché proponendo di distinguere i casi in cui l'insolvenza sia già esistente al momento dell'accesso alla composizione negoziata da quelli in cui essa si sia manifestata nel corso di questa e ritenendo ammissibile solo quest'ultimo scenario, finiva per proporre una lettura meramente sanzionatoria della norma, volta, in altri termini, esclusivamente a colpire eventuali profili di temerarietà, certamente mai meritevoli di tutela, ma che non sembrano poter fondare, da soli, la *ratio* dell'intera disciplina dell'accesso alla composizione negoziata che piuttosto sembra improntata a favorire il più ampio ricorso ad essa⁸⁷.

⁸⁶ E cioè che sarebbe solo l'esistenza delle misure protettive e non l'accesso alla composizione negoziata in sé a precludere l'apertura della liquidazione giudiziale. Su tale argomento v. anche oltre.

⁸⁷ In altre parole, si ridurrebbe ad un argomento *ab inconvenienti*, criterio, come noto, privo di effettivo valore ermeneutico, peraltro, in tal caso, nemmeno del tutto condivisibile: se, infatti, si volessero confrontare gli inconvenienti di un "largo" accesso alla composizione negoziata rispetto a quelli di una sua limitazione, sembrerebbero ben peggiori questi ultimi, posto che la riduzione dell'accesso allo strumento potrebbe avere l'effetto di ridurre i relativi abusi ma anche di renderlo inutilizzabile in concreto, poiché il rischio di "inammissibilità" (nel senso atecnico già esposto, considerato che un tale filtro nella composizione negoziata sembra potervi essere nei casi di archiviazione dell'esperto o di richiesta di intervento dell'autorità giudiziaria) potrebbe evidentemente

Non solo. L'interpretazione restrittiva rischierebbe altresì di offrire una soluzione diversa a situazioni che, tolto l'eventuale disvalore nella fase di accesso, si troverebbero, sotto il profilo oggettivo della necessità di preservazione della continuità aziendale e degli interessi dei creditori, dei soci e degli altri portatori di interessi (per citare i termini della Direttiva), nella medesima posizione sostanziale. Vale a dire, se la legge ritiene compatibile, a determinate condizioni, la composizione negoziata con lo stato di insolvenza (arg. *ex art.* 21 CCII), evidentemente ritenendo la prima utile anche in tali scenari, non si vede perché precluderne l'accesso per motivi soggettivi peraltro non delineati espressamente. Non sembra d'altronde un caso che la stessa dottrina che sosteneva la tesi restrittiva, proprio per evitare di dare adito a letture foriere di ingiustizie sostanziali, stante la difficoltà dell'indagine dei presupposti e la natura tipicamente valutativa delle relative verifiche, avesse già proposto un aggiustamento a tale interpretazione, ritenendo di trattare allo stesso modo il caso dell'insolvenza sopravvenuta (che quindi si è manifestata successivamente all'accesso alla composizione negoziata) e quello che si potrebbe definire della pre-crisi "putativa" (ovvero lo scenario in cui l'insolvenza, pur esistente al momento dell'accesso, non era risultata tale all'imprenditore ma solo all'esperto successivamente)⁸⁸,

esporre l'imprenditore (e gli organi sociali) a responsabilità per aggravamento del dissesto e, per vero, specie ove lo stato di insolvenza originaria fosse motivo sufficiente per la revoca delle misure protettive, a rappresentare l'anticamera di una prossima (sostanzialmente immediata) pronuncia di liquidazione giudiziale a seguito di istanza di qualsiasi legittimato (forte, quindi, del già intervenuto accertamento dello stato di insolvenza che ha determinato il naufragio della composizione negoziata). Sicché l'effetto controintuitivo sarebbe quindi evidente.

⁸⁸ Peraltro, un argomento a favore (quantomeno) della pre-crisi "putativa" e dell'ammissibilità, ciononostante, della composizione negoziata anche in ipotesi di insolvenza, si trovava già nel decreto dirigenziale del Ministero Giustizia, 28 settembre 2021, Protocollo, n. 2.4. per cui ove l'esperto «ravvisa, diversamente dall'imprenditore, anche a seguito dei primi confronti con i creditori, la presenza di uno stato di insolvenza, questo non necessariamente gli impedisce di avviare la composizione negoziata. Occorre però che l'esperto reputi che vi siano concrete prospettive di risanamento che richiedano, per essere ritenute praticabili, l'apertura delle trattative, perché dovranno essere valutate sulla base della effettiva possibilità di accordi con i creditori o di una cessione dell'azienda i cui proventi consentano la sostenibilità del debito».

Analogamente oggi il decreto 23 marzo 2023, sempre paragrafo n. 2.4 prevede che «[s]e l'esperto ravvisa, diversamente dall'imprenditore, anche a seguito dei primi confronti con i creditori, la presenza di uno stato di insolvenza, questo non necessariamente gli impedisce di avviare la composizione negoziata. Occorre però che l'esperto reputi che vi siano concrete prospettive di risanamento che richiedano, per essere praticabili, l'apertura delle trattative, perché dovranno essere valutate sulla base della effettiva possibilità di accordi con i creditori o di una cessione dell'azienda i cui proventi consentano la sostenibilità del debito. Si terrà conto del fatto che, a fronte (i) di una continuità aziendale che distrugge risorse, (ii) dell'indisponibilità dell'imprenditore a immettere nuove risorse, (iii) dell'assenza di valore del compendio aziendale, le probabilità che l'insolvenza sia reversibile sono assai remote indipendentemente dalle scelte dei creditori, e dunque che in questi casi è inutile avviare le trattative».

Come si vedrà subito, tale decreto (seppur in misura minore rispetto al primo) offre anche spunti interpretativi utili per l'insolvenza "reversibile in concreto" di cui all'art. 21 CCI.

considerandoli, così, entrambi compatibili con la composizione negoziata, a differenza, però (e qui starebbe invece la contraddizione) degli altri casi di insolvenza (ossia, quindi, “originariamente consapevole”) che non sarebbero ammissibili. Aggiustamento che, tuttavia, sembra acuire ancor di più, a mio sommo avviso, l’ingiustizia della soluzione e l’irragionevolezza della disparità di trattamento di situazioni oggettivamente identiche ma (eventualmente) diverse soltanto da un punto di vista soggettivo o, meglio, psicologico e valoriale, peraltro dagli incerti contorni⁸⁹.

Con riguardo invece all’argomento fondato sull’art. 25-*quinquies* CCII (che sancisce l’inammissibilità dell’istanza di nomina dell’esperto in pendenza di un procedimento per l’apertura di uno qualsiasi degli strumenti di regolazione della crisi o dell’insolvenza), gli argomenti volti a confutare la tesi estensiva che su di esso si fondavano parimenti non convincono.

Come noto su tale norma esiste un fitto dibattito, risolto anch’esso dal Correttivo-ter⁹⁰. Due erano le tesi di fondo: secondo una tesi, la norma in esame avrebbe impedito l’accesso alla composizione negoziata nei soli casi in cui fosse stato lo stesso debitore ad aver precedentemente presentato un ricorso anche per la propria liquidazione giudiziale o un ricorso “prenotativo” ex art. 44 CCII, la richiesta di misure protettive prima del deposito di un ricorso per l’omologazione di un accordo di ristrutturazione ex art. 54, comma 3 o una proposta di concordato minore ex art. 74 CCII⁹¹; secondo una diversa tesi, l’accesso alla

⁸⁹ Fa riferimento anche alla possibile irragionevolezza della disparità di trattamento L. PANZANI, *op. cit.*, 256 ss. Sicché se non si vuole procedere con, al più, un’interpretazione correttiva della norma, che, come noto, è tecnica ermeneutica residuale, si potrebbe ritenere che la precisazione contenuta nella norma stia ad ampliare gli scenari compatibili con la composizione negoziata, nel senso che (i) il peggioramento delle condizioni della società, sino all’insolvenza, non sancisca immediatamente l’incompatibilità con il percorso di composizione negoziata, (ii) ove l’imprenditore abbia errato nel considerare la propria posizione iniziale di mera crisi cionondimeno la composizione negoziata potrà proseguire, come già dimostrava il Decreto del Ministero della Giustizia del 22 aprile 2021 e oggi dimostra il suo aggiornamento del 23 marzo 2023, sempre Paragrafo n. 2.4 (su cui v. nt. che precede). Ciò alla condizione che vi siano «concrete prospettive di risanamento». Invero, potrebbe dirsi che la norma potrebbe persino sancire l’irrelevanza dell’elemento soggettivo, di quell’elemento valoriale poc’anzi citato, ritenendo necessario, ai fini dell’accesso e della prosecuzione del percorso di composizione negoziata, il solo dato oggettivo della risanabilità in concreto. Non solo, come si vedrà nel successivo paragrafo, il riferimento al concreto risanamento rispetto all’insolvenza sembra offrire un rilevante argomento per la tesi qui sostenuta della compatibilità della composizione negoziata anche con lo stadio dell’insolvenza ancorché irreversibile purché vi siano, appunto, «concrete» possibilità di risanamento nel corso della composizione (tesi definita della “*insolvenza relativamente irreversibile*”).

⁹⁰ Per una recente sintesi sul dibattito v. M. GREGGIO, C. SEGHI, *I limiti di accesso alla composizione negoziata dopo il correttivo-ter del Codice della Crisi*, in *Diritto della crisi*, 8 luglio 2024.

⁹¹ In giurisprudenza in tal senso cfr. Trib. Bari, 30 maggio 2024, Trib. Tempio Pausania, 12 ottobre 2023, Trib. Trani, 30 settembre 2023, Trib. Torre Annunziata, 20 luglio 2023, Trib. Cagliari, 14 luglio 2023, Trib. Bologna, 23 giugno 2023 (tutte in *Diritto della crisi*). In dottrina v. M.

composizione negoziata sarebbe stato precluso, oltre che nelle ipotesi sopra descritte, anche nei casi in cui fosse stato depositato, prima dell'istanza per la nomina di un esperto, un ricorso (in particolare per l'apertura della liquidazione giudiziale) da un creditore o dagli ulteriori soggetti contemplati all'art. 37, comma 2, CCII⁹².

Oggi, il Correttivo-ter è intervenuto modificando l'art. 25-quinquies CCII prevedendo che «[l]'istanza di cui all'articolo 17 non può essere presentata dall'imprenditore in pendenza del procedimento introdotto con *domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza* anche nelle ipotesi di cui agli articoli 44, comma 1, lettera a), e 74 o con ricorso ai sensi dell'articolo 54, comma 3»⁹³. La sostituzione delle parole «ricorso depositato ai sensi dell'articolo 40» con «domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza» ha, infatti, inteso, come affermato dalla relazione illustrativa dello stesso correttivo, «eliminare il dubbio interpretativo sorto sulla possibilità di accedere alla composizione negoziata in pendenza dell'istanza di liquidazione giudiziale»⁹⁴.

ZONCA e J. FOSSATI, *I limiti di accesso alla CNC in pendenza di un ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale*, in *Diritto della crisi*, 29 febbraio 2024.

⁹² Così, tra altri, cfr. Trib. Busto Arsizio, 16 agosto 2023, Trib. Busto Arsizio, 4 luglio 2023, entrambe in *Ristrutturazioni aziendali*, Trib. Palermo, 22 maggio 2023, *Diritto della crisi*, Trib. Lagonegro, 14 aprile 2023 e 28 febbraio 2023, inedite.

⁹³ La parte in corsivo è quella introdotta dal Correttivo-ter.

⁹⁴ Chiarendo così «l'intenzione del legislatore, sin dall'adozione del decreto-legge n. 118 del 2021, che conteneva la medesima disposizione, di impedire la soluzione stragiudiziale della crisi tramite composizione negoziata solo nei casi in cui l'imprenditore abbia già intrapreso un percorso di ristrutturazione di tipo giudiziale (concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e PRO) ma non quando pende una domanda di liquidazione giudiziale proposta da un creditore, dal PM o dagli organi e le autorità amministrative che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa» (così la Relazione Illustrativa del Correttivo-ter). Nella sostanza, quindi, la disposizione intende evitare abusi dell'imprenditore che, una volta scelto il diverso strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza, non potrebbe ricorrere alla composizione negoziata. Il fatto che poi la norma preveda al secondo periodo l'impossibilità di presentare l'istanza di nomina dell'esperto se nei quattro mesi precedenti si è rinunciato alle domande di accesso ai medesimi strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza dovrebbe vedersi come mera «appendice» del primo periodo e ricollegabile alla medesima *ratio* deflattiva.

Sempre la stessa Relazione Illustrativa, nello spiegare le ragioni della modifica della lett. d) dell'art. 17 CCII, precisa che essa si è resa necessaria proprio per dirimere il contrasto interpretativo illustrato e che la *ratio* delle preclusioni previste dall'art. 25-quinquies CCII, ovvero sia l'incompatibilità tra composizione negoziata e strumenti giurisdizionali, «deriva dalla scelta di non consentire il percorso stragiudiziale soltanto all'impresa che abbia in precedenza scelto di perseguire il proprio risanamento tramite un percorso giudiziario. Tale previsione, che si giustifica con la volontà di evitare possibili comportamenti *dilatatori e abusivi* di chi accede alla composizione al solo fine di evitare i possibili risvolti collegati agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza per i quali pure ha già optato, non comprende la liquidazione giudiziale che, se richiesta da uno o più creditori, non esclude di per sé la concreta risanabilità della impresa» (corsivo mio).

In effetti, l'esplicito riferimento agli «strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza» sembra escludere testualmente e sistematicamente (ancor prima che teleologicamente) che la pendenza di un ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale possa impedire all'imprenditore di avviare un percorso stragiudiziale di risoluzione della propria crisi, considerato che la liquidazione giudiziale andrebbe esclusa dal novero dei predetti strumenti⁹⁵. Mentre teleologicamente sembrano, dunque, confermati gli argomenti della tesi estensiva ovvero sia la compatibilità dello stadio dell'insolvenza (nei limiti che vedremo) con la composizione negoziata.

A ben vedere, quindi, questa norma (anche dopo il Correttivo-ter) sembra dimostrare ulteriormente la validità della tesi *estensiva* ove, nel precisare l'incompatibilità, presume, nella sostanza, l'omogeneità dei presupposti tra composizione della crisi e strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza⁹⁶.

In merito, invece, all'argomento ricavabile dall'art. 23 CCII sugli esiti delle trattative, non sembra convincente il ragionamento che individua nei diversi esiti la dimostrazione del fatto che la sola pre-crisi potrebbe consentire l'accesso alla composizione negoziata. A ben vedere, l'obiettivo appare piuttosto quello di rimuovere il presupposto qualunque esso sia sulla base dall'ampia gamma degli strumenti pensati dal legislatore e dedotti all'art. 23 CCII, distinguendo, prima del Correttivo-ter, gli scenari a seconda del fallimento o meno delle trattative. Anche su questo punto è intervenuto il Correttivo-ter che ha modificato l'*incipit* del secondo comma dell'art. 23 sostituendo le parole «[s]e all'esito delle trattative non è individuata una soluzione tra quelle di cui al comma 1, l'imprenditore può, in alternativa», con «[o]ltre ai contratti o agli accordi di cui al comma 1, l'imprenditore può anche, alternativamente». Al di là della non semplice interpretazione della modifica su più aspetti – a partire proprio dal coordinamento con gli esiti di cui al primo comma – non sembra che la medesima possa influire sull'argomentazione della tesi estensiva, potendosi anzi sostenere (come invero già prima del Correttivo-ter come appena visto) che tutti gli esiti di cui all'art. 23 CCII possano ritenersi “positivi”, raggiungendo, in ultima istanza, l'obiettivo di sfociare in uno strumento idoneo a impedire o superare il presupposto che ha dato vita alla composizione negoziata o comunque quello nefasto dell'insolvenza irreversibile⁹⁷.

Analogamente v. la Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione 30 gennaio 2025, n. 10 (pp. 13 e 34).

⁹⁵ M. GREGGIO, C. SEGHI, *op. cit.*, 8 luglio 2024, 8.

⁹⁶ Salvo per quel che attiene alla pre-crisi.

⁹⁷ In tal senso depone nuovamente anche la stessa relazione illustrativa del Correttivo-ter: «al fine di rendere esplicita l'intenzione del legislatore» di valorizzare «le potenzialità della composizione negoziata che non deve essere vista come uno strumento che ha esito positivo solo se ed in quanto porta ad una delle soluzioni di risanamento di cui al comma 1 o al comma 2, lettera b). Anche gli eventuali sbocchi giurisdizionali, infatti, vanno considerati come risultati positivi della

Con riguardo all'argomento "geografico", a prescindere dalla sua non particolare rilevanza in generale, si potrebbe agevolmente sostenere che la disciplina della composizione negoziata stia a parte rispetto agli altri strumenti per: (i) la sua finalità, appunto "compositiva", incentrata sulle trattative, prima che "regolatoria"; (ii) la sua peculiarità strutturale, connotata dalla tendenziale assenza dell'autorità giudiziaria (se non in particolari casi), dalla riservatezza e dall'assenza di strumenti di coercizione della volontà dei creditori; (iii) la sua più recente introduzione ed inquadramento tra gli strumenti volti all'*early warning*.

Per quanto attiene al connesso argomento della non applicabilità dell'art. 120-*bis* CCII, in tema di competenza, forma e pubblicità delle determinazioni e di protezione dal rischio di revoche ritorsive degli amministratori da parte dei soci, da un lato, la pubblicità va esclusa, non per i diversi presupposti di accesso, ma perché la composizione negoziata è improntata alla riservatezza, dall'altro, non sembra che la collocazione sistematica sia ostativa ad una interpretazione analogica di alcune disposizioni anche in virtù dell'ormai noto criterio ermeneutico della transtipicità delle norme⁹⁸. Nulla, infatti, sembra vietare l'applicazione di talune di queste previsioni alla composizione negoziata in chiave analogica, col solo filtro della compatibilità (escludendo, quindi, ad esempio, la forma pubblica e l'iscrizione nel registro delle imprese per le ragioni imperative di riservatezza della composizione negoziata). Ciò, quindi, a prescindere dall'estensione del presupposto. Peraltro, a ben guardare, l'art. 120-*bis* CCII appare specificare alcuni principi generali: nessun dubbio, ad esempio, dovrebbe sussistere sul fatto che l'accesso alla più "morbida" composizione negoziata debba essere di competenza degli amministratori.

3.1.3.3. *Il Correttivo-ter, la rilevanza dei tre stadi ed il significato di "pre-crisi"*

Ad ogni modo, come detto, il Correttivo-*ter* ha modificato⁹⁹ anche l'art. 12

composizione che, rispetto ad essi, è chiamata a svolgere un ruolo preparatorio tale da garantire ristrutturazioni più rapide ed efficienti [...] [a]nche il concordato semplificato non è, propriamente, un esito "negativo", dato che nell'art. 25-*sexies* è stato cancellato il passaggio in cui si prevedeva "quando l'esperto nella relazione dichiara che le trattative (...) non hanno avuto esito positivo", per sottolineare come anche in quel caso le trattative siano alla base della soluzione della crisi, e suppliscano alla mancanza della approvazione del concordato da parte dei creditori».

Sempre sull'art. 23 CCII, occorre ancora valorizzare, a supporto della tesi estensiva, il tenore del relativo comma 1, lett. c) il quale espressamente afferma che «[c]on la sottoscrizione dell'accordo l'esperto dà atto che il piano di risanamento appare coerente» non con la sola situazione di squilibrio, ma «con la regolazione della crisi o dell'insolvenza».

⁹⁸ Sulla transtipicità di questa norma, ma con riguardo alla sua applicazione ai diversi tipi di società, v. O. CAGNASSO, *L'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza delle società: la posizione degli amministratori*, in *Diritto della crisi*, 1° febbraio 2023, 3.

⁹⁹ Il testo è, invero, stato modificato a più riprese. Infatti quello contenuto nella versione del Correttivo-*ter* del giugno 2024 era, per quanto qui di interesse, il seguente: «L'imprenditore

CCII aggiungendo espressamente le condizioni di «crisi» e di «insolvenza» nonché le parole «anche soltanto» prima delle condizioni di squilibrio che «rendono probabile la crisi o l'insolvenza».

Sicché oggi non sembra obiettivamente più dubitabile (quantomeno per le imprese “sopra soglia”¹⁰⁰) la possibilità di ricorrere alla composizione negoziata nei casi di *crisi*, di *insolvenza*¹⁰¹ e di *pre-crisi*¹⁰².

commerciale e agricolo può chiedere la nomina di un esperto al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa, quando si trova *anche soltanto* in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza e risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa». Dunque l'integrazione era limitata alle parole «anche soltanto». Il 4 settembre 2024 il Consiglio dei ministri ha invece varato il seguente testo (poi trasfuso nel d.lgs. n. 136 del 2024): «L'imprenditore commerciale e agricolo può chiedere la nomina di un esperto al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa, *quando si trova nelle condizioni di cui all'articolo 2, comma 1, lettere a) o b), oppure quando si trova anche soltanto* in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza e risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa» (in corsivo le modifiche della versione di settembre rispetto a quella di giugno).

¹⁰⁰ Come visto, per quelle «sottosoglia», invece, non vi è stata analoga modifica (sul tema v. oltre).

¹⁰¹ Purché, come si vedrà, “non irreversibile” (parla di insolvenza, invece, “sanabile” per sottolineare la sanabilità dell'impresa in contesto di insolvenza irreversibile dell'imprenditore, recentemente, S. AMBROSINI, *Ancora sulle “condizioni” dell'impresa – dalla precrisi all'insolvenza sanabile – e sulla sua gestione nella composizione negoziata (con una chiosa in merito al recente lapsus del legislatore)*, cit., 12 gennaio 2025, 1 ss.).

¹⁰² Così anche la relazione illustrativa del Correttivo-ter per cui la modifica è stata introdotta «al fine di eliminare i dubbi interpretativi sorti sulla sua formulazione e chiarisce che l'accesso alla composizione negoziata può avvenire indifferentemente quando l'impresa è in crisi, quando è insolvente, o anche, diversamente rispetto agli strumenti di regolazione della crisi, soltanto in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario [...] la precisazione serve a dirimere ogni dubbio in relazione alla tempestività di richiesta dell'intervento dell'esperto, che può essere fatta non solo quando la crisi si è già paventata, ma anche quando vi sia un pericolo concreto che possa manifestarsi». In questo senso anche la Relazione n. 10 dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione del 30 gennaio 2025 per cui «significativo, sul piano sistematico, si presenta l'intervento sul primo comma dell'art. 12, essendo stati eliminati i dubbi interpretativi sorti sulla sua precedente formulazione, in conformità a quanto osservato dal parere del Consiglio di Stato sul punto. In particolare, viene chiarito che l'accesso alla composizione negoziata può avvenire indifferentemente quando l'impresa è in crisi, quando è insolvente, o anche, diversamente rispetto agli strumenti di regolazione della crisi, soltanto in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario. Viene così ad essere stabilito che per l'accesso alla composizione negoziata è sufficiente “anche soltanto” uno stato di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne renda probabile la crisi o l'insolvenza. Come è stato rilevato, la nuova norma, dunque, precisa l'ambito applicativo della composizione negoziata verso il basso, per cui è sufficiente un mero stato di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario per l'accesso all'istituto; ma anche verso l'alto, per cui è sicuramente possibile la composizione negoziata anche in caso di crisi o insolvenza» (pp. 7-8). In dottrina così anche N. DE LUCA, L. SICIGNANO, *Il terzo correttivo al codice della crisi (prima parte)*, in *Foro. it.*, 2024, 266 ss., S. AMBROSINI, *Ancora sulle “condizioni” dell'impresa – dalla precrisi all'insolvenza sanabile – e sulla sua gestione nella composizione negoziata (con una chiosa in merito*

La modifica (specie dopo la revisione dello stesso primo testo del Correttivo-ter) appare idonea, infatti, a:

(i) escludere una lettura del concetto di “probabilità” contemplato dall’art. 12 CCII in termini di sola “plausibilità” di crisi o insolvenza tale da espungere la rilevanza della *pre-crisi* (avendo assunto proprio gli stadi della *crisi* e dell’*insolvenza* rilevanza autonoma in proposito);

(ii) escludere, all’opposto, la tesi che vede compatibile la composizione negoziata solo con lo stadio della *pre-crisi* (poiché testualmente sono richiamati tutti e tre gli stadi¹⁰³);

(iii) attribuire, conseguentemente, rilievo a più stadi ai fini del ricorso alla composizione negoziata e, quindi, «anche» a quello immediatamente precedente alla *crisi*, ossia, appunto, alla *pre-crisi* che, dunque, si colloca come primo stadio rilevante ai fini dell’*early warning* tra le innumerevoli ipotesi di squilibrio irrilevanti e lo stadio della crisi.

Se, quindi, in tale quadro, la *crisi* si sostanzia nella “*probabilità dell’insolvenza*” [art. 2, comma 1, lett. a), CCII]¹⁰⁴, l’*insolvenza* nella incapacità del debitore di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni [art. 2, comma 1, lett. b)]¹⁰⁵, la *pre-crisi* potrebbe consistere nella c.d. “*probabilità della probabilità dell’insolvenza*”¹⁰⁶ e, pertanto, tenuto conto della predetta nozione di *crisi*, quale

al recente lapsus del legislatore), cit., 1 ss. e già con riguardo alla versione del Correttivo-ter del giugno 2024 v. anche F. PASQUARIELLO, S. MANSOLDO, *Introduzione. doveri delle parti. gestione interinale*, in AA.VV., *Crisi e Insolvenza dopo il Correttivo ter*, a cura di M. Irrera, S.A. Cerrato, Bologna, 2024, 214: «[i]l d.lgs. 136/2024 interviene in modo significativo sulla disciplina della CNC. Per quanto qui rilevante, sono apportate due precisazioni nell’ambito dell’art. 12, ove al 1° comma è specificato che, come peraltro già ovvio, il presupposto oggettivo è che l’impresa si trovi «anche soltanto» in precrisi, impregiudicato l’accesso al procedimento per imprese effettivamente in crisi o insolvenza, sempre purché reversibili». L. PANZANI (*Lo schema di decreto correttivo del codice della crisi. Prime considerazioni*, in *Diritto della crisi*, 17 luglio 2024), invece, si limita – ma, anche in tal caso, il commento dell’A. è successivo alla prima versione del Correttivo-ter del giugno 2024 e anteriore alle ultime rilevanti modifiche del settembre 2024 – ad affermare che il Correttivo-ter confermerebbe la possibilità di ricorrere alla composizione negoziata nei casi di insolvenza.

¹⁰³ E, peraltro, già prima dell’ulteriore modifica del Correttivo-ter, avvenuta nel settembre 2024 rispetto alla versione del giugno dello stesso anno (che, come visto, ha aggiunto gli stadi della crisi e dell’insolvenza), la tesi sembrava scontrarsi semanticamente con la stessa congiunzione «anche» che apre inevitabilmente a più scenari.

¹⁰⁴ «Lo stato del debitore che rende probabile l’insolvenza e che si manifesta con l’inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi»

¹⁰⁵ «Lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni».

¹⁰⁶ È di medesima opinione S. AMBROSINI, *Ancora sulle “condizioni” dell’impresa – dalla precrisi all’insolvenza sanabile – e sulla sua gestione nella composizione negoziata (con una chiosa in merito al recente lapsus del legislatore)*, cit., 5.

probabilità della «inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi», altrimenti definibile come squilibrio patrimoniale o economico-finanziario dal quale possa desumersi la verosimile possibilità prospettica che, nonostante l'attuale sostenibilità del debito, in assenza di adeguate misure, si verificherà l'insostenibilità dei debiti nei successivi dodici mesi¹⁰⁷.

L'impostazione così tratteggiata appare coerente, come si avrà modo di meglio approfondire nel prosieguo della trattazione¹⁰⁸, con l'intero sistema dell'*'early warning* disegnato dal CCII e, segnatamente, anzitutto, con la disciplina degli assetti. L'art. 3 CCII, infatti, collocato tra le «[d]isposizioni generali», nel declinare nel contesto del CCII il principio sancito dall'art. 2086 c.c. in tema di adeguatezza degli assetti ai fini della tempestiva rilevazione della crisi, descrive puntualmente le caratteristiche necessarie di questi ultimi, creando, a mio avviso, un'evidente connessione con la composizione negoziata.

La norma, infatti, dopo aver stabilito che l'assetto deve consentire di procedere con il *test* pratico di cui all'art. 13 CCII, strumentale a verificare il requisito del *ragionevole risanamento* per ricorrere alla composizione negoziata [comma 3, lett. c)], sembra individuare l'adeguatezza degli assetti nella loro idoneità ad intercettare tutti i tre predetti stadi. In particolare: (i) prende in esame, al comma 3, lett. b), tra le esposizioni che gli assetti dovrebbero rilevare ai fini della precoce emersione della crisi proprio quelle tipicamente considerate nell'ambito delle istruttorie prefallimentari¹⁰⁹ e, quindi, nell'ambito dell'indagine sull'*insolvenza*; (iii) fa riferimento, al medesimo comma, alla necessaria rilevabilità da parte degli assetti (a) della sostenibilità del debito nei dodici mesi e, quindi, della *crisi* per come esattamente definita dall'art. 2, comma 1, lett. a), CCII¹¹⁰ nonché (b) della continuità aziendale nei successivi dodici mesi, la quale è notoriamente considerata, anche dalla dottrina aziendalistica¹¹¹, la spia essenziale che

¹⁰⁷ Anche se appare obiettivamente poco comprensibile il riferimento alla probabilità dell'insolvenza essendo già inclusa nel significato di «crisi». La *pre-crisi*, infatti, così definita, consisterebbe in quello squilibrio patrimoniale o economico finanziario che rende *probabile la crisi o l'insolvenza*. E, quindi, scomposte le due definizioni, uno squilibrio che, invero (i) rende probabile la probabilità dell'insolvenza (ossia, appunto, la *probabilità della crisi*) e (ii) rappresenta già una situazione di crisi (ossia, la *probabilità dell'insolvenza*) a meno di non voler considerare una probabilità di insolvenza non preceduta da una situazione di crisi (quindi una sorta di *pre-insolvenza* diversa dalla crisi non agevolmente in concreto individuabile). Ma è più probabile che la formula sia composta da una sorta di endiadi per esprimere il concetto di uno stadio ragionevolmente anteriore a quello della crisi.

¹⁰⁸ Cfr. successivo capitolo.

¹⁰⁹ Lo ricorda anche recentemente la giurisprudenza proprio a proposito dell'art. 3 CCII: cfr., in particolare, Trib. Bologna, 8 novembre 2022, cit.

¹¹⁰ E, *a fortiori*, quindi della rilevabilità dell'insolvenza.

¹¹¹ V., sin d'ora, a titolo esemplificativo, L. QUATTROCCHIO, *Gli assetti adeguati, la tempestiva emersione della crisi, l'allerta e le segnalazioni dei creditori pubblici qualificati*, in AA.VV., *Linea-*

consente di intercettare lo stadio primario di difficoltà dell'impresa e, quindi, si potrebbe ritenere, la *pre-crisi*; (iv) al comma 4 precisa che le significative esposizioni ivi indicate «[c]ostituiscano» non già, come era prima del Correttivo-ter, «segnali per la previsione di cui al comma 3» (ovvero la tempestiva previsione dell'emersione della crisi), bensì «segnali che, *anche prima dell'emersione della crisi o dell'insolvenza*, agevolano la previsione di cui al comma 3», così evocando, a mio avviso, nuovamente proprio la *pre-crisi*, quale stadio giuridicamente rilevante anteriore a quello di *crisi*¹¹².

Ferma dunque la centralità della nozione di *crisi*, in quanto idonea a perimetrare anche i confini degli altri due stadi¹¹³, vista l'intima connessione tra assetti, stadi rilevanti, composizione negoziata e segnalazione appare geometricamente coerente ammettere il ricorso alla composizione negoziata in tutti e tre gli stadi della *pre-crisi*, della *crisi* e dell'*insolvenza* (pur nei limiti, in tale ultimo caso, che vedremo subito).

3.1.3.4. *L'apertura alla nuova tesi c.d. "super-estensiva moderata"* (rinvio)

Individuato il momento iniziale, occorre ora individuare il confine ultimo di ammissibilità della composizione negoziata. Se, infatti, la *pre-crisi* potrebbe rappresentare, ove si condividano le tesi sopra illustrate, lo stadio iniziale di accesso alla composizione negoziata, non appare affatto chiaro comprendere quale sia lo stadio ultimo, ossia, come detto in apertura al presente paragrafo, quale sia la tipologia di *insolvenza* che consente ancora di ricorrere alla composizione negoziata e quali siano i rapporti con l'(apparentemente) omologo concetto che impone, invece, l'accesso alla liquidazione giudiziale.

La risposta arriva necessariamente, a mio avviso, dall'indagine sul secondo requisito del presupposto per ricorrere alla composizione negoziata, ossia quello qui definito del *ragionevole risanamento* cui è dedicato il successivo paragrafo.

menti di diritto della crisi e dell'insolvenza, a cura di M. Irrera, F. Pasquariello, M. Perrino, Bologna, 2023, 47 ss.

¹¹² In questo senso anche l'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione con la Relazione n. 10 del 30 gennaio 2025: «[p]iccoli interventi hanno interessato anche l'art. 3, dedicato all'adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa, e l'art. 4, che disciplina i doveri delle parti. In particolare, al comma 4 dell'art. 3 si è chiarito che i segnali elencati al suo interno servono ad agevolare, anche prima dell'emersione della crisi o dell'insolvenza, la «previsione» di cui al comma 3) e perciò non sono segnali di allarme per una situazione già compromessa, ma elementi che forniscono indicazioni in chiave prospettica e preventiva» (p. 3).

¹¹³ Non a caso, infatti, essa: (i) costituisce il fulcro dell'art. 2086 c.c. a partire dal quale paiono *iniziare i doveri di attivazione degli organi*, (ii) è il *preludio dell'insolvenza* (quale principale evento da scongiurare o superare), (iii) è l'unico, tra i diversi stadi (della *pre-crisi*, *crisi* e *insolvenza*) ad essere *oggettivamente descritto* dal legislatore mediante parametri numerici (la sostenibilità del debito nei dodici mesi, appunto).

Sul punto si avrà modo di tornare nel prosieguo esaminando l'istituto della segnalazione.

Infatti, per l'illustrata tesi "*estensiva*" tale confine ultimo dovrebbe coincidere con l'*insolvenza* c.d. "*reversibile*", da intendersi, come stadio in cui, nonostante l'incapacità del debitore di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni, sia ancora possibile un *risanamento oggettivo* dell'attività di impresa, preservandone, quindi, la continuità aziendale ancorché indiretta (ovvero attraverso la cessione della relativa azienda) ¹¹⁴.

A mio sommosso avviso, come anticipato al precedente par. 2.2 e come si vedrà subito oltre, sembrerebbe possibile ipotizzare la compatibilità della composizione negoziata anche con un concetto di *risanamento soggettivo* ossia volto a conseguire una ristrutturazione della situazione debitoria anche in assenza di preservazione dei valori aziendali (e, quindi, mediante piani meramente liquidatori) purché ciò avvenga senza pregiudizio dei creditori rispetto all'alternativa liquidatoria. In altre parole, riterrei possibile sostenere l'ammissibilità della composizione negoziata anche nei casi di insolvenza che, pur irreversibile in astratto, non lo sia in concreto proprio in ragione delle "opportunità" offerte dalla composizione negoziata. Un tipo di insolvenza che riterrei, quindi, di chiamare "*relativamente irreversibile*". Ciò, come detto, alla luce di un giudizio prognostico, da condursi *ex ante*, che tenga conto di tutta la gamma di strumenti e benefici che la composizione negoziata può offrire ad un risanamento non deteriore per i creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale.

In questo modo l'ultimo stadio che consentirebbe l'accesso alla composizione negoziata potrebbe definirsi di "*insolvenza relativamente irreversibile*", ossia di una insolvenza che sarebbe irreversibile in assenza degli strumenti e dei connessi benefici della composizione negoziata.

Per questa tesi, quindi, i confini del primo requisito per ricorrere alla composizione negoziata (qui definito come *significativo squilibrio*) sarebbero individuabili nella *pre-crisi* (quale stadio iniziale) e nell'*insolvenza relativamente irreversibile* (quale stadio finale). Ciò, a mio avviso, in sintonia sia con le indicazioni

¹¹⁴ Come anticipato, nell'ambito di questa tesi estensiva, si è recentemente sostenuto che, invece, la composizione negoziata sarebbe compatibile con un'insolvenza sanabile dell'impresa, ancorché "irreversibile" dell'imprenditore (S. AMBROSINI, *Ancora sulle "condizioni" dell'impresa – dalla precrisi all'insolvenza sanabile – e sulla sua gestione nella composizione negoziata (con una chiosa in merito al recente lapsus del legislatore)*, cit., 2): "Al riguardo, in dottrina si tende non da oggi a parlare, in modo forse un po' tralaticio (e neppure lo scrivente, a onor del vero, ha fatto eccezione), di insolvenza "reversibile" con riguardo alla condizione di quelle imprese ancora *viables*, suscettibili cioè di una prospettiva di rifinanziamento diretto dell'attività o di ricollocazione dell'azienda sul mercato. A rigore, tuttavia, com'è stato puntualmente messo in luce, l'insolvenza è riferita dalla legge (art. 2, c. 1, lett. b), richiamata dall'art. 12, c. 1) *all'imprenditore* come soggetto piuttosto che all'impresa come organizzazione; e la sua reversibilità va intesa, retamente, come recupero della capacità di adempiere alle obbligazioni in modo regolare. Ecco perché risulta più corretto, probabilmente, parlare di insolvenza "sanabile" *dell'impresa* (del resto consustanziale, nella materia che ci occupa, alle sue concrete prospettive di risanamento), la qual condizione sembra poter coesistere, concettualmente, con un'insolvenza irreversibile *dell'imprenditore*" (corrispo dell'Autore).

europee, a partire già dalla Raccomandazione 2014/135/UE¹¹⁵ sino alla Direttiva *Insolvency*, volta ad intercettare e a superare tutti gli scenari idonei a tracimare in insolvenza¹¹⁶, sia con l'esperienza comparatistica¹¹⁷.

Una tesi che, dunque, riterrei di denominare “*super-estensiva moderata*”: “*super-estensiva*” poiché, appunto, amplierebbe le maglie della composizione negoziata fino ad ammettere anche ipotesi di *insolvenza irreversibile*, pur nei termini illustrati, abbracciando, così, un maggior numero di ipotesi rispetto alla tesi “*estensiva*” che si limita a far riferimento all'*insolvenza reversibile*; “*moderata*” perché comunque non tanto estesa da ritenere compatibile con la composizione negoziata ogni tipo di insolvenza¹¹⁸ e, quindi, anche quella che qui si potrebbe definire come “*assolutamente irreversibile*”, in quanto non risolvibile mediante gli strumenti della composizione negoziata (nemmeno attraverso piani liquida-

¹¹⁵ Essa, come noto, mira a «garantire alle imprese sane in difficoltà finanziaria, ovunque siano stabilite nell'Unione, l'accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza, massimizzandone pertanto il valore totale per i creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale». In argomento v. per tutti, U. MACRÌ, *La legislazione italiana e le misure di risanamento nella Raccomandazione UE 2014/135 e nel Regolamento 2015/343*, in *Fall.*, 2015, 1039 ss., G. LO CASCIO, *Il rischio d'insolvenza: le nuove frontiere europee*, in *Fall.*, 2015, 733 ss. Così, invero, anche già il Piano d'azione imprenditorialità 2020 che invitava gli Stati membri a fornire «sostegno alle imprese in tema di ristrutturazione precoce» e servizi di «consulenza per evitare i fallimenti».

¹¹⁶ Così, in particolare:

– il 1°, 2°, 3° e 22° *Considerando* che valorizzano, rispettivamente, gli obiettivi di: (i) consentire una “*second chance*” all'imprenditore (n. 1), (ii) massimizzazione del valore per i creditori (n. 2), (iii) celere (e, quindi, efficiente ed efficace) liquidazione delle imprese non sane (nn. 3 e 22). Più precisamente è proprio il 22° *Considerando* a rivestire un ruolo centrale rimarcando, in particolare, il principio per cui l'individuazione precoce delle difficoltà finanziarie in uno con la tempestiva capacità di prendere le misure opportune aumenta la probabilità (i) di evitare un “*impending insolvency*» o, (ii) nel caso di un'impresa la cui sostenibilità economica risulti definitivamente compromessa, di procedere ad una liquidazione ordinata ed efficace;

– l'art. 19 sui connessi obblighi degli amministratori [«*Member States shall ensure that, where there is a likelihood of insolvency, directors, have due regard, as a minimum, to the following: (...) (b) the need to take steps to avoid insolvency*»];

– l'art. 3, comma 1 per cui gli Stati membri devono provvedere affinché i debitori abbiano accesso a strumenti di allerta precoce (c.d. «*early warning tools*») in grado di (i) individuare situazioni che potrebbero comportare la probabilità di insolvenza e (ii) segnalare al debitore la necessità di agire senza indugio («*Member States shall ensure that debtors have access to one or more clear and transparent early warning tools which can detect circumstances that could give rise to a likelihood of insolvency and can signal to them the need to act without delay*»).

Anche il 26° *Considerando*, ove fa riferimento alla necessaria verifica della sostenibilità economica per l'accesso ad un quadro di ristrutturazione, non sembra ostare, in assoluto, a piani meramente liquidatori.

¹¹⁷ Su cui v. i successivi par. 3.2 e 3.3.

¹¹⁸ Così parrebbe sostenere ANT. ROSSI, *I presupposti della CNC, tra debiti dell'imprenditore e risanamento dell'impresa*, in *Diritto della crisi*, cit., 6 ss.

tori) in misura non deteriore per i creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale.

Ciò premesso occorre quindi vedere più da vicino il requisito del *ragionevole risanamento*.

3.2. *Il secondo requisito del presupposto per ricorrere alla composizione negoziata: il "ragionevole risanamento"*

3.2.1. *Le tre tipologie di risanamento e la rilevanza di quello soggettivo*

Il secondo requisito consiste nella necessità che, quale che sia il tipo di squilibrio rilevante, sussista una ragionevole prospettiva di risanamento.

A valle dei diversi orientamenti¹¹⁹, sembrerebbe possibile classificare i significati del concetto (giuridico¹²⁰) di risanamento, con riguardo all'accesso alla composizione negoziata, in almeno tre categorie che identificherei come: (i) "*risanamento oggettivo in senso debole*" o del "*risanamento misto soggettivo e oggettivo*", (ii) "*risanamento oggettivo in senso forte*", (iii) "*risanamento soggettivo*" o "*risanamento soggettivo puro*".

Il primo si verificherebbe solo in presenza di un piano che preveda una continuità diretta, in modo tale non poter scindere, quantomeno nella prospettiva della composizione negoziata, l'imprenditore dalla sua attività.

Il secondo soltanto allorquando sia possibile preservare i valori aziendali e, segnatamente, la continuità ancorché si tratti di sola continuità indiretta¹²¹.

Il terzo anche solo ove sia possibile risanare l'esposizione debitoria dell'imprenditore, sicché sarebbe compatibile con la composizione negoziata qualsiasi piano, anche se liquidatorio, purché idoneo a tal fine.

In altre parole, poiché il riferimento alla «*ragionevole perseguibilità del risa-*

¹¹⁹ Sul tema, v., per tutti, recentemente S. AMBROSINI, *La continuità aziendale (diretta e indiretta) fra diritto contabile e disciplina della crisi d'impresa. Profili ricostruttivi e sottotipi concordatari*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 11 luglio 2024; ID., *Finalità del concordato preventivo e tipologie di piano: gli interessi protetti e lo "statuto" della continuità aziendale*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 10 marzo 2024; M. SPADARO, *op. cit.*, 2023, 109 ss.; V. MINERVINI, *Composizione negoziata, norme unionali e (nuovo) Codice della crisi*, in *Diritto della crisi*, 30 marzo 2022, spec. par. 3; G. LENER, *Considerazioni intorno al plusvalore da continuità alla "distribuzione" del patrimonio (tra regole di priorità assoluta e regole di priorità relativa)*, in *Diritto della crisi*, 25 febbraio 2022; ANT. ROSSI, *I presupposti della CNC, tra debiti dell'imprenditore e risanamento dell'impresa*, cit., par. 5.

¹²⁰ Non si approfondirà – né sembra utile in questa fase di ricostruzione della prospettiva interpretativa – diffondersi sui concetti aziendalistici che piuttosto, come si vedrà oltre, saranno utili sul piano della rilevazione del presupposto.

¹²¹ Mi è parso poter definire questa prospettiva come quella di "*risanamento oggettivo in senso forte*" onde evidenziare come sia, in essa, il risanamento oggettivo dell'impresa a prevalere piuttosto che quello soggettivo dell'imprenditore che diverrebbe, nella sostanza, persino irrilevante.

namento dell'impresa» di cui all'art. 12 CCII potrebbe in astratto riferirsi, semanticamente, tanto alla prosecuzione dell'attività d'impresa (in continuità diretta o indiretta e, cioè attraverso la sua alienazione a terzi) quanto il risanamento dell'esposizione debitoria¹²² (e, quindi, in ultima istanza, dell'imprenditore), non è chiaro comprendere effettivamente quale dei tre significati di risanamento sia quello che la norma ritiene compatibile con la composizione negoziata.

Ad oggi, l'orientamento prevalente pare negare tale compatibilità al *risanamento soggettivo puro*, ritenendo quindi inammissibile il ricorso alla composizione negoziata in presenza di piani meramente liquidatori (ovverosia senza continuità quantomeno indiretta)¹²³.

Tuttavia, come si avrà modo di approfondire oltre, riterrei preferibile una tesi onnicomprensiva di risanamento che consideri, ai fini della composizione negoziata, le tre diverse concezioni illustrate.

Occorre, quindi, affrontare gli argomenti a favore dell'una e dell'altra tesi.

3.2.2. Le argomentazioni delle diverse tesi giuridiche sul significato di risanamento

L'orientamento prevalente si fonda su alcuni indici testuali, sistematici e teleologici.

Anzitutto si fa leva sull'originario richiamo alle iniziative «industriali» previste espressamente dal previgente art. 7, comma 2, lett. d)¹²⁴, d.l. n. 118 del 2021 e dalle disposizioni “operative” relative alla lista di controllo particolareggiata e al test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui al decreto dirigenziale 28 settembre 2021 (poi sostituito dal decreto 21 mar-

¹²² Così anche l'art. 19, comma 2, lett. e), CCII ove prevede l'autocertificazione sulla risanabilità dell'impresa, potrebbe pur sempre essere interpretata nel duplice senso: del risanamento dell'attività o dell'esposizione debitoria dell'impresa.

¹²³ V., per tutti, la sintesi di A. DELLA SEGA, S. SPIAZZI, *I contrasti giurisprudenziali sull'accesso alla composizione negoziata per la società in stato di insolvenza o di liquidazione*, in *Il Fallimentarista*, 14 febbraio 2023; E. BISSOCOLI, *La presunta incompatibilità tra lo stato di liquidazione (recte il piano di liquidazione) e la composizione negoziata della crisi d'impresa: un equivoco da evitare*, in *Diritto della crisi*, 31 agosto 2022. Concorde sulla necessità di un risanamento oggettivo (anche se non in senso forte) C. TRENTINI, *I presupposti*, in AA.VV., *Crisi e Insolvenza dopo il Correttivo ter*, a cura di M. Irrera, S.A. Cerrato, Bologna, 2024, 221 ss., S. ROSSETTI, *op. cit.*, 7 ss. In giurisprudenza cfr., a titolo esemplificativo, Trib. Pavia, 8 luglio 2024, in *www.ilcaso.it*; App. Firenze, 21 marzo 2023, in *www.osservatorio-insolvenza.it*; Trib. Arezzo, 16 aprile 2022, in *Diritto della crisi*, Trib. Roma, 10 ottobre 2022, in *Diritto della crisi*; Trib. Bergamo, 15 marzo 2022, in *DeJure*; Trib. Ferrara, 21 marzo 2022, in *Diritto della crisi*; (che, in contrasto con il poi successivo orientamento prevalente, ha ritenuto persino incompatibile l'accesso alla composizione negoziata alle imprese in liquidazione). In senso contrario, come si vedrà *infra*, v. Trib. Perugia, 15 luglio 2024, in *Diritto della crisi*; Trib. Mantova, 4 dicembre 2024, in *www.ilcaso.it*.

¹²⁴ Trib. Arezzo, 16 aprile 2022, cit.

zo 2023): il riferimento alle «iniziative industriali» non potrebbe prescindere, secondo questa tesi, dalla necessaria continuità aziendale, di qui l'incompatibilità con scenari liquidatori.

In via teleologica (e considerando *in primis* gli artt. 4, comma 3¹²⁵, 6, commi 1¹²⁶ e 4¹²⁷, della Direttiva *Insolvency*), si afferma che l'ampiezza dell'«ombrello protettivo» che la composizione negoziata garantisce, rappresentando un *vulnus* particolarmente incisivo per i creditori, potrebbe essere loro imposto solo ove il risanamento oggettivo dell'impresa risulti possibile¹²⁸, con la conseguenza che sarebbe di per sé un «ossimoro» consentire l'accesso alla composizione negoziata (e, quindi, anche alle misure protettive) mediante piani meramente liquidatori o, in ogni caso, ad un'impresa in liquidazione, priva delle prospettive di revocare tale stato¹²⁹.

¹²⁵ «Member States may maintain or introduce a viability test under national law, provided that such a test has the purpose of excluding debtors that do not have a prospect of viability, and that it can be carried out without detriment to the debtors' assets».

¹²⁶ «Member States shall ensure that debtors can benefit from a stay of individual enforcement actions to support the negotiations of a restructuring plan in a preventive restructuring framework. Member States may provide that judicial or administrative authorities can refuse to grant a stay of individual enforcement actions where such a stay is not necessary or where it would not achieve the objective set out in the first subparagraph».

¹²⁷ «Member States may exclude certain claims or categories of claims from the scope of the stay of individual enforcement actions, in well-defined circumstances, where such an exclusion is duly justified and where:

(a) enforcement is not likely to jeopardise the restructuring of the business; or
(b) the stay would unfairly prejudice the creditors of those claims».

¹²⁸ «[L]a domanda di conferma delle misure protettive deve essere accompagnata da un piano che permetta al Giudice di effettuare una valutazione prognostica, o quantomeno realistica, circa la possibilità di un reale superamento della crisi finanziaria ed industriale che consenta di mantenere la continuità aziendale, non giustificandosi, in caso di soluzioni che comportino la liquidazione dell'impresa, l'adozione di siffatti strumenti fortemente incisivi dei diritti dei terzi e dei creditori» (così, ad esempio, Trib. Roma, 10 ottobre 2022, in *Diritto della crisi*). La sentenza fa riferimento, oltre alle menzionate disposizioni della Direttiva *Insolvency*, ad alcune norme del d.l. n. 118 del 2021 che, come si vedrà, esattamente come quelle della Direttiva *Insolvency*, non appaiono, a mio avviso, a tal fine in alcun modo dirimenti.

Analogamente al tribunale capitolino v. anche Trib. Pavia, 8 luglio 2024, cit., che ritiene che solo una tale interpretazione possa evitare abusi e giustificare la natura premiale del concordato semplificato (che come noto è uno degli sbocchi della composizione negoziata).

¹²⁹ «A questo punto deve essere rammentato che l'art. 2 del d.l. n. 118 del 2021 è chiaro nel riservare il procedimento di composizione negoziata alle ipotesi in cui risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa, per cui si palesa un ossimoro l'accesso al procedimento da parte di una società in liquidazione senza che neppure sia dedotta (oltre che documentata) la sussistenza attuale dei presupposti per la revoca della causa di scioglimento e dello stato di liquidazione. Rimane oscuro come l'eventuale ripristino dell'equilibrio economico-finanziario sia in grado di resuscitare la continuità della impresa, mettendola in condizione di produrre valore, posto che la azienda sarebbe stata venduta. A questo si aggiunge la preoccupante assenza del piano finanziario per i successivi sei mesi previsto dall'art. 7) comma 2, lett. d): quello denominato piano

Per questa via, quindi, *nulla quaestio* ovviamente per il *risanamento oggettivo in senso debole*: si tratta del risultato ottimale, poiché si risana sia l'attività (che prosegue ad operare sul mercato) che l'esposizione debitoria dell'imprenditore posto che questi, all'esito della composizione negoziata, proseguirà a svolgere la propria attività di impresa.

In questo senso, dunque, l'orientamento prevalente, che segue anche la tesi *estensiva* in relazione all'altro requisito sopra approfondito dello *squilibrio significativo*, ammette il ricorso alla composizione negoziata all'insolvenza c.d. "*reversibile*" ¹³⁰.

Parimenti non sembra potersi ammettere del tutto il *risanamento in senso forte* ossia quello perseguito attraverso la c.d. "continuità indiretta" a prescindere totalmente dal *risanamento soggettivo*: se è vero, infatti, che la legge contempla espressamente al comma 2 dell'art. 12 CCII tale continuità indiretta ¹³¹ («[I]esperto agevola le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di cui al comma 1, *anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa e preservando, nella misura possibile, i posti di lavoro*») non sembra che il risanamento soggettivo possa essere del tutto ignorato.

Ciò per le medesime (seguenti) ragioni per cui, riterrei, invece, compatibile con la composizione negoziata il *risanamento soggettivo puro* (d'ora innanzi anche solo "*risanamento soggettivo*").

In primo luogo, occorre, infatti, considerare un argomento testuale e semantico che impedisce di escludere a priori il concetto di *risanamento soggettivo*: la locuzione «*ragionevole perseguibilità del risanamento dell'impresa*» sembra, in-

finanziario è in realtà il piano di liquidazione della società in liquidazione e comporta la dismissione di ogni cespite attivo (che è l'in sé della liquidazione) [...] Pertanto, essendo la finalità immediata della composizione negoziata – così come rappresentata dalla ricorrente – quella della liquidazione dell'attivo a favore della correlata con conseguente pagamento falcidiato dei creditori, ed essendo la ripresa della continuità del tutto astratta e meramente ipotetica, anche nella stessa prospettazione della ricorrente, può affermarsi che la ricorrente non presenti, sulla base delle sue stesse affermazioni e prospettazioni, una seria e ragionevole possibilità di risanamento e che quindi manchi lo stesso presupposto per accedere alla composizione negoziata» (Trib. Ferrara, 21 marzo 2022, cit.). Analogamente più recentemente anche App. Firenze, 21 marzo 2023, cit.

¹³⁰ In dottrina si è così affermato che: «[i]l legislatore aggiunge un ulteriore elemento, rappresentato dalla ragionevole perseguibilità del risanamento dell'impresa. Questo requisito, letto alla luce dei chiarimenti che si possono ricavare dal decreto dirigenziale 28 settembre 2021, indica che l'impresa deve essere in grado di continuare a creare valore o quantomeno che sussistono condizioni ragionevoli perché ciò possa avvenire. E tale condizione sussiste, con riferimento all'insolvenza, quando essa sia reversibile, come chiaramente indica l'art. 21, comma 1, affermando che debbono sussistere concrete prospettive di risanamento [...] Ora non è dubbio che le concrete prospettive di risanamento possono realizzarsi tanto nel caso in cui l'impresa sia in crisi, vi sia cioè un pericolo di insolvenza, quanto nel caso in cui vi sia insolvenza in atto, ma si tratti di insolvenza reversibile» (L. PANZANI, *op. cit.*, 258 ss.).

¹³¹ Ma v. parzialmente *contra* Trib. Ferrara, 21 marzo 2022 cit.

fatti, compatibile sia con il significato di «ragionevole perseguibilità del risanamento [dell'attività d']impresa» sia con quello di «ragionevole perseguibilità del risanamento [dell'esposizione debitoria dell']impresa».

In secondo luogo, numerosi appaiono gli indici di carattere sistematico:

(i) l'art. 12 CCII, nel precisare al comma 2 che «l'esperto agevola le trattative [...] al fine di individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di cui al comma 1 [quindi, di *pre-crisi*, *crisi* o *insolvenza*, n.d.r.] anche mediante il trasferimento dell'azienda o rami di esso e preservando, nella misura possibile, i posti di lavoro», sembra dimostrare testualmente, non solo, come appena visto, la compatibilità della composizione negoziata con il menzionato *risanamento oggettivo*, ma parrebbe anche mettere in secondo piano la conservazione dei posti di lavoro¹³², finendo, in sostanza, per affermare la compatibilità con la composizione negoziata di piani meramente liquidatori (quindi, ammettendo il risanamento anche solo meramente *sogettivo*)¹³³;

¹³² Così sembrerebbe affermare anche M. FABIANI, *Ruolo, funzioni e responsabilità dell'Esperto nella Composizione negoziata*, 19 novembre 2024, 6: «Nell'ambito dell'obiettivo della CNC – il ragionevole perseguimento del risanamento dell'impresa (art. 12 CCII) – l'esperto deve agevolare il tavolo delle trattative avendo, però, anche un ulteriore punto di riferimento e cioè la preservazione dei posti di lavoro. Tuttavia, l'inciso (“nella misura possibile”) fa subito comprendere come la conservazione dei livelli occupazionali sia un elemento di ponderazione del programma di risanamento ma non è l'orizzonte principale il che si traduce in una considerazione cristallina: la prosecuzione dell'attività non può mai essere fine a sé stessa ma deve essere orientata a risolvere la situazione di crisi in relazione al superamento dell'esposizione debitoria» (anche se l'Autore sembrerebbe poi escludere, nel medesimo lavoro, l'ammissibilità di una composizione negoziata di tipo meramente liquidatorio).

¹³³ Poiché parrebbe consentire il trasferimento anche senza lavoratori (la norma, infatti, precisa che la preservazione dei posti di lavoro deve avvenire «nella misura possibile»: il che dovrebbe gettare più di un dubbio sul requisito del necessario mantenimento della continuità). Di diverso avviso è S. AMBROSINI, *Ancora sulle “condizioni” dell'impresa – dalla precrisi all'insolvenza sanabile – e sulla sua gestione nella composizione negoziata (con una chiosa in merito al recente lapsus del legislatore)*, cit., 7 per cui, invece, proprio l'introduzione dell'espressione «preservando, nella misura possibile, i posti di lavoro» all'interno dell'art. 12, comma 2, CCII renderebbe più problematica «la compatibilità con la composizione negoziata di una situazione votata alla mera dismissione atomistica dei cespiti e, quindi, caratterizzata dall'assenza, in prospettiva, di una ripresa o riconversione dell'attività nelle varie declinazioni che di esse in concreto possono darsi». Ciò sulla base di un parallelismo con l'art. 84, comma 2, CCII (v. anche S. AMBROSINI, *Considerazioni del prof. Stefano Ambrosini in vista dell'audizione da parte della Commissione Giustizia del Senato della Repubblica del 1° agosto 2024, in Ristrutturazioni aziendali*). Ciò però non sembra escludere la lettura del sintagma come non particolarmente cogente nel senso di conservare i posti di lavoro e, quindi, il *risanamento oggettivo*. D'altronde la stessa genesi dell'art. 84, comma 2, CCII sembrerebbe dimostrare la scelta per una più contenuta previsione senza impegni occupazionali in sede di concordato in continuità posto che la versione originaria della norma, non recepita in sede definitiva, recitava come segue: «la continuità può essere diretta, in capo all'imprenditore che ha presentato la domanda di concordato, ovvero indiretta, in caso sia prevista la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, affitto, stipulato anche anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso, con-

(ii) l'art. 22 CCII, non solo afferma espressamente che «il tribunale, *verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori*», ma consentendo la possibilità di disapplicare l'art. 2560 c.c. in caso di cessione d'azienda nel contesto “protetto” della composizione negoziata, parrebbe non mirare esclusivamente a risanare l'*attività* di impresa in sé, bensì ad incentivare l'acquisto massimizzandone il prezzo e, quindi, non ignorando, nuovamente, il *risanamento soggettivo* dell'imprenditore che con l'incasso del medesimo pagherà i propri creditori;

(iii) l'art. 4 CCII, da un lato, afferma, in linea di principio, che il debitore deve «gestire il patrimonio o l'impresa durante i procedimenti nell'interesse prioritario dei creditori» con ciò collocando l'interesse dei creditori (e, pertanto, il *risanamento soggettivo*), al vertice dei principi generali dei vari strumenti di regolazione della crisi, dall'altro, richiama proprio due norme che evocano la composizione negoziata, gli artt. 16 e 21 CCII¹³⁴;

(iv) l'art. 16 CCII precisa che, in caso di composizione negoziata, l'imprenditore deve gestire l'impresa senza pregiudicare «ingiustamente gli interessi dei creditori», il che non sembra consentire, nemmeno letteralmente, la possibilità di prescindere da essi – come d'altronde fa anche l'art. 19, comma 6, CCII in tema di revoca delle misure protettive – (e giammai come principio generale in chiave definitoria del presupposto della composizione) e, quindi, dal *risanamento soggettivo*, potendo, al più, aprire all'ammissibilità di scenari di possibile sacrificio degli stessi anche attraverso la continuità indiretta con la deroga all'art. 2560, comma 2, c.c.; piuttosto l'evocazione di un possibile *giustificato* sacrificio pare evidenziare il necessario limite (su cui v. *infra*) di non poter riservare loro un trattamento deteriore rispetto a quello che riceverebbero dalla liquidazione giudiziale;

(v) in ogni caso, resta fermo espressamente che, ai sensi dell'art. 21 CCII, quando, nel corso della composizione negoziata, risulti che l'imprenditore è in-

ferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, o a qualunque altro titolo, ed è previsto dal contratto o dal titolo il mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per un anno dall'omologazione».

¹³⁴ Che l'interesse dei creditori sia in ogni caso da porre, in ultima istanza, al vertice tuttora del diritto concorsuale, pur dovendo essere in qualche modo filtrato attraverso la considerazione degli altri interessi, v., M. FABIANI, *Introduzione ai principi generali e alle definizioni del codice della crisi*, in *Fall.*, 2022, 1182, per il quale il contemperamento del diritto di credito non è mai pregiudicato fino in fondo anche nei nuovi strumenti di regolazione del CCII e più recentemente ID., *Il sistema e i principi del diritto della crisi dell'impresa*, in *Diritto della crisi*, 11 ottobre 2024, 10 per cui «[c]on diverse sfumature, gradatamente ascendenti, l'attuazione della responsabilità patrimoniale dovrà essere coniugata con altri valori – che in talune situazioni potrebbero finanche divenire dominanti –, ma la cornice costituzionale impedisce di negare che le procedure di crisi e di insolvenza non siano degli strumenti per consentire al creditore di ottenere tutto e proprio tutto ciò che un debitore inadempiente non ha voluto corrispondergli».

solvente «ma esistono concrete prospettive di risanamento, lo stesso gestisce l'impresa nel *prevalente* interesse dei creditori» con ciò, quindi, richiamando espressamente l'attenzione su tale interesse proprio nelle ipotesi in cui questo è più in pericolo (lo stadio, appunto, dell'insolvenza); sul punto il Correttivo-ter precisa ulteriormente che in tali situazioni non solo l'imprenditore deve gestire l'impresa nel prevalente interesse dei creditori ma deve altresì individuare «la soluzione per il superamento della situazione di insolvenza»¹³⁵ e il richiamo stesso al superamento di quest'ultima appare come evidente appello al *risanamento soggettivo*;

(vi) l'odierno art. 17 CCII non contempla più il riferimento al «prospetto delle iniziative di *carattere industriale*» che l'imprenditore intende adottare, come precedentemente previsto all'art. 7, comma 2, lett. d), d.l. n. 118 del 2021; anzi, dalla corrispondente previsione [art. 17, comma 3, lett. b), CCII] è proprio stato espunto l'attributo «*industriali*»; l'imprenditore, infatti, deve depositare nella piattaforma telematica «un progetto di piano di risanamento redatto secondo le indicazioni della lista di controllo di cui all'articolo 13, comma 2, e una relazione chiara e sintetica sull'attività in concreto esercitata recante un piano finanziario per i successivi sei mesi e *le iniziative che intende adottare*», aspetto che, quindi, potrebbe aver rimosso l'argomento letterale (per vero, a mio sommo avviso, già non dirimente¹³⁶) per ritenere il *risanamento oggettivo* condizione essenziale per l'accesso alla composizione negoziata; il riferimento alle iniziative o al piano «industriale» è, invece, rimasto per i piani attestati di risanamento di cui all'art. 56 CCII e per il concordato preventivo in continuità ai sensi dell'art. 87 CCII, strumenti finalizzati espressamente alla continuità¹³⁷⁻¹³⁸;

¹³⁵ Invero, con un possibile *lapsus* normativo, il legislatore ha inserito la precisazione nel periodo dedicato allo stadio della crisi, tuttavia essa dovrebbe riferirsi, secondo una condivisibile proposta interpretativa, allo stadio di insolvenza (cfr. S. AMBROSINI, *Ancora sulle "condizioni" dell'impresa – dalla precrisi all'insolvenza sanabile – e sulla sua gestione nella composizione negoziata (con una chiosa in merito al recente lapsus del legislatore)*, cit., 13-14).

¹³⁶ Non pare, infatti, possibile escludere la progettazione di un piano industriale finalizzato alla successiva o progressiva liquidazione di *asset*, specie ove lo stesso possa rivelarsi utile per un maggior realizzo.

¹³⁷ Il debitore presenta, infatti, unitamente alla proposta di concordato e alla documentazione di cui all'art. 39 CCII, un piano contenente, tra altro, «in caso di concordato in continuità, il piano industriale con l'indicazione degli effetti sul piano finanziario e dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio ...».

¹³⁸ I richiami alle iniziative industriali contenuti sia nella lista di controllo particolareggiata sia nel *test* pratico disciplinati dal decreto dirigenziale del 28 settembre 2021 (oggi sostituito dal decreto 21 marzo 2023) – adottato ai sensi dell'art. 3 d.l. n. 118 del 2021 e richiamati, in particolare, dagli artt. 3, 5-bis (che dopo il Correttivo-ter contempla espressamente anche il *test*), 13, comma 2, 17, commi 2 e 3, lett. b) e 19, CCII – potrebbero riferirsi ad iniziative non necessariamente volte alla continuità. Ad esempio, il paragrafo n. 3 della lista di controllo particolareggiata (sezione II del d.m.) («Individuazione delle strategie di intervento atte a rimuovere le cause della crisi»), in-

(vii) il decreto dirigenziale del 28 settembre 2021 (oggi sostituito dal decreto 21 marzo 2023) non solo non stabilisce, quantomeno espressamente (come già sopra visto), soglie di sbarramento per l'imprenditore insolvente ma, anzi, prevede, con riguardo al *test* pratico, l'attribuzione di punteggi che contemplano situazioni anche gravissime e affrontabili solo attraverso l'abbandono, mediante cessione, dell'attività da parte dell'imprenditore¹³⁹, il che nuovamente non sembra porre in primo piano il *risanamento oggettivo*¹⁴⁰;

(viii) oltre a quanto precede, le modalità stesse di calcolo della verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento, disciplinate dal medesimo decreto dirigenziale,

(a) prevedono che l'importo complessivo del debito da ristrutturare (rile-

fatti, precisa che «Quali sono le strategie di intervento e quali le iniziative *industriali* che l'imprenditore intende adottare? Nel caso in cui l'imprenditore *non sia in grado di individuarle*, quali sono le strategie adottate dalle imprese concorrenti che hanno maggiore successo? Esse sono replicabili dall'imprenditore?».

Sul punto del calcolo dei flussi annui al servizio del debito, (i) si fa testualmente riferimento alle «*eventuali*» iniziative industriali e (ii) si precisa che: «[p]er svolgere il *test* senza ancora disporre di un piano industriale, ci si può limitare ad esaminare l'indebitamento e i dati dell'andamento economico attuale depurando quest'ultimo dagli effetti di circostanze straordinarie e imprevedibili o di eventi non ricorrenti» (paragrafo 1). È vero che la locuzione «*senza ancora disporre*» sembrerebbe presumere che prima o poi tale piano debba esservi, ma ciò non pare necessario – testualmente – all'accesso alla composizione né in ogni caso, come appena sostenuto, un piano industriale dovrebbe sempre e comunque essere manifestazione di continuità: riterrei, infatti, che le «*iniziative industriali*» evocate dal d.m. in esame, ai fini della composizione negoziata, possano essere anche solo temporanee e finalizzate alla liquidazione o almeno nulla sembra ostare a tale lettura, specie ove il riferimento alle iniziative «*industriali*» è stata espunta dalla fonte primaria che, invece, la lega alla continuità (così, nei piani attestati *ex art. 56 CCII* e nel concordato in continuità *ex art. 87 CCII*) ed è stata mantenuta solo nella legge secondaria a fini «*attuativi*» della (sola) composizione negoziata.

Così la sezione I del d.m., dedicata al *test* pratico, pare individuare le iniziative industriali come *solo una delle ipotesi di discontinuità*: «[s]i suggerisce di tenere conto del fatto che, quando l'esito del test online indica che il risanamento dipende dall'efficacia e dall'esito *delle iniziative* che si intendono adottare in discontinuità rispetto alla normale conduzione dell'impresa (*iniziative industriali, modifiche del modello di business, cessioni o cessazione di rami di azienda, aggregazioni con altre imprese*), l'esperto, prima di sciogliere la propria riserva, compie gli opportuni approfondimenti esaminando il progetto di piano di risanamento o il piano di risanamento nel frattempo predisposto» (par. 2).

¹³⁹ Così, in giurisprudenza, Trib. Bologna, 8 novembre 2022, cit.

¹⁴⁰ Inoltre, lo stesso *test*, se è vero che contempla l'apposito spazio per le iniziative industriali, è altrettanto vero che il valore "0" non impedisce di ottenere un risultato al *test* anche positivo. Il che di per sé sembra escludere la necessità, in via di principio, anche da un punto meramente pratico, di ipotizzare iniziative di tipo industriale. Naturalmente è ragionevole ritenere che ove l'esito del *test* sia, comunque, superiore al valore "3", tale per cui il risanamento dipende «dall'efficacia e dall'esito delle iniziative industriali che si intendono adottare», il piano definitivo le contempli (ma, anche in tal caso, non necessariamente finalizzate alla continuità ma, per ipotesi, ad una miglior liquidazione). Ciò, in ogni caso, non sembra poter significare che tali iniziative debbano essere necessarie ma, al più, che lo siano solo in questa ipotesi.

vante per verificare la difficoltà del risanamento) debba essere ridotto, tra altro, (a.i) dell'«ammontare delle risorse ritraibili dalla *dismissione di cespiti* (immobili, partecipazioni, impianti e macchinario) o rami di azienda compatibili con il fabbisogno industriale», quindi dalla cessione anche atomistica dei beni aziendali, (a.ii) dell'eventuale stralcio ipotizzabile con i creditori, aspetti (entrambi) che evocano attività tipicamente liquidatorie (e, quindi, non finalizzate ad un risanamento necessariamente *oggettivo*), (b) considerano, nella proiezione dei flussi finanziari, l'effetto delle operazioni straordinarie, se previste, come ad esempio la «dismissione di *assets*»¹⁴¹, così nuovamente richiamando possibili scenari liquidatori;

(ix) infine, non sembra potersi ignorare la necessità di una lettura armonica e coordinata con i doveri e le responsabilità degli organi sociali, poiché non si può imporre agli organi di controllo di segnalare i presupposti per accedere alla composizione negoziata, ritenendo, quindi, pressoché secondario il *risanamento soggettivo* nell'ambito di quest'ultimo percorso (ove, appunto si seguisse la tesi maggioritaria), e, al tempo stesso, ritenerli eventualmente responsabili proprio per la mancanza o insufficienza di risanamento soggettivo all'esito (positivo o negativo, ma comunque a loro non imputabile) della composizione stessa, come, in effetti, è dimostrato dal secondo comma dell'art. 25-*octies* CCII che non esclude, anche in caso di segnalazione, la possibile sussistenza di una responsabilità *ex art.* 2407 c.c., (posto che non si limita a far riferimento all'«esclusione» della responsabilità ma contempla anche l'ipotesi della relativa mera «attenuazione»)¹⁴².

Sul piano teleologico, poi, occorre evidenziare come l'obiettivo ultimo (evidente anche nella Direttiva *Insolvency*¹⁴³), sia pur sempre quello di evitare e,

¹⁴¹ Par. 4.1.7, nota 16 del decreto.

¹⁴² Ed infatti, molto più complessa appare l'interpretazione di tale previsione. Ove fosse stata prevista soltanto l'ipotesi dell'esclusione da responsabilità, si sarebbe potuto concludere nel senso proprio dell'irrelevanza del risanamento soggettivo sul piano delle responsabilità. Ciò in quanto la norma in esame avrebbe reso irrilevante su tale piano l'insoddisfazione dei creditori all'esito della composizione negoziata. Invece, la norma prevede che la tempestiva segnalazione e la vigilanza delle trattative siano (semplicemente) valutate non solo ai fini dell'esonero ma anche dell'attenuazione da responsabilità. La conseguenza logico-sistemica appare dunque che la composizione negoziata non possa del tutto prescindere anche dal risanamento soggettivo.

¹⁴³ L'art. 19, sebbene non intenda espressamente stabilire gerarchie tra gli interessi degli stakeholders, menziona, non a caso, per primi quelli dei creditori: «*Member States shall ensure that, where there is a likelihood of insolvency, directors, have due regard, as a minimum, to the following: (a) the interests of creditors, equity holders and other stakeholders*». Il 22° Considerando già sopra menzionato espressamente afferma che «*[t]he earlier a debtor can detect its financial difficulties and can take appropriate action, the higher the probability of avoiding an impending insolvency or, in the case of a business the viability of which is permanently impaired, the more orderly and efficient the liquidation process would be*».

Non può inoltre trascurarsi il rilievo centrale dell'esdebitazione e dell'effettiva *second chance*.

quindi, anche superare l'insolvenza, il che si verifica – evidentemente – anche solo nei casi di *risanamento soggettivo*. Sicché – anche su questo piano – non appare ragionevole impedire l'accesso alla composizione negoziata ove attraverso di essa sia possibile ottenere un *risanamento soggettivo* (ovverosia un soddisfacimento dei creditori) migliore (*recte*, come si vedrà, anche semplicemente non deteriore) rispetto a quello ottenibile attraverso la liquidazione giudiziale (che è la procedura notoriamente più gravosa anche per l'ordinamento).

Pertanto, in considerazione delle predette argomentazioni, sembra possibile sostenere che il riferimento alla «ragionevole perseguibilità del risanamento dell'impresa» di cui all'art. 12 CCII sia compatibile (i) con la nozione di *risanamento oggettivo in senso debole* (ovvero sia dell'attività d'impresa che dell'imprenditore) nonché con quella di (ii) *risanamento soggettivo puro* (ovvero del solo imprenditore), dovendo ricomprendere il significato di «risanamento dell'impresa» tanto la conservazione/prosecuzione della sua attività (in continuità diretta o indiretta) quanto il risanamento dell'esposizione debitoria¹⁴⁴ (e, quindi, dell'imprenditore).

Ciò, però, ad una condizione: come si vedrà all'esito del presente capitolo, lo scenario ragionevolmente ipotizzabile *ex ante* non dovrebbe comunque risultare, di regola, deteriore rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale.

3.2.3. Alcune aperture giurisprudenziali al “risanamento soggettivo puro”

Sebbene l'orientamento maggioritario, come detto, sia di altro segno, ovvero di ritenere ammissibile il ricorso alla composizione negoziata nei soli casi, al più, di *risanamento oggettivo in senso debole* e, quindi, purché il piano preveda la prosecuzione, almeno indiretta, dell'attività di impresa con conseguente inammissibilità di piani meramente liquidatori (così intendendosi il concetto di *insolvenza reversibile*), paiono sempre più diffondersi aperture giurisprudenziali volte a dare cittadinanza anche a composizioni negoziate di tipo “liquidatorio”, idonee quindi o ad allargare le maglie della nozione di *in-*

Anzi sembrerebbe potersi dire, visto che, quantomeno secondo l'orientamento prevalente, ai fini dell'esdebitazione non sia più necessario il pagamento almeno parziale dei creditori (art. 278 ss. CCII) che sia questo il valore posto al vertice degli obiettivi della Direttiva *Insolvency*. In questo senso potrebbe deporre il 1° *Considerando* che, salvi i diritti dei lavoratori (che parrebbero quindi rappresentare l'unico limite effettivo a tale aspetto): «*this Directive aims to remove such obstacles by ensuring that [...] honest insolvent or over-indebted entrepreneurs can benefit from a full discharge of debt after a reasonable period of time, thereby allowing them a second chance*». In argomento, recentemente, R. GUIDOTTI, S. ADDAMO, *L'esdebitazione nella liquidazione giudiziale*, in AA.VV., *Crisi e insolvenza dopo il Correttivo ter*, diretto da M. Irrera, S.A. Cerrato, Bologna, 2024, 2861 ss.

¹⁴⁴ Così anche l'art. 19, comma 2, lett. e), CCII ove prevede l'autocertificazione sulla risanabilità dell'impresa, potrebbe pur sempre essere interpretata nel duplice senso: del risanamento dell'attività o dell'esposizione debitoria dell'impresa.

solvenza reversibile (ove la si intendesse mantenere quale ipotesi descrittiva per distinguerla da quella *irreversibile* della liquidazione giudiziale) oppure ad introdurre una ulteriore distinzione tra insolvenze irreversibili (nei termini qui sostenuti).

Il risultato ermeneutico, come si vedrà, è il medesimo.

Anzitutto, si è iniziato a valorizzare non tanto lo stato in cui l'impresa accede alla composizione negoziata bensì i relativi obiettivi e l'idoneità a raggiungerli: in altre parole, il punto di «approdo e cioè il risanamento della impresa attraverso le trattative con i creditori»¹⁴⁵.

Si è, così, osservato che non solo lo stato di insolvenza (ancorché grave), ma anche «lo stato di liquidazione societaria in sé e per sé considerato» non sarebbe incompatibile con la composizione negoziata¹⁴⁶.

Quanto alla metodologia di valutazione, la giurisprudenza ha iniziato a comparare, in chiave prospettica, l'esito della composizione negoziata con lo scenario alternativo della liquidazione giudiziale¹⁴⁷, giungendo anche a confermare le misure protettive nei casi di composizioni negoziate con minime speranze di successo oltretutto anche per l'impresa in condizioni di sostanziale *insolvenza irreversibile*¹⁴⁸.

Nel solco di questo filone, in alcuni casi ancora però legato all'esigenza di individuare nei piani la continuità aziendale ancorché indiretta, si trovano alcune pronunce inclini a riconoscere l'ammissibilità anche di piani liquidatori.

In primo luogo, va menzionato un provvedimento siciliano¹⁴⁹ che, pur negando la possibilità di accedere alla composizione negoziata alle imprese insolventi, ha invero ritenuto ammissibile un piano liquidatorio di anche solo alcuni *asset* societari, precisando che il concetto di risanamento, in taluni casi, potrebbe essere riferito (anche) all'esposizione debitoria dell'impresa e non solo all'equilibrio economico, con conseguente ammissibilità di ipotesi di risanamento tanto dell'impresa tramite, la prosecuzione della sua attività in continuità diretta o indiretta, quanto della sua esposizione debitoria, attraverso la soddisfazione dei creditori «anche con i *proventi della liquidazione dell'attività*»¹⁵⁰.

La pronuncia, quindi, pare affermare la compatibilità della composizione ne-

¹⁴⁵ Trib. Bologna, 8 novembre 2022, cit.

¹⁴⁶ Trib. Arezzo, 16 aprile 2022, cit.

¹⁴⁷ Trib. Bologna, 8 novembre 2022, cit. che ha confermato le misure protettive rilevando l'incapacità dell'alternativa liquidatoria a soddisfare se non in minima parte le aspettative dei creditori.

¹⁴⁸ Trib. Ferrara, 13 giugno 2024, in *www.ilcaso.it* ove il Giudice, pur ritenendo necessario ancora che vi siano piani che prospettino la continuità aziendale, ha persino dubitato, in generale, della rilevanza e correttezza del concetto di insolvenza reversibile.

¹⁴⁹ Trib. Siracusa, 14 settembre 2022, in *Diritto della crisi*.

¹⁵⁰ Enfasi mia.

goziata con i concetti di *risanamento soggettivo* e con piani liquidatori, aprendo, seppur non espressamente, alla valutazione comparativa con lo scenario alternativo della liquidazione giudiziale¹⁵¹.

Ma le indicazioni più nette provengono da alcune recentissime pronunce.

Il Tribunale di Perugia, con ordinanza del 15 luglio 2024, ha esplicitamente riconosciuto la compatibilità della composizione negoziata con piani meramente liquidatori adducendo numerosi degli argomenti sopra esposti: secondo il Tribunale se il risultato prospettato nel piano (ancorché liquidatorio) appare ragionevolmente accettabile dai creditori o comunque un ragionevole punto di partenza di una trattativa non dovrebbe esservi motivo di impedirne lo svolgimento (e quindi di negare la conferma delle misure protettive)¹⁵². Allo stesso modo, il

¹⁵¹ Afferma, infatti, che nei casi di piani liquidatori sarebbe evidente che la «concreta percorribilità della prospettiva di risanamento passa necessariamente attraverso il soddisfacimento di tutti i creditori in misura non irrisoria», precisando altresì che, nei casi di imprenditore insolvente (mutuando dall'art. 21 CCII), le prospettive di risanamento «devono essere “concrete” e non semplicemente ragionevoli, alla stregua del criterio del “più probabile che non”, non essendo sufficiente una mera aspettativa, né una teorica possibilità».

¹⁵² Tale dovrebbe essere – sempre secondo il Tribunale – «un piano che sia *auspicabilmente migliorativo per tempi e/o valore rispetto ad una liquidazione giudiziale*, ipotesi assai frequente tenuto conto anche della durata limitata delle trattative della CNC e delle lungaggini, inefficienze e incertezze dalla liquidazione giudiziale» (così Trib. Perugia, 15 luglio 2024, in *Diritto della crisi*, enfasi mia). Le argomentazioni addotte dal Tribunale, la cui pronuncia, per la sua innovatività, alla luce dello stato dell'arte esistente al momento della redazione del presente lavoro, merita di essere riportata, sono in parte analoghe a quelle poc'anzi sostenute per dimostrare la compatibilità del *risanamento soggettivo puro* con la composizione negoziata: «3.1 Dpongono, invece, nel senso della possibilità di risanare l'impresa attraverso un piano di liquidazione (totale o parziale), in primo luogo le modalità di calcolo del test pratico sulla difficoltà del risanamento del debito previsto nella Sez. I del decreto ministeriale del 28 settembre 2021, adottato ai sensi dell'art. 3 del d.l. n. 118 del 2021 (espressamente richiamato nel CCII dagli artt. 13, comma 2, e 17, comma 3, lett. b). Come noto, tale test correla la difficoltà del risanamento al numero di anni necessari al rimborso del debito dell'impresa che si ottiene dividendo in sintesi l'importo del debito da ristrutturare per i flussi di cassa annuali al servizio del rimborso del debito. Ebbene, a conferma della possibilità di addivenire ad una ristrutturazione del debito tramite liquidazione dei beni, tale test precisa nei criteri di calcolo dell'importo complessivo del debito da ristrutturare che quest'ultimo deve essere ridotto sia dei proventi della cessione dei cespiti dell'impresa (immobili, partecipazioni, impianti e macchinari oltre che di ramo di azienda) che dell'eventuale stralcio ipotizzabile con i creditori. 3.2. Ancora, coerente con il fatto che il piano possa essere liquidatorio è la previsione che la CNC sia applicabile anche ad imprese “insolventi”, condizione pacificamente distinta da quella di “crisi” e, in linea di principio, prodromica ad una liquidazione dell'impresa (più che ad una prosecuzione di attività in equilibrio economico-finanziario). L' art. 9 del d.l. n. 118 del 2021 (art. 21 CCII) prevede, infatti, che: “Quando nel corso della composizione negoziata, risulta che l'imprenditore è insolvente ma esistono concrete prospettive di risanamento, lo stesso gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori...”. Parimenti, conferma del fatto che, in linea di principio, un'impresa “insolvente” possa accedere alla CNC si ha anche nell'art. 23 d.l. n. 118 del 2021 (recepito in parte nell'art. 25-*quinquies* CCII) in cui si precisa che un'impresa non può accedere alla CNC “in pendenza del procedimento introdotto con domanda di omologazione di un accordo

Tribunale di Mantova, con ordinanza del 4 dicembre 2024, pur non prendendo netta posizione sulla tipologia di risanamento rilevante, fa proprie le argomentazioni del citato tribunale perugino ammettendo un piano liquidatorio in sede di composizione negoziata e precisando che, ai sensi dell'art. 12 CCII, la continuità indiretta sarebbe «solo uno dei modi per conseguire il risanamento della impresa»¹⁵³.

Le pronunce da ultimo richiamate appaiono significative, dunque, nell'aprire la strada all'orientamento sostenuto in queste pagine e, quindi, alla compatibilità della composizione negoziata con piani meramente liquidatori e con un concetto di risanamento che sostanzialmente sarebbe di tipo *soggettivo puro*.

Ciò considerato occorre, tuttavia, ancora comprendere quale sia il confine ultimo di tale compatibilità e, quindi, quando l'insolvenza debba ritenersi talmente irreversibile da non poter dar spazio alla composizione negoziata ed imporre, così, il ricorso alla liquidazione giudiziale¹⁵⁴.

Le sentenze appena ricordate sembrano seguire il criterio del miglior soddisfacimento dei creditori, criterio per cui si potrebbe ricorrere alla composizione negoziata ove tale percorso consenta di offrire ai creditori un trattamento migliore rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale.

Riterrei, invece, possibile impiegare un diverso criterio, ossia quello del trattamento non deteriore rispetto alla liquidazione giudiziale.

Ciò per le ragioni che seguono.

di ristrutturazione o con un ricorso per l'ammissione al concordato preventivo, anche ai sensi dell'art. 161, sesto comma, ..." (procedimenti questi ultimi che presuppongono, tra l'altro, lo stato di insolvenza dell'impresa richiedente). Infine, il documento allegato al d.m. del 28 settembre 2021 prevede la possibilità che accedano alla CNC anche le imprese affette da "insolvenza reversibile" in cui la reversibilità è da intendersi come la possibilità di rendere il debito sostenibile tramite stralci o proventi della dismissione di azienda». Conclude quindi il Tribunale affermando che «nell'espressione, di per sé generica, "ragionevole perseguibilità del risanamento dell'impresa" di cui all'art 2 d.l. n. 118 del 2021 (ora, art. 12 CCII) debba, a seconda dei casi e, in particolare della gravità della crisi dell'istante, ricomprendersi *tanto il risanamento dell'impresa* tramite una sua prosecuzione (totale o parziale) della sua attività in "continuità diretta" o "indiretta" quanto il *risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa* tramite la soddisfazione dei creditori anche con i proventi della liquidazione dell'attività», con la conseguenza che lo stato di liquidazione di un'impresa che chiede di accedere alla composizione negoziata o la predisposizione di un piano liquidatorio (anziché di continuità diretta o indiretta) da parte dell'impresa istante non dovrebbero essere di per sé tali da impedire l'accesso allo strumento (o meglio determinare il rigetto da parte del Tribunale della conferma delle misure protettive eventualmente richieste)» (enfasi mia).

¹⁵³ Trib. Mantova, 4 dicembre 2024, in www.ilcaso.it.

¹⁵⁴ Che è poi l'ultimo dei due quesiti che ci si è posti di risolvere all'inizio del presente par. 3, nonostante il più chiaro tenore letterale del CCII rispetto alla versione previgente. L'altro quesito ineriva al primo requisito del presupposto in esame (quello qui definito come "*significativo squilibrio*") e concerneva, da un lato, l'ammissibilità della *pre-crisi*, dall'altro, il significato di quest'ultimo concetto. Quesito cui si è tentato di rispondere al par. 3.1 che precede.

3.2.4. Dal “risanamento soggettivo puro” alla tesi dell’“insolvenza relativamente irreversibile”

3.2.4.1. Gli argomenti sistematici del concetto di “insolvenza relativamente irreversibile”

In virtù della sostenuta compenetrazione tra i due requisiti del presupposto in esame, una volta ammessa la compatibilità con la composizione negoziata di un *risanamento soggettivo puro*, non solo non sembra viepiù possibile escludere dai soggetti che possono farvi ricorso gli imprenditori insolventi (il che peraltro oggi, dopo il Correttivo-ter, è approdo che riterrei scontato¹⁵⁵), ma pare evidente la possibilità di allargare le maglie della compatibilità con l’istituto sia, come invero già si sosteneva, ai casi di *insolvenza reversibile* (ove per tale si intendesse, come sino ad oggi ritenuto dall’opinione maggioritaria, un’insolvenza che può ancora consentire un *risanamento oggettivo in senso debole*¹⁵⁶) sia a quelli di *insolvenza irreversibile* purché il risultato prevedibile della composizione negoziata risulti (nell’ottica quantomeno del *risanamento soggettivo puro*), *ex ante*, ragionevolmente non deteriore per i creditori rispetto all’alternativa della liquidazione giudiziale.

Di qui la distinzione proposta in questo lavoro tra “*insolvenza relativamente irreversibile*”, compatibile, quindi, in questi termini, con la composizione negoziata, ed “*insolvenza assolutamente irreversibile*”, del tutto incompatibile con quest’ultima, in quanto in alcun modo superabile, nemmeno parzialmente, nel corso o all’esito di essa.

La tesi sembra avvalorata non soltanto dagli argomenti sistematici di cui al precedente paragrafo che consentono di ritenere compatibile il *risanamento soggettivo puro* con la composizione negoziata, ma anche da ulteriori argomenti di tipo teleologico e sistematico, in parte già qui esaminati ad altri fini¹⁵⁷.

In particolare:

(i) oltre alle norme ed ai *Considerando* della Direttiva *Insolvency* già sopra esaminati, il n. 38 (e, conseguentemente, gli artt. 6-7) che, in sostanza, prevede che le misure protettive – finalizzate esclusivamente al buon esito delle trattative (e, quindi, ancora una volta, anche solo onde conseguire, riterrei, un *risanamento soggettivo*) – dovrebbero anche sospendere, ove esistente, l’obbligo dell’imprenditore di presentare istanza di apertura di una procedura di insolvenza; lo stesso art. 7 prevede come punto di riferimento sempre l’interesse generale dei creditori, nel senso che le misure protettive possono essere mantenute (nell’ambito dei quadri di ristrutturazione onde agevolare, quindi, sempre le trattative), pur nei casi di insolvenza, «*if, taking into account the circumstances of the case,*

¹⁵⁵ Per ogni approfondimento sul tema v. il par. n. 3.1 del presente capitolo.

¹⁵⁶ Sulla distinzione tra le tre diverse tipologie di “risanamento” qui proposta v. par. 3.2.1.

¹⁵⁷ V. par. 3.1.

the opening of insolvency proceedings which could end in the liquidation of the debtor would not be in the general interest of creditors», il che sistematicamente e teleologicamente pare evidenziare l'obiettivo di ricercare soluzioni più efficienti per i creditori anche nei casi di insolvenza che potrebbero determinare l'apertura di una procedura di insolvenza che, nel nostro ordinamento, è la liquidazione giudiziale, il cui presupposto, come noto, è l'insolvenza irreversibile¹⁵⁸; poiché, pertanto, ancora una volta, come già visto a proposito del primo requisito del presupposto per ricorrere alla composizione negoziata (lo *squilibrio significativo*), non sembra proponibile, alla luce degli obiettivi della normativa, ma anche di basilari principi di uguaglianza e ragionevolezza, trattare diversamente i casi in cui l'insolvenza sopravvenga o sia originaria¹⁵⁹ tali argomenti sembrano dimostrare l'ammissibilità della composizione negoziata anche per gli imprenditori in stato di *insolvenza irreversibile* ma il cui piano consenta un soddisfacimento migliore (o, meglio, non peggiore, come si vedrà) dei creditori rispetto allo scenario alternativo della liquidazione giudiziale (piano che dunque potrebbe anche essere di tipo meramente liquidatorio);

(ii) dal combinato disposto degli artt. 4, 16, comma 4 e 21, comma 1, CCII per cui il principio generale della «priorità» dell'interesse dei creditori (art. 4 CCI), applicato alla composizione negoziata, parrebbe potersi ritenere soddisfatto se, nei casi in cui l'imprenditore versi in uno stadio idoneo a determinare l'apertura della liquidazione giudiziale (*l'insolvenza irreversibile*), sussistano, già a partire dal momento dell'istanza della nomina dell'esperto (poiché sarebbe ingiustificato un trattamento differenziato tra chi si trovi in tale stadio *ab origine* e chi lo si trovi successivamente), «concrete prospettive di risanamento» (art. 21 CCII) tali da non pregiudicare «ingiustamente» i loro interessi (art. 16, comma 4, CCII) e, quindi, alla condizione che, per tale via, essi ricevano un trattamento non deteriore rispetto a quello che otterrebbero dall'alternativa della liquidazione giudiziale¹⁶⁰. In altre parole, in tali situazioni, le «concrete prospettive di risanamento»:

(a) potrebbero attenersi spiccatamente al *risanamento soggettivo*, visto che l'interesse dei creditori diviene, in tali casi, «prevalente» ex art. 21 CCII, a diffe-

¹⁵⁸ V. par. 2.

¹⁵⁹ V. le argomentazioni illustrate al par. 3.1.3.2

¹⁶⁰ Riterrei quindi di sostenere una lettura armonica dell'art. 4 CCII e degli artt. 16 e 21 CCII con conseguente declinazione del principio dell'interesse prioritario dei creditori nel contesto della composizione negoziata e non, come da alcuni autori sostenuto, una lettura in contrapposizione tra queste norme tale per cui, in virtù del richiamo a queste ultime da parte dell'art. 4, in sede di composizione negoziata, l'interesse dei creditori non sarebbe più «prioritario» (così F. BORDIGA, *op. cit.*, 18, M. CIAN, *Crisi dell'impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati e il loro impatto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1166). Sulla valorizzazione dell'interesse prioritario dei creditori v., nel più ampio quadro della dialettica tra i diversi soggetti interessati dal diritto della crisi, D. LENZI, *I doveri dei creditori*, Milano, 2019, 2022, 78 ss.

renza delle concrete prospettive evocate, invece, più in generale dall'art. 17, comma 5, CCII e che potrebbero riguardare un concetto più lato di risanamento (anche oggettivo);

(b) imporrebbero, secondo il criterio di «*(in)giustizia*» evocato dall'art. 4 CCII, una comparazione con la prospettiva alternativa (ossia con il “punto di caduta” della disciplina) che, nei casi di *insolvenza irreversibile*, è lo scenario liquidatorio in sede di liquidazione giudiziale; detto altrimenti, se, nei casi di *insolvenza irreversibile*, la composizione negoziata si risolvesse in un trattamento deteriore dei creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, tale sacrificio non potrebbe ritenersi «giusto» in quanto lesivo e non giustificato da altro contrapposto valore idoneo a compensarlo, ancorché sul piano generale (come sarebbe, invece, a parità di condizioni, la risoluzione dell'insolvenza in sede di composizione negoziata che è percorso ipoteticamente meno dispendioso anche per l'ordinamento rispetto alla liquidazione giudiziale).

Per questa ragione riterrei, quindi, compatibile con la composizione negoziata anche il presupposto della liquidazione giudiziale, ovvero sia l'*insolvenza irreversibile*, purché, però, sia ragionevolmente prevedibile (in termini di razionalità economica¹⁶¹ e di concreta probabilità¹⁶²) che la composizione negoziata possa riservare, al suo esito, un trattamento non deteriore ai creditori rispetto appunto a quello che questi otterrebbero dalla liquidazione giudiziale.

Quella qui sostenuta risulta, in sostanza, una tesi che, grazie alla compenetrazione dei due requisiti del presupposto in esame (lo *squilibrio significativo* ed il *ragionevole risanamento*), si colloca al di fuori del perimetro di quelle attualmente esistenti e che, come anticipato, potrebbe definirsi come “*super-estensiva moderata*”; ciò per contrapporla a: (i) quella *restrittiva*, che, come visto¹⁶³, ritiene che si possa accedere alla composizione negoziata solo allo stadio della pre-crisi, (ii) quella *estensiva*, che, come parimenti visto, individua il presupposto della composizione negoziata nella *pre-crisi*, nella *crisi* e nell'*insolvenza* ma solo se *reversibile* (intesa come idonea a consentire la prosecuzione ancorché indiretta dell'attività di impresa, in termini quindi, soltanto di *risanamento oggettivo*), (iii) quella che definirei “*super-estensiva radicale*”, che sembra ritenere compa-

¹⁶¹ È noto che la ragionevolezza nel diritto commerciale, secondo la condivisibile tesi maggioritaria che qui si si intende seguire, dovrebbe intendersi nel senso di razionalità economica. Sulla ragionevolezza nel diritto commerciale, non ulteriormente esplorabile in questa sede, v., per tutti, P. MONTALENTI, *Nuove clausole generali nel diritto commerciale tra civil law e common law*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2015, 133 ss.; A. NIGRO, “Principio” di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di s.p.a., in *Giur. comm.*, 2013, I, 479; R. RORDORF, *Tutela dei diritti e ragionevolezza economica*, in *Quest. giust.*, 2013, n. 6, 20.

¹⁶² Sulla declinazione del ragionevole risanamento in termini di concreta probabilità v. Trib. Avellino, 30 ottobre 2023, in *Il caso.it*.

¹⁶³ V. par. 3.1.2.

tibile la composizione negoziata persino con una “*insolvenza assolutamente irreversibile*” ovvero considerando, nella sostanza, il concetto di insolvenza della composizione negoziata perfettamente sovrapponibile con quello della liquidazione giudiziale senza il limite qui per ora solo accennato del “trattamento non deteriore”¹⁶⁴.

3.2.4.2. Il parametro del “trattamento non deteriore” ed il “best-interest-of-creditor test”

Occorre ora esaminare proprio il parametro della valutazione in esame che distingue, a mio avviso, un’*insolvenza “relativamente irreversibile”* da una “*assolutamente irreversibile*” e che, quindi, permette di individuare il tipo di insolvenza che può consentire l’accesso alla composizione negoziata da quello che ammette solo il ricorso alla liquidazione giudiziale.

Il riferimento al “risultato o trattamento non deteriore” rispetto a quello (ad oggi più noto) del “miglior soddisfacimento” appare anzitutto riconosciuto dalla stessa Direttiva *Insolvency* che sul punto lascia gli Stati membri liberi di scegliere ma, al tempo stesso, sembra evidente come quella del “risultato non deteriore”, anche solo teleologicamente, rappresenti per lo stesso legislatore europeo il “punto di caduta” della disciplina¹⁶⁵.

Parrebbe che il nostro legislatore abbia scelto proprio tale parametro, quantomeno quale criterio-guida per *selezionare tra i diversi percorsi e strumenti* volti a regolare o superare la crisi o l’insolvenza. In tal senso sembra deporre il complesso delle norme del CCII¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Tesi, come visto, di ANT. ROSSI, *I presupposti della CNC, tra debiti dell'imprenditore e risanamento dell'impresa*, cit., 6 ss. che tuttavia non sembra considerare, a mio sommo avviso, il parametro del *best interest of creditor test* (su cui v. subito nel testo).

¹⁶⁵ Così il 52° *Considerando* (che trova riscontro nelle definizioni di cui all’art. 2 della Direttiva) prevede espressamente che «[s]atisfying the ‘best-interest-of-creditors’ test should be considered to mean that no dissenting creditor is worse off under a restructuring plan than it would be either in the case of liquidation, whether piecemeal liquidation or sale of the business as a going concern, or in the event of the next-best-alternative scenario if the restructuring plan were not to be confirmed. Member States should be able to choose one of those thresholds when implementing the best-interest-of-creditors test in national law».

¹⁶⁶ V. già ante Correttivo-ter la Relazione n. 87 dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione del 15 settembre 2022, 2: «Tale principio appare idoneo ad innovare profondamente la filosofia di fondo del diritto concorsuale, che passa da una concezione statica, di tutela esclusiva della par condicio creditorum e di massimizzazione del soddisfacimento dei creditori, ad una concezione dinamica, nella quale la conservazione dell’impresa in attività – pur se eventualmente in capo ad un soggetto terzo – costituisce un valore tutelato, che deve coordinarsi con i diritti dei creditori e che, anzi, può ove necessario comportare una loro *ragionevole compressione*, purché lo strumento o la procedura con la quale si realizza la ristrutturazione *non risulti dannosa per i creditori rispetto ad una ipotetica alternativa liquidatoria*» (enfasi mia).

Così: l'art. 61, comma 2, lett. d), in tema di accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, che condiziona l'estensione dell'accordo ai creditori della medesima categoria non aderenti, tra altro, al fatto che questi possano risultare soddisfatti in misura «non inferiore» rispetto alla liquidazione giudiziale¹⁶⁷; l'art. 62, comma 2, lett. c) che stabilisce, quale condizione della convenzione di moratoria, che i creditori della medesima categoria non aderenti, cui vengono estesi gli effetti della convenzione, non risultino espressamente «pregiudicati» rispetto a quanto otterrebbero dalla liquidazione giudiziale¹⁶⁸; l'art. 63 in tema di «transazione fiscale» prevede espressamente che gli accordi di ristrutturazione a carattere non liquidatorio sono omologati dal tribunale, nonostante la mancata adesione dell'amministrazione finanziaria e degli enti, quando, anche sulla base di una relazione di un professionista indipendente, tra altro, il soddisfacimento dell'amministrazione finanziaria o dei predetti enti «è non deteriore rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale alla data della proposta»¹⁶⁹; l'art. 64-bis, comma 8 che prevede l'omologa del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, nonostante l'opposizione fondata sul difetto di convenienza della proposta, se il credito risulta dalla proposta soddisfatto «in misura non inferiore» rispetto alla liquidazione giudiziale¹⁷⁰; l'art. 84 sulle finalità del concordato, per il quale l'imprenditore, che si trova in stato di crisi o di insolvenza, può proporre un concordato che realizzi il «soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale»; l'art. 87, comma 3 in tema di concordato preventivo in continuità, prevede, unitamente alla domanda, il deposito di una relazione di un professionista indipendente che attesti, tra altro, che il piano è atto a riconoscere a ciascun creditore un trattamento «non deteriore» rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale; l'art. 88, ai commi 1, 2, 2-bis e (nuovo)¹⁷¹ 4, dettato con riguardo ai cre-

¹⁶⁷ Il Correttivo-ter ha poi precisato che il momento rilevante per tale valutazione prognostica non sarebbe l'esito della liquidazione giudiziale bensì la sua apertura al momento del «*deposito della domanda di omologazione*» (la parte in corsivo è quella aggiunta).

¹⁶⁸ Anche in tal caso il Correttivo-ter ha precisato che il momento rilevante per la valutazione prognostica sarebbe l'apertura della liquidazione giudiziale al momento della convenzione.

¹⁶⁹ Occorre, invero, precisare che la norma distingue tra accordi a carattere liquidatorio (per cui, in linea come si vedrà oltre con quanto previsto nel concordato, la relazione del professionista deve verificare la «convenienza» rispetto alla liquidazione giudiziale) e accordi che prevedono la continuità dell'impresa (per cui la stessa relazione deve verificare, appunto, il mero trattamento «non deteriore» rispetto alla liquidazione giudiziale). V. oltre per alcune riflessioni sulla distinzione.

¹⁷⁰ Il Correttivo-ter ha specificato anche per tale strumento che il momento rilevante per la valutazione prognostica sarebbe l'apertura della liquidazione giudiziale al momento della domanda di omologazione (anche se testualmente, a differenza dell'accordo di ristrutturazione, si fa riferimento alla sua «data» e non al suo «deposito»). Il Correttivo-ter ha altresì introdotto un comma 1-bis che prevede analoga valutazione con riguardo ai crediti tributari e previdenziali.

¹⁷¹ Introdotto dal Correttivo-ter.

diti tributari e previdenziali, prevede, sempre per il concordato in continuità¹⁷², analogo necessario raffronto con relativo supporto della relazione di un professionista indipendente; l'art. 112, comma 3 prevede l'omologa, nel concordato in continuità, ove il credito del dissenziente risulti dal piano e dalla proposta soddisfatto in misura «non inferiore» al valore di liquidazione¹⁷³; l'art. 240, comma 4, in tema di concordato nella liquidazione giudiziale, secondo cui la proposta può prevedere che i creditori privilegiati non vengano soddisfatti integralmente, purché la proposta ne preveda la soddisfazione in misura «non inferiore» a quella realizzabile in caso di liquidazione dei beni o dei diritti sui quali sussiste la causa di prelazione¹⁷⁴; l'art. 285, comma 4, in tema di piani concordatari o accordi di ristrutturazione di gruppo, per cui in caso di opposizione il tribunale omologa qualora ritenga che i creditori possano essere soddisfatti in misura «non inferiore a quanto ricaverebbero dalla liquidazione giudiziale della singola impresa»¹⁷⁵.

Specularmente il riferimento al “miglior soddisfacimento dei creditori” è stato espunto proprio dal concordato [come dimostra il raffronto con il precedente testo dell'art. 87, comma 1, lett. c) e comma 3] e sembra essere menzionato nel CCII soltanto come criterio da seguire per orientare determinate scelte o deci-

¹⁷² Per quanto attiene al concordato liquidatorio invece si prevede una valutazione di «convenienza». A tal proposito il Correttivo-ter ha meglio distinto le due ipotesi.

¹⁷³ Il Correttivo-ter ha espunto il riferimento alla «liquidazione giudiziale» ed ha legato tale valore di liquidazione a quello definito all'art. 87, comma 1, lett. d), CCII, che consiste, in sostanza, nel valore di realizzo in sede di liquidazione giudiziale. Sicché la modifica appare più di coordinamento che di sostanza [ferme le precisazioni contenute al medesimo art. 87, comma 1, lett. d), comunque non rilevanti per le riflessioni qui sviluppate].

¹⁷⁴ Si consideri che prima del Correttivo-ter l'art. 245 CCII prevedeva l'omologazione da parte del tribunale del concordato nella liquidazione giudiziale, nel caso in cui con l'opposizione se ne fosse contestata la convenienza, ove il tribunale avesse ritenuto che il credito potesse risultare soddisfatto dal concordato in misura «non inferiore» rispetto alle «alternative concretamente praticabili». Sul punto si poteva dubitare che questa norma si inserisse nella prospettiva illustrata nel testo poiché il riferimento non era, a differenza degli altri esempi, la liquidazione giudiziale; tuttavia, sarebbe stato comunque possibile valorizzare, in tale ottica, la comparazione in termini negativi (in ogni caso la peculiarità rispetto all'intero sistema era già stata evidenziata in dottrina: v., tra altri, M. SPOTTA, *L'interesse del socio ad opporsi all'omologa del concordato fallimentare* (rectius *nella liquidazione giudiziale*): tra legge fallimentare e Codice della crisi, in *Fall.*, 2023, 41). Il Correttivo-ter è intervenuto anche sul punto onde eliminare tale possibile aporia proprio sostituendo il sintagma «alternative concretamente praticabili» con «prosecuzione della liquidazione giudiziale», la quale dunque torna, anche in tale settore, a rappresentare il punto di riferimento del *best-interest-of-creditors test*. Ciò però – nuovamente – con l'eccezione dei crediti tributari e previdenziali poiché la medesima norma introduce – in linea (pur con alcune distinzioni soggettive) con quanto previsto ex art. 88 CCII per il concordato liquidatorio – per questi una verifica di «maggiore convenienza».

¹⁷⁵ Non si menzionano in questa sede gli istituti sul sovraindebitamento, anche se, pure con riguardo a questi, le norme sembrano far riferimento al “trattamento non deteriore”. V., ad esempio, gli artt. 67, 70, 75, 80 CCII.

sioni all'interno dei singoli strumenti prescelti dall'imprenditore. Così, in particolare: l'art. 22, individua il «miglior soddisfacimento dei creditori» come parametro che il tribunale deve seguire, unitamente quello della continuità aziendale, per autorizzare, nel corso della composizione negoziata, la richiesta di finanza prededucibile e la cessione dell'azienda; l'art. 94, comma 3, in tema di autorizzazioni del giudice delegato al compimento di determinati atti (quelli di cui al comma 2 della medesima disposizione) nel concordato, prevede che queste possano essere concesse prima dell'omologazione se «l'atto è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori»; sempre l'art. 94, comma 6, prevede, per analoghe ragioni, la possibilità di derogare al principio di pubblicità ed alle procedure competitive, con riguardo all'alienazione, l'affitto di azienda o di rami di azienda e di specifici beni; gli artt. 99 e 100 impongono analoghe considerazioni con riguardo alla possibilità, rispettivamente, di contrarre finanza prededucibile prima dell'omologazione del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione ed effettuare il pagamento di debiti pregressi nel concordato in continuità; l'art. 123, comma 1, lett. f), nel determinare il poteri del giudice delegato, prevede che questi autorizza il curatore a stare in giudizio, quando è utile «per il miglior soddisfacimento dei creditori»¹⁷⁶.

In altre parole, all'esito dell'indagine sistematica illustrata, pare potersi dire che la *selezione tra strumenti e procedure* debba avvenire verificando che la scelta non pregiudichi i creditori rispetto alla liquidazione giudiziale (seguendo, quindi, il criterio del “trattamento non deteriore”), mentre il criterio del “miglior soddisfacimento” sembra essere relegato a guidare le diverse scelte o decisioni all'interno dello strumento prescelto.

Sembrano fare eccezione a questa impostazione, l'art. 23 comma 2-*bis*, CCII, introdotta dal Correttivo-*ter*, che ha introdotto la possibilità di addivenire ad una transazione avente ad oggetto debiti tributari in pendenza di composizione negoziata nonché alcune regole in tema di procedure di gruppo.

Quanto al primo, la predetta transazione è ammissibile, tra altro, alla condizione che la relazione di un professionista indipendente ne attesti la «convenienza» rispetto alla liquidazione giudiziale. Si tratta, invero, di una scelta apparentemente disarmonica, ma che potrebbe anche essere il risultato di un compromesso politico-normativo, posto che, fino al Correttivo-*ter*, non era possibile stipulare una transazione fiscale in sede di composizione negoziata, compromesso sfociato nella scelta di collocare tali accordi, vista la delicatezza della natura dei crediti oggetto di possibile rinuncia o transazione, per giunta, in un contesto prettamente stragiudiziale e privo di meccanismi di spossessamento, ancorché attenuato, come la composizione negoziata. Ciò, invero, parrebbe in linea con le previsioni relative agli accordi di ristrutturazione a carattere liquidatorio o del *cram down* fiscale a seguito di concordato liquidatorio o del concordato nella

¹⁷⁶ Stesso dicasi per la liquidazione controllata *ex art.* 274, comma 3, CCII.

liquidazione giudiziale, per cui è richiesta – come visto¹⁷⁷ – la più rigida verifica di «convenienza», mentre, invece, nelle ipotesi di accordi e di concordato in continuità, così come per il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, la verifica è nuovamente rispetto al “trattamento non deteriore” rispetto alla liquidazione giudiziale.

Rebus sic stantibus, si potrebbe osservare che, da un parte, il parametro in questione potrebbe aggiungersi agli elementi idonei a dimostrare (seppur indirettamente) l'ammissibilità di piani liquidatori in seno alla composizione negoziata (giustificando ulteriormente, quindi, la cautela del legislatore nel prevedere il giudizio di «convenienza» alla stregua di quanto avviene per gli strumenti liquidatori), dall'altra, potrebbe semplicemente introdurre un'eccezione per i debiti in questione (inidonea, però, a mio avviso, proprio perché speciale e specifica a stravolgere l'impostazione generale rispetto alle altre tipologie di crediti)¹⁷⁸.

Quanto alla seconda tipologia di possibili eccezioni (ossia le regole in tema di procedure di gruppo), l'art. 284, ai commi 4 e 5, menziona il «miglior soddisfacimento dei creditori» con riguardo alla scelta se presentare piani separati o un piano unitario di gruppo. Ma, a ben vedere, anche in tal caso, non si tratta di un raffronto tra procedure ontologicamente differenti, ma tra possibili scelte all'interno della medesima tipologia di procedura: tra, quindi, piani individuali o di gruppo. Sulla stessa linea si pongono le connesse previsioni, tra cui: l'art. 285, comma 2 con riguardo al parametro da seguire per valutare eventuali operazioni contrattuali o organizzative ipotizzate (in tal caso un professionista indipendente deve attestare che dette operazioni, tra altro, siano coerenti con «l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo»); l'art. 287, comma 1, CCII sulla convenienza di una liquidazione unitaria di gruppo.

Conseguentemente, sembra che il criterio di “convenienza” o del “miglior soddisfacimento” non sia (più) un parametro volto ad orientare l'imprenditore (invero, in termini di ammissibilità) nella scelta tra i diversi strumenti, bensì per assumere determinate decisioni all'interno di quelli già scelti. Il criterio – guida nella scelta tra i diversi strumenti o percorsi sembra dunque conclusivamente quello del “trattamento non deteriore”.

In questo consisterebbe quindi il *best-interest-of-creditors test* del (nuovo) CCII.

Pertanto, se questo è il parametro per selezionare i diversi *strumenti e procedure* esistenti, allora sembra ragionevole che lo stesso criterio debba guidare gli organi sociali nella scelta tra il *percorso* della composizione negoziata (salvo

¹⁷⁷ V. precedente nota 312 e cfr. artt. 63, 88 e 245 CCII.

¹⁷⁸ Ciò ovviamente a meno di non voler proporre un'interpretazione correttiva della norma (e costituzionalmente orientata, in termini di ragionevolezza, quantomeno ai sensi dell'art. 3 Cost.) per cui il riferimento dovrebbe essere, almeno nei casi diversi da piani liquidatori anche nella composizione negoziata, al “trattamento non deteriore” rispetto alla liquidazione giudiziale.

quanto visto per i crediti tributari) e tutti gli altri *strumenti e procedure*, posto che sarebbe irragionevole trattare diversamente tale ultima scelta rispetto a quella concernente i diversi strumenti e procedure diversi dalla composizione negoziata, specie ove si consideri, come sostenuto dall'opinione maggioritaria¹⁷⁹, la funzione di *early warning* della composizione negoziata e l'incentivo al suo utilizzo: l'effetto controintuitivo di tale opzione ermeneutica sarebbe evidente poiché il ricorso alla composizione negoziata si ridurrebbe, di contro, a casi di sola *pre-crisi*, in quanto a parità di presupposti (crisi o insolvenza), per gli organi sociali sarebbe più sicuro (in termini di responsabilità per la scelta dello strumento) optare per quegli strumenti (quindi tutti gli altri) che richiedono solo una verifica dell'"assenza di pregiudizio" o di "trattamento non deteriore".

Inoltre, non sembra evincersi alcuna norma (salvo quella speciale sui crediti tributari che, però, come visto, ove non si volesse seguire l'interpretazione correttiva proposta, sembra porsi su un piano di peculiarità, peraltro simile a quella dei medesimi crediti in altri strumenti) che preveda tale cambio di paradigma proprio per la scelta tra la composizione negoziata e gli altri strumenti.

Pertanto, sembra potersi concludere che il parametro per la scelta tra i diversi *strumenti, procedure o percorsi* (inclusa la composizione negoziata, salvo eventualmente che per i debiti tributari) sia rappresentato dal criterio dell'"assenza di pregiudizio" o del "trattamento non deteriore".

In tal senso, quindi, potrebbe coerentemente leggersi il già esaminato combinato disposto degli artt. 4, 16 e 21 CCII, alla luce del quale nei casi in cui l'imprenditore versi in uno stadio idoneo a determinare l'apertura della liquidazione giudiziale (e, quindi, di *insolvenza irreversibile* secondo le categorie già sopra esplorate), risulterebbe comunque possibile l'accesso alla composizione negoziata se e solo se sussistano, già a partire dal momento dell'istanza della nomina dell'esperto (poiché sarebbe ingiustificato un trattamento differenziato tra chi si trovi in tale stadio *ab origine* e chi lo si trovi successivamente), «concrete prospettive di risanamento» (art. 21 CCII) tali da non pregiudicare «ingiustamente» (secondo, quindi, il descritto parametro del "trattamento non deteriore") i loro interessi (art. 16, comma 4, CCII). Combinato disposto che, quindi, fungerebbe da risultato ermeneutico di chiusura del sistema¹⁸⁰.

Conseguentemente sembrerebbe possibile sostenere che la composizione negoziata sia compatibile con uno stadio di insolvenza non solo *reversibile* nel sen-

¹⁷⁹ V. par. 3.1.

¹⁸⁰ Si è così osservato, a commento della Direttiva *Insolvency*, che il principio andrebbe tradotto come "test di non pregiudizio", posto che parrebbe sufficiente che la soddisfazione dei creditori non sia inferiore – potendo perciò essere anche pari – a quella ritraibile nello scenario liquidatorio alternativo. Così espressamente P. VELLA, *La spinta innovativa dei quadri di ristrutturazione preventiva europei sull'istituto del concordato preventivo in continuità aziendale*, in *Diritto della crisi*, 18 febbraio 2022, 14 ss.

so condiviso dall'opinione maggioritaria, sopra esaminata, per cui l'impresa (in chiave di *risanamento oggettivo*) potrebbe conservare o recuperare, all'esito del percorso, la propria continuità ancorché indiretta, ma anche *irreversibile* o, meglio, "*relativamente irreversibile*", ove, cioè, mediante un giudizio prognostico da condursi *ex ante*¹⁸¹ e secondo ragionevolezza, sia prevedibile che all'esito della composizione negoziata, i creditori possano ricevere un trattamento non peggiore rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale¹⁸². Così ammettendo il ricorso ad una composizione negoziata finalizzata anche solo ad un *risanamento soggettivo puro*.

Detto altrimenti, sembra potersi concludere che sino a quando non vi sia "*insolvenza assolutamente irreversibile*" (che, quindi, non consente di effettuare positivamente quest'ultima valutazione prognostica), sussista una «*ragionevole prospettiva di risanamento*» ex art. 12 CCII. In tal senso, potrebbe, quindi, sostenersi la compatibilità della composizione negoziata con lo stato di imprese in liquidazione nonché, più, in generale, con piani meramente liquidatori, purché la valutazione prognostica indicata dia sempre un esito positivo (in termini – si ribadisce – di "trattamento non peggiore").

3.3. Conclusioni sul presupposto della composizione negoziata e spunti comparatistici

Tanto premesso, quindi, alla luce dell'interpretazione qui proposta del presupposto dell'art. 12 CCII e, quindi, del combinato disposto dei requisiti dello *squilibrio significativo* (le «condizioni di cui all'articolo 2, comma 1, lett. a) o b)» o «anche soltanto di squilibrio patrimoniale o economico finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza» dell'imprenditore) e del *ragionevole risanamento* (il ragionevole perseguimento del «risanamento dell'impresa»), sembra

¹⁸¹ Nel senso di un giudizio prognostico meramente negativo ovvero sia di assenza di manifesta irragionevolezza o inettitudine del piano v., recentemente Trib. Napoli, 12 luglio 2024, in *www.ilcaso.it*, nonché (anche se poi viene seguita la tesi della necessaria risanabilità oggettiva dell'impresa), Trib. Ravenna, 17 marzo 2023, Trib. Salerno, 7 febbraio 2023, entrambe reperibili su *www.ilcaso.it*, Trib. Lecco, 2 gennaio 2023, Trib. Viterbo, 14 febbraio 2022, entrambe in *Diritto della crisi*, Trib. Roma, 10 ottobre 2022, Trib. Bologna, 8 novembre 2022 entrambe reperibili su *www.ilcaso.it*.

Sulla compatibilità del *risanamento soggettivo puro* e, quindi, di piani liquidatori, v. nuovamente Trib. Perugia, 15 luglio 2024, cit. Sulla compatibilità della composizione negoziata con scarse probabilità di successo anche nei casi di insolvenza pressoché irreversibile v., pur con le cautele già segnalate, Trib. Ferrara, 13 giugno 2024, cit.

¹⁸² Con la precisazione che il punto di riferimento di questo secondo termine di paragone, potrebbe essere, viste talune nuove modifiche apportate dal Correttivo-ter, non l'esito della liquidazione giudiziale ma il momento del deposito della relativa domanda (il che rende il giudizio più severo) (v. ad esempio, modifiche agli artt. 61 e 64-bis CCII).

potersi affermare che il ricorso alla composizione negoziata sia consentito dal momento della *pre-crisi* sino a quello dell'*insolvenza reversibile* (ove si condividesse la tesi "*estensiva*", ad oggi maggioritaria, che ritiene compatibile con la composizione negoziata solo il *risanamento oggettivo*, ossia purché possa essere conservata la continuità aziendale ancorché indiretta¹⁸³) o sino a quello dell'*insolvenza relativamente irreversibile* (ove, invece, si seguisse la tesi da ultimo qui proposta c.d. "*super-estensiva moderata*" che ritiene compatibile la composizione negoziata anche con il *risanamento soggettivo* nei limiti del parametro del "trattamento non deteriore").

L'opzione ermeneutica proposta sembra ricevere anche il conforto comparatistico.

3.3.1. Un preliminare quadro di sintesi

La comparazione riveste, in questa sede, un certo rilievo posta non solo la nota vocazione transnazionale del diritto commerciale ma la comunanza dei principi europei sottesi agli istituti in esame e gli obiettivi di armonizzazione europea, tenuto in particolare conto del recepimento della Direttiva *Insolvency*¹⁸⁴.

Sicché qualsivoglia interpretazione, per essere ragionevolmente condivisibile, non potrebbe essere, a mio sommo avviso, completamente avulsa dal contesto comparatistico, in particolare europeo, ferme ovviamente le necessarie (e ovvie) differenze tra ordinamenti derivanti sia dalle relative tradizioni normative che da un non secondario margine di discrezionalità lasciato ai medesimi dalla stessa Unione europea¹⁸⁵.

¹⁸³ V. par. 3.2.1 del presente capitolo.

¹⁸⁴ Ad oggi la Direttiva *Insolvency* è stata recepita da pressoché tutti gli Stati membri, inclusi il Belgio, la Bulgaria e Cipro che avevano ricevuto le lettere di costituzione in mora dalla Commissione europea come da comunicazione di quest'ultima del 21 settembre 2022. Non risulta ad oggi invece adottata in Polonia. Ultima indagine del 26 novembre 2024 su <https://www.insol-europe.org/tracker-eu-directive-on-restructuring-and-insolvency>.

¹⁸⁵ Sul punto occorrono alcune precisazioni in relazione alla notoria complessità della comparazione in questo settore.

Da un lato, non può trascurarsi la nota gelosia che caratterizza gli Stati membri in tale materia derivante da aspetti storico-culturali difficilmente comprimibili e che determinano anche rilevanti differenze concettuali, dall'altro, occorre altresì fare i conti con l'origine dei nuovi istituti in esame e, segnatamente, quelli dell'attivazione precoce e del *fresh start* dell'imprenditore di origine americana. A tal proposito è noto che gli ordinamenti europei hanno a lungo incentrato le procedure concorsuali sull'incomprimibilità dei diritti dei creditori e sull'individuazione di meccanismi sanzionatori e moralizzanti dell'imprenditore, aspetti che sembrano permanere, in maniera atavica, in numerosi tratti dell'attuale disciplina. Mentre, infatti, la legislazione americana è improntata all'oggettiva *reorganization* (ovverosia alla ristrutturazione ed al recupero dell'impresa) sin dalla fine dell'Ottocento, in Europa i due noti tradizionali sistemi fonte di ispirazione delle riforme europee, quello francese e tedesco, sono stati maggiormente incentrati sul creditore e, solo in chiave san-

Così sia la tesi *estensiva* che quella *super-estensiva moderata* non solo appaiono in linea con lo spirito della Direttiva *Insolvency* (per le ragioni già sopra illustrate) e della precedente Raccomandazione della Commissione europea n. 135 del 12 marzo 2014¹⁸⁶, ma sembrerebbero coerenti anche con le scelte operate, in sede di recepimento della Direttiva *Insolvency*, da altri Stati membri e, segnatamente, dalle legislazioni francesi, belga, spagnola e portoghese.

Infatti, il presupposto principale perché la fase d'allerta francese e belga abbia inizio (e scattino, in particolare, i diversi doveri di segnalazione) è

zionatoria, sul debitore: in Francia, che muoveva dall'*Ordonnance du Commerce* del 1673 di Luigi XIV, rielaborata da Napoleone con il *Code de commerce* del 1808, pur rivisto in senso più liberare nel 1838, il sistema concorsuale era incentrato sul ruolo del *Tribunal de Commerce*, sulla tutela dei creditori in una prospettiva moralizzante e sanzionatoria verso l'imprenditore debitore che non dava spazio all'esdebitazione (come del resto era anche quello italiano essendo tale disciplina riprodotta nel relativo codice di commercio); in Germania, la *Konkursordnung* del 1877 – una delle quattro leggi emanate per unificare il diritto processuale del Secondo Impero Tedesco – era finalizzata all'uguale trattamento dei creditori ed alla salvaguardia della “pace” tra il debitore (imprenditore e non) ed i creditori e tra questi ultimi. Dopo alcune modifiche, resesi necessarie per l'entrata in vigore del nuovo BGB del 1896, essa venne abrogata a fine anni novanta con l'approvazione dell'odierno *Insolvenzordnung*, estraneo anch'esso all'atteggiamento liberale anglosassone in tema di esdebitazione.

Ciononostante l'Unione europea è alla costante ricerca di un'armonizzazione nel settore, fondamentale per gli obiettivi del mercato unico, come dimostrato, già prima della Direttiva *Insolvency*, ad esempio, dalla menzionata Raccomandazione della Commissione europea n. 135 del 12 marzo 2014 e dal Regolamento UE 848/2015. È oggi in discussione un'ulteriore proposta di direttiva sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto dell'insolvenza [*Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council harmonising certain aspects of insolvency law*, COM (2022) 702 final]. Sulla proposta, v. P. DE CESARI, *La Proposta di direttiva sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto dell'insolvenza, riflessi sul Codice della crisi*, in *Fall.*, 2023, 581 ss.; K. SILVESTRI, *La Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto dell'insolvenza*, in *Diritto della crisi*, 17 gennaio 2023; L. PANZANI, *Osservazioni ragionate sulla proposta di una nuova Direttiva di armonizzazione delle leggi sull'insolvenza*, in *Diritto della crisi*, 13 gennaio 2023.

¹⁸⁶ I cui obiettivi erano già quelli di: (i) garantire alle imprese sane in difficoltà l'accesso ad un percorso («un quadro nazionale in materia di insolvenza») che permettesse loro di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza, massimizzandone il valore totale per i creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale; (ii) assicurare una seconda opportunità in tutta l'Unione agli imprenditori onesti che falliscono. Il tutto in un quadro che in ogni caso considera il diritto di credito, quale espressione del diritto di proprietà, garantito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, come ricorda la stessa Raccomandazione al suo 19° *Considerando*.

Sul punto quindi, occorre evidenziare ancora una volta come lo spirito delle norme europee, che necessariamente devono permeare di sé i diritti nazionali, non sembrano prescindere dall'interesse dei creditori – e con esso, pertanto – dal *risanamento soggettivo*.

Se, pertanto, da una parte, debbano ritenersi fisiologiche le differenze tra ordinamenti, dall'altra, appare evidente il *fil rouge* europeo in materia che non sembra poter prescindere dal *risanamento soggettivo*. Il che pare rappresentare ulteriore elemento a sostegno non solo della tesi *estensiva* ma anche di quella *super-estensiva moderata* qui sostenuta.

l'esistenza, rispettivamente, di «*faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation*» e di una «*probabilité d'insolvabilité*», definita, questa come la «*situation dans laquelle la continuité des activités du débiteur est menacée à court ou moyen terme*». Mentre entrambi gli ordinamenti prevedono, come condizione di apertura delle rispettive procedure fallimentari (quindi, liquidatorie), che l'allerta deve evitare o, in certi casi, superare (si vedrà che il sistema belga non sembra ritenere incompatibile lo stato di fallito con la procedura¹⁸⁷ di allerta e quello francese ammette il ricorso a strumenti alternativi, quale sbocco alla procedura di allerta, in situazioni "limite"), rispettivamente, la situazione in cui il debitore sia «*en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible*» (la «*liquidation judiciaire*») e che «*cessé ses paiements de manière persistante et dont le crédit se trouve ébranlé*» (il «*failite*»).

In Spagna il presupposto per la fase dall'allerta, o per il c.d. «*Derecho pre-concursal*» è rappresentato, a chiare lettere, proprio dai tre stadi di squilibrio o di difficoltà rilevanti per il diritto concorsuale di tale ordinamento: la «*probabilidad de insolvencia*», la «*insolvencia inminente*» e la «*insolvencia actual*» con l'unica eccezione che, in tale ultimo caso, non sia stata già ammessa la trattazione per la procedura liquidatoria maggiore (il «*concurso*»).

In Portogallo il presupposto per accedere alla procedura negoziata del «*Processo Especial de Revitalização*» sembra apparentemente più limitato, poiché rappresentato da una «*situação económica difícil*» o dalla «*insolvência iminente*» ma non dalla «*insolvência atual*». Invero, come si vedrà, le definizioni di «*situação económica difícil*» e di «*insolvência iminente*» sembrano così ampie da potervi far confluire anche ipotesi che tradizionalmente potremmo inquadrare in una insolvenza reversibile (quantomeno da un punto di vista soggettivo) mentre la definizione di «*insolvência atual*» parrebbe, per la sua definitività, accostabile (anche se non del tutto sovrapponibile) a quella qui chiamata di *insolvenza irreversibile* (o, meglio, *assolutamente irreversibile*).

Esaminiamole con maggior dettaglio.

3.3.2. L'ordinamento francese

È, noto che, il diritto francese riveste particolare rilievo nella materia che ci occupa stante il particolare ascendente esercitato non solo sull'Italia, ma anche sulla stessa Unione europea¹⁸⁸.

¹⁸⁷ L'impiego del termine "procedura" è in questo paragrafo utilizzato in senso atecnico verendosi in ambito comparatistico.

¹⁸⁸ Si sostiene che la stessa già citata Raccomandazione n. 135 del 2014 sia stata ispirata dal diritto francese (così, ad esempio, F.X. LUCAS, R. DAMMANI, *Faut-il déjà réformer la réforme du 12 mars 2014?*, in *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, 1° marzo 2014, 143).

È parimenti noto, infatti, che sin dalla l. 1° marzo 1984, n. 84-148 l'ordinamento francese avesse già introdotto le procedure di allerta¹⁸⁹.

Queste si distinguono, ancora oggi, in interna (affidata ai soci ed al *comité social et économique*) ed esterna (affidata ai *commissaires aux comptes*, ai *groupements de prévention agréés* ed al *President du Tribunal de Commerce*).

La prima è attivabile in presenza di «fatti che possono incidere in modo preoccupante sulla situazione economica dell'impresa», da intendersi in maniera piuttosto ampia, tanto da includere tutte quelle circostanze suscettibili di avere ripercussioni sui livelli occupazionali¹⁹⁰.

La seconda può essere innescata:

(i) dai *groupements de prévention agréés* (G.P.A.) e dal *President du Tribunal de Commerce* in presenza di «indici di difficoltà», espressione idonea a raffigurare molteplici condizioni di squilibrio dai contorni indefiniti, la cui vaghezza permette di sostenere che la società, attraverso tale procedura, sia incentivata ad assumere misure correttive in un momento in cui non è ancora affetta da una situazione di crisi irreversibile¹⁹¹;

(ii) dai *commissaires aux comptes* ove ravvisino, nell'esercizio del loro ufficio, «*faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation*», formulazione volutamente elastica¹⁹², ispirata al *going concern* inglese¹⁹³, idonea ad includere svariate situazioni, tra cui la decadenza dalla titolarità di un brevetto, la perdita di figure chiave nell'organigramma aziendale¹⁹⁴ sino, secondo alcuni, alla c.d.

¹⁸⁹ Su cui v., per tutti, C. HOUIN-BRESSAND, M.H. MONSERIE-BON, C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, 2022, 85 ss., M.H. MONSERIE-BON, *Entreprises en difficulté. Détection des difficultés*, Paris, 2011, 27, D. VIDAL, *Droit de l'entreprise en difficulté*, Paris, 2009; M. JEANTIN, P. LE CANNU, *Droit commercial. Entreprises en difficulté*, Paris, 2006; D. KLING, *Le commissaire aux comptes et la prévention*, in *Rev. jurisp. com.*, 2001, 10; *Compagnie nationale des commissaires aux comptes Guide du commissaire aux comptes*, CNCC édition, giugno 2005, 6, 702, voce *Alerte*; J.F. BARBIERI, *L'amélioration de la prévention et la procédure d'alerte: le rôle des commissaires aux comptes*, in *Les Petites Affiches*, 1994, 110; E. DU PONTAVICE, *Le rôle nouveau du commissaire aux comptes, généralisation, alerte et statut, et l'alerte par le président du tribunal de commerce*, in *Rev. jurisp. com.*, 1986, 51.

¹⁹⁰ Così, Cass., 21 settembre 2016, n. 15-17658 reperibile su legifrance.gouv.fr.

¹⁹¹ In questo senso D. VIDAL, *Droit des procédures collectives*, Paris, 2006, 63.

¹⁹² L'orientamento è pressoché unanime sul punto: v., a titolo esemplificativo, P. DELEBECQUE, N. BINCTIN, L. ANDREU, *Effets de commerce et entreprises en difficulté*, in G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit des affaires*, IV, Issy-les-Moulineaux, 2018, 258. Ciò in contrasto con il progetto n. 974 del 1979 che, invece, prevedeva precisi segnali d'allarme (tra cui, ad esempio, la notifica di protesti, l'omesso pagamento delle imposte, il ritardo nel pagamento degli stipendi, la mancata convocazione dell'assemblea e la mancata approvazione del bilancio per voto contrario degli azionisti).

¹⁹³ G. CARMELLINO, *Le droit français des entreprises en difficulté e i rapporti con la nuova normativa europea*, in *Fall.*, 2015, 1062.

¹⁹⁴ V. la recente ricognizione comparatistica sul punto di R. RUSSO, *Collegio sindacale e impresa in crisi*, cit., 184 ss.

cessazione dei pagamenti¹⁹⁵ (che, come sopra anticipato, è il presupposto della procedura maggiore francese) purché, secondo un'ulteriore precisazione dottrinale, non si tratti di situazione irreversibile¹⁹⁶.

In tali casi i predetti soggetti possono chiedere chiarimenti all'organo amministrativo e la mancata o insufficiente risposta di questi o l'assunzione di decisioni che, in particolare, il *commissaire aux comptes* giudica inidonee, comporta la segnalazione da parte di questo al presidente del tribunale di commercio che può convocare gli amministratori per concordare misure idonee a risolvere la situazione di difficoltà¹⁹⁷.

Invero, l'attivazione dell'allerta può sfociare nei due percorsi del *mandat ad hoc* e della *conciliation* i quali offrono la possibilità di evitare o superare lo stadio della «cessazione dei pagamenti» (i.e., come noto, la sostanziale insolvenza francese) con l'assistenza di un professionista (il *mandataire ad hoc* o il *conciliateur*). Ciò, tuttavia, alla condizione che il debitore non si trovi in stato di insolvenza per più di quarantacinque giorni, posto che, in tal caso, ha l'obbligo di presentare alla cancelleria del tribunale di commercio una dichiarazione di cessazione dei pagamenti cui fa seguito normalmente l'apertura della procedura di *redressement judiciaire* (l'anticamera del fallimento francese) (art. 611-4 *Code de Commerce*).

Il che parrebbe, quindi, ulteriormente confortare, in chiave comparatistica, non solo la tesi *estensiva* ma anche quella *super-estensiva moderata* qui sostenuta, posto che anche in Francia la *procédure d'alerte* parrebbe compatibile non solo con stadi assimilabili alle nostra *pre-crisi* e *crisi* (come dimostra il riferimento elastico ai «*faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation*»), ma anche ad uno stadio assimilabile alla nostra *insolvenza reversibile* o *relativamente irreversibile* nei termini visti: solo la cessazione dei pagamenti è, infatti, presupposto, alla stregua della nostra insolvenza irreversibile¹⁹⁸, della procedura "fallimentare" francese e, come visto, se tale cessazione è pari o inferiore a quarantacinque giorni, risulta compatibile con alcuni scenari di possibile esito della procedura d'allerta. Segno che in questo periodo l'insolvenza francese è presuntivamente superabile e, quindi, per mutuare i termini sopra sostenuti "*relativamente irreversibile*".

¹⁹⁵ D. VIDAL, *Droit des sociétés*, Paris, 2010, 370.

¹⁹⁶ D. GIBIRLA, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, 2009, 54.

¹⁹⁷ Per un maggiore dettaglio v. *infra*, cap. II, par. 3.3.3.5.

¹⁹⁸ Non è qui utile divagare sulla distinzione del concetto di insolvenza da quello di cessazione dei pagamenti, essendo sufficiente, ai nostri fini, comparare il presupposto, per entrambi gli ordinamenti, per l'apertura della maggiore procedura concorsuale e considerare il minimo comun denominatore dato dalla relativa irreversibilità.

3.3.3. L'ordinamento belga

Il Belgio ha attuato la Direttiva *Insolvency* con l. 7 giugno 2023, in vigore dal 1° settembre 2023¹⁹⁹, che ha modificato il Libro XX del *Code de droit économique*²⁰⁰.

Anzitutto, viene introdotto un meccanismo di allerta attivabile con una segnalazione da parte non solo di creditori pubblici qualificati (tendenzialmente indirizzata alla cancelleria del tribunale competente), ma anche de (i) *l'expert-comptable externe*, (ii) *le comptable agréé externe*, (iii) *le comptable-fiscaliste agréé externe* e (iv) *le réviseur d'entreprises*» ove constatino, nel corso dell'esercizio relativo al loro incarico, fatti gravi e concordanti di una «*probabilité d'insolvabilité*». In tali casi dovranno procedere con una segnalazione scritta ed in maniera dettagliata al debitore o, ove esistente, all'organo amministrativo. Se entro un mese dalla data della comunicazione fatta al debitore, i predetti soggetti ritengono che i provvedimenti adottati non siano idonei ad assicurare la continuità dell'attività economica per un periodo minimo di dodici mesi, i revisori dovranno comunicare per iscritto i loro accertamenti al presidente del tribunale (art. XX.23 par. 3).

Per «*probabilité d'insolvabilité*» si intende la situazione in cui la continuità dell'attività del debitore è “minacciata” nel breve o nel medio periodo («*situation dans laquelle la continuité des activités du débiteur est menacée à court ou moyen terme*») (art. I.23 punto 29). Questa condizione consente l'avvio di un percorso stragiudiziale “precoce” (o preconcorsuale) – collocato nel titolo delle misure d'allerta – che potrebbe sfociare in un accordo con i creditori mediante le *Chambres des entreprises en difficulté*²⁰¹ con la possibile nomina di un esperto (oggi il *praticien de la réorganisation* che ha sostituito il precedente *praticien de la médiation*) (art. XX.29/1 e 29/2).

La definizione del presupposto in questione è obiettivamente generica e, da un lato, parrebbe persino più generica di quella prevista nel nostro CCII, dall'altro, parrebbe apparentemente escludere la lettura del termine “probabili-

¹⁹⁹ Reperibile sul sito ejustice.just.fgov.be.

²⁰⁰ Sulla riforma v. N. OUCHINSKY, *Aspects pratiques et réforme du droit de l'insolvabilité*, Anthemis, 2024 e per alcuni recenti commenti, F. GRIECO, *Gli strumenti di ristrutturazione del debito nel riformato codice della crisi belga*, in *Diritto della crisi*, 18 luglio 2024, 1 ss., P. DE CESARI, *La legge belga di recepimento della Dir. UE 2019/1023 sui quadri di ristrutturazione*, in *Fall.*, 2024, 6 ss., B. DE MOOR, M. CALLEBAUT, S. ONDERBEKE, *New insolvency law entered into force on 1 September 2023*, in *Osservatorio Internazionale Crisi di impresa – Fondazione Nazionale dei Commercialisti*, 9, 2023, 66 ss.

²⁰¹ Le Camere delle Imprese in difficoltà (“CID”), già istituite nel 2018, hanno la funzione di supportare le imprese al fine di prevenire il loro fallimento preservandone la continuità e, al contempo, tutelando i creditori. La l. 7 giugno 2023 ne ha ampliato il ruolo e le funzioni, avendo assunto il compito di monitorare e analizzare la situazione delle imprese in difficoltà per cercare di individuare i segnali forieri di sfociare in insolvenza e, conseguentemente, favorire il raggiungimento di un accordo con i creditori.

tà” in termini di “plausibilità”, come era sostenuto, nel nostro ordinamento, prima del Correttivo-ter dalla illustrata tesi *estensiva*. Ciò perché, in effetti, essa sembrerebbe identificare questo stadio “preliminare” (o precoce, da noi identificabile con la *pre-crisi*) con il rischio (prospettico) per la continuità aziendale (genericamente intesa) nel medio o breve periodo.

Invero, ad un più approfondito, ancorché necessariamente cauto (trattandosi di ordinamento straniero di giovane formazione) esame della normativa belga, più elementi sembrerebbero deporre per un’interpretazione che consenta di includere in tale definizione anche il “nostro” stadio di insolvenza, quantomeno, *reversibile*.

Infatti, da un punto di vista sistematico, il presupposto per l’apertura della procedura “fallimentare” belga (la quale, parimenti al nostro ordinamento, nella medesima prospettiva di attuazione della Direttiva *Insolvency*, dovrebbe rappresentare l’*extrema ratio*) parrebbe identificabile con la circostanza in cui il debitore «*a cessé ses paiements de manière persistante et dont le crédit se trouve ébranlé*» (art. XX.99) e, quindi, tradotto nelle categorie concettuali del nostro ordinamento, potrebbe tradursi in una situazione di *insolvenza irreversibile*.

Sicché, per l’ordinamento belga, non parrebbero sussistere stadi intermedi, rilevanti ai fini concorsuali, tra la predetta «*probabilité d’insolvabilité*» ed il presupposto del fallimento (la cessazione irreversibile dei pagamenti). Con la conseguenza che sembrerebbe potersi sostenere che il presupposto per il predetto percorso “precoce” (appunto la «*probabilité d’insolvabilité*») possa assorbire tutti quegli stadi che non determinino il fallimento e, quindi, anche quelli che nel nostro ordinamento potrebbero corrispondere alla *pre-crisi*, alla *crisi* e all’*insolvenza reversibile*.

Ci si potrebbe tuttavia spingere ancora oltre e ritenere che anche nell’ordinamento belga sia sostenibile la tesi *super-estensiva moderata*, pur declinata con i concetti “concorsuali” di tale ordinamento.

Ai sensi dell’art. XX.29, dettato proprio con riguardo al menzionato procedimento di risoluzione “precoce”, se dall’esame della situazione del debitore risulta che questi soddisfa le condizioni per il fallimento, la *Chambre des entreprises en difficulté* «può» – e non «deve» – (i) trasmettere («*peut communiquer*») il fascicolo al pubblico ministero o (ii) constatare provvisoriamente che ricorrano le condizioni per l’applicazione dell’art. XX.32 (che prevede alcune misure provvisorie in vista dell’eventuale apertura del fallimento) e trasmettere il fascicolo al presidente del tribunale. Con la conseguenza che, quindi, il percorso “precoce” preconcorsuale potrebbe comunque proseguire anche in caso di insolvenza.

Inoltre, esaminando la disciplina delle altre procedure e, segnatamente, la *réorganisation judiciaire* ed il *transfert sous autorité judiciaire*, parrebbe che le relative condizioni di accesso ricalchino, nella sostanza, la predetta nozione di

«*probabilité d'insolvabilité*»²⁰² ed anzi si precisa che: «*l'état de faillite du débiteur ne fait pas obstacle en soi à l'ouverture ou à la poursuite de la procédure de réorganisation judiciaire ou de transfert sous autorité judiciaire*» (art. XX.45). Sicché non parrebbe peregrino sostenere – visto che i due presupposti non potrebbero avere significati diversi all'interno del medesimo *corpus* normativo – che tale ultimo stato possa essere assorbito, quindi, in chiave congetturale, nella «*probabilité d'insolvabilité*»: d'altronde lo stato di “fallito” di certo rappresenta la plastica applicazione della più grande minaccia per la continuità dell'attività nel breve termine (per parafrasare il significato del presupposto per l'avvio del percorso stragiudiziale “precoce” belga).

A ben vedere, quindi, stante tale sovrapponibilità di presupposti, questa lettura potrebbe persino portare a ritenere compatibile con il predetto strumento di risoluzione “precoce” e preconcorsuale l'insolvenza *assolutamente irreversibile* alla stregua della sopra citata tesi “*super-estensiva radicale*”.

Tuttavia, tale ultima conclusione dovrebbe essere attentamente ponderata.

Ciò perché, in primo luogo, pare pur sempre aleggiare, seppur richiamato espressamente solo in una specifica ipotesi di *réorganisation judiciaire*, il *best-interest-of-creditors test* (ispirato, nonostante l'apparente diverso riferimento testuale, alla verifica di un trattamento non deteriore rispetto all'alternativa liquidatoria del fallimento)²⁰³.

Inoltre, nei casi della “*procédure d'accord amiable hors réorganisation judiciaire*”, finalizzata al raggiungimento di un accordo con uno o più creditori in vista della riorganizzazione di tutti o parte dei suoi beni o attività, il tribunale può rifiutare l'omologazione solo ove sia *evidente* che il debitore non abbia prospettive economiche valide o quando l'accordo possa pregiudicare i diritti dei terzi sui beni del debitore²⁰⁴.

Si consideri altresì che la norma nel dare, peraltro, rilievo al *risanamento soggettivo* (ulteriore elemento che offre quindi conforto comparatistico alle tesi sostenute nel presente lavoro), precisa che, per essere motivo ostativo all'omologa, l'assenza di prospettive economiche dovrebbe essere evidente, segno che la verifica andrebbe condotta in termini sintetici, ovverosia procedendo con l'omologa ove non vi sia una manifesta impossibilità di risanamento nei termini illustrati.

Conclusivamente, parrebbe che anche l'ordinamento belga ipotizzi una

²⁰² «*La procédure de réorganisation judiciaire ou de transfert sous autorité judiciaire est ouverte si la continuité du débiteur est menacée, à court ou moyen terme*» (art. XX.45 CDE).

²⁰³ Art. XX. 83/17, par. 1 n. 4: «*Lorsqu'il y a des créanciers dissidents, le plan de réorganisation satisfait au critère du meilleur intérêt des créanciers; il est satisfait au critère du meilleur intérêt des créanciers si aucun des créanciers dissidents n'est manifestement lésé par rapport à une situation au cours de laquelle une procédure normale de faillite aurait été suivie*».

²⁰⁴ «*Le juge refuse d'homologuer l'accord si le débiteur n'a manifestement pas de perspective de viabilité économique ou si l'accord ne peut manifestement pas être réalisé sans porter préjudice aux droits des tiers sur les actifs du débiteur*» (art. XX.38).

compatibilità tra i percorsi e le procedure di risoluzione della crisi (in senso lato) con tutti gli stadi a partire dalla *pre-crisi* sino all'*insolvenza* con l'unica accortezza di verificare pur sempre il *best-interest-of-creditors test* nei termini peraltro negativi di esclusione di scenari deteriori rispetto all'alternativa liquidatoria in sede di procedura "fallimentare".

Sicché più che un'aderenza alla tesi *super-estensiva radicale* parrebbe che, visto il *best-interest-of-creditors test*, nei termini del trattamento non peggiore, l'ordinamento belga si allinei alla tesi *super-estensiva moderata* qui sostenuta con riguardo al nostro ordinamento.

3.3.4. L'ordinamento spagnolo

L'ordinamento spagnolo, con la l. 5 settembre 2022, n. 16 in vigore dal 26 settembre 2022²⁰⁵, di attuazione della Direttiva *Insolvency*, ha modificato il precedente impianto normativo, già oggetto di diverse riforme²⁰⁶ sino al regio decreto legislativo 5 maggio 2020, n. 1 che aveva introdotto alcune modifiche ed abrogato il sistema concorsuale esistente dal 2003 (caratterizzato dalla *Ley organica para la reforma concursal* n. 8 del 2003 e della *Ley concursal* n. 22 del 2003).

Ciò che rileva ai nostri fini è, in primo luogo, il secondo libro della riforma (artt. 583-684) nel quale è stato introdotto il c.d. "*derecho preconcursal*". In tale contesto, imprenditori, professionisti, persone fisiche o giuridiche possono comunicare l'apertura di trattative con i creditori con effetti protettivi o richiedere direttamente l'approvazione di un piano di ristrutturazione. Più precisamente possono farlo al fine di addivenire ai *planes de restructuración* (nuovi strumenti, caratterizzati da elasticità e flessibilità, volti, in via preventiva, ad evitare o superare l'insolvenza) se il debitore si trova in fase di «*probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual*» (art. 583). Tre stadi, questi ultimi, ben chiari al legislatore spagnolo, tali per cui si ha: (i) *insolvenza attuale* quando il debitore non è in grado di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni esigibili, (ii) *insolvenza imminente*, quando questi non può adempiere puntualmente e regolarmente alle proprie obbligazioni nei tre mesi successivi al momento in cui viene a conoscenza o sarebbe dovuto venire a conoscenza dello stato di insolvenza, (iii) *probabilità di insolvenza*, allorquando il debitore prevede che non sarà in grado di far fronte alle obbligazioni che scadono nei successivi due anni (artt. 2 e 584).

La tesi *estensiva* sembra quindi trovare nuovamente chiaro conforto comparatistico anche nell'ordinamento spagnolo posto che si prevede la possibilità di

²⁰⁵ Ad eccezione delle disposizioni del Libro terzo, in vigore dal gennaio 2023. La legge è strutturata in quattro libri e contiene 755 articoli.

²⁰⁶ V., in particolare, la l. 10 ottobre 2011, n. 38, la l. 30 settembre 2014, n. 17, la l. 25 maggio 2015, n. 9, la l. 28 luglio 2015 n. 25 (per vero questa legge autonoma che aveva recepito il c.d. "nuovo inizio" o "*segunda oportunidad*").

accedere, nell'ambito del c.d. *Derecho preconcursal* (incentrato, analogamente alla nostra composizione negoziata, sulle trattative con i creditori), ai *planes de reestructuración*, in tutti e tre i predetti stadi di squilibrio illustrati, a partire dalla *probabilidad de insolvencia* sino all'*insolvencia actual*²⁰⁷ con l'unica eccezione che, in tale ultimo caso, non sia stata già ammessa la trattazione per la procedura maggiore del «concurso»: «[e]l deudor que se encuentre en estado de insolvencia actual podrá efectuar la comunicación a que se refiere el apartado anterior en tanto no se haya admitido a trámite solicitud de declaración de concurso necesario» (art. 585)²⁰⁸. Una volta emessa la comunicazione sull'esistenza di tali trattative ad opera del tribunale, la dichiarazione di fallimento è impedita nei tre mesi successivi, salvo la richiesta di proroghe (art. 610). Sicché, invero, la possibilità di accedere al percorso pre-concursuale anche nei casi di insolvencia attuale (presupposto del fallimento spagnolo, come visto) sembrerebbe addirittura confortare le tesi sopra illustrate *super-extensive*.

Tuttavia, anche in tal caso, riterrei nei limiti di quella «moderata». Infatti, l'art. 584 precisa che il debitore che si trovi nelle predette situazioni può comunicare al giudice competente l'esistenza di negoziazioni con i creditori o l'intenzione di iniziarla nell'immediato «para alcanzar un plan de reestructuración que permita superar la situación en que se encuentra»; stesso dicasi per la richiesta di omologazione dei *planes de reestructuración* ex art. 636²⁰⁹. Il che sembra-

²⁰⁷ Così, infatti, recita l'art. 584: «1. La comunicación de apertura de negociaciones o la homologación de un plan de reestructuración procederán cuando el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual. 2. Se considera que existe probabilidad de insolvencia cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que vengan en los próximos dos años».

²⁰⁸ Va peraltro rilevato che già nel vigore della Ley 1/2020 la giurisprudenza di merito spagnola aveva elaborato una nozione di «insolvencia» flessibile e non assoluta: essa non coincideva necessariamente con la c.d. «insolvencia irreversibile», identificandosi piuttosto con una situazione di incapacità, presente o prossima, di adempiere regolarmente. Così, ad esempio, A. P. Saragoza, 2 settembre 2016, n. 437 in *poderjudicial.es*; A.P. Saragoza, 4 febrero 2016, n. 46, *ivi*; A.P. Barcelona, 7 octubre 2015, n. 231, *ivi*; A.P. Barcelona, 22 mayo 2013, n. 211, inedita.

²⁰⁹ Invero, con riguardo ai due istituti preconcursuali della comunicazione e dei *planes de reestructuración*, il riferimento alla continuità aziendale spicca in diversi aspetti, oltre a quanto indicato nel testo: i) nel caso della documentazione che deve corredare la comunicazione al giudice competente dell'esistenza delle trattative, devono essere indicati i beni e i contratti necessari per la prosecuzione dell'attività (art. 586); ii) specularmente, tale aspetto viene in rilievo ove i creditori si oppongano alla comunicazione (la quale ha l'effetto di sospendere le esecuzioni forzate) potendo dimostrare che i beni su cui pende esecuzione non siano necessari per la prosecuzione dell'attività (art. 590); iii) nell'ambito degli effetti sui contratti, ove per quelli necessari alla prosecuzione dell'attività è previsto uno speciale regime di «protezione» della relativa stabilità (artt. 598-599-618-619). Tuttavia, questi elementi non sembrano necessari ai fini dell'ammissibilità della procedura (v., ad esempio, il tenore dell'art. 590, comma 2), al più per le misure protettive. Anzi l'art. 602 prevede espressamente la possibilità di estendere l'efficacia estensiva dell'effetto della sospensione dell'esecuzione forzata su tutti i beni e non solo su quelli necessari alla prosecuzione

rebbe deporre nel senso che, anche nell'ordinamento spagnolo, alla stregua di quanto qui sostenuto, sia possibile accedere ad uno strumento "preconcorsuale" non solo in tutti i tre predetti possibili stadi di squilibrio o difficoltà dell'impresa previsti dall'ordinamento, ma ciò alla condizione di poter evitare o superare lo stato di insolvenza in cui si trovano, così confermando la stretta necessità di considerare nel concetto di risanamento la dimensione anche *soggettiva*.

Così, ancor prima, anche la norma che disciplina le finalità dei *planes de restructuración* [*«Se considerarán planes de reestructuración los que tengan por objeto la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo y del pasivo del deudor, o de sus fondos propios, incluidas las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario, o una combinación de estos elementos»* (art. 614)] non prescinde dal *risanamento soggettivo* sebbene la continuità aziendale sia specificamente considerata²¹⁰ a partire dalla predisposizione del piano, come dimostra l'art. 633 che, menziona, tra altro, la necessità di prevedere le misure non solo finanziarie ma anche "operative" (che però non paiono poi essenziali nell'analisi dell'omologa *ex art. 650*, comma 2) e di esporre le condizioni necessarie per l'esito (positivo) del piano e le ragioni per le quali si ritiene di offrire con esso una *«perspectiva razonable de garantizar la viabilidad de la empresa, en el corto y medio plazo, y evitar el concurso del deudor»*. Aspetto, quest'ultimo (richiamato anche ai fini dell'omologazione e della sua impugnazione *ex artt. 638-654*²¹¹) che, ancora una volta, sembra focalizzare l'attenzione, quanto all'obiettivo minimo, di un risanamento che, ancorché finalizzato al recupero *oggettivo* dell'impresa, non prescinde da quello *soggettivo*, dovendosi evitare il fallimento del debitore. Anzi, sembra possibile sostenere che la locuzione *«viabilidad de la empresa, en el corto y medio plazo»* possa riferirsi anche solo – come visto anche nel nostro ordinamento, secondo la tesi proposta in questo lavoro – alla sostenibilità del debito.

Sicché si potrebbe sostenere che, con questo strumento si dovrebbe:

(i) evitare l'insolvenza e, quindi, garantire la sostenibilità del debito nel medio periodo nei casi di probabilità di insolvenza;

dell'attività quando più genericamente risulti *«necesario para asegurar el buen fin de las negociaciones»*.

²¹⁰ A parte nel preambolo, in maniera espressa.

²¹¹ Che a sua volta, come si vedrà subito, sembra contenere numerose tracce del *best-interest-of-creditors test* nei termini anch'essi qui sostenuti: *«Se considerará que el plan no supera esta prueba cuando sus créditos se vean perjudicados por el plan de reestructuración en comparación con su situación en caso de liquidación concursal de los bienes del deudor, individualmente o como unidad productiva. A los efectos de comprobar la satisfacción de esta prueba, se comparará el valor de lo que reciban conforme al plan de reestructuración con el valor de lo que pueda razonablemente presumirse que hubiesen recibido en caso de liquidación concursal. Para calcular este último valor, se considerará que el pago de la cuota de liquidación tiene lugar a los dos años de la formalización del plan»*.

- (ii) evitare l'insolvenza e, quindi, garantire la sostenibilità nel breve periodo nel caso di insolvenza imminente;
- (iii) superare l'insolvenza garantendo la medesima sostenibilità nel caso di insolvenza reversibile;
- (iv) evitare il fallimento nell'immediato ove il debitore si trovi in stadio di insolvenza attuale (e, quindi, irreversibile).

In tale ultimo caso, quindi, l'insolvenza attuale (e, quindi, facendo un parallelismo con le nostre tesi, l'insolvenza irreversibile) potrebbe ritenersi compatibile con la procedura in questione solo ove superi, nuovamente, il *best-interest-of-creditors test* nei termini negativi già sostenuti e, invero, espressamente evocato anche, ad esempio, dal citato art. 654 (ed implicitamente dall'obiettivo stesso di evitare il fallimento). Con la conseguenza che per questa via, anche per l'ordinamento spagnolo, sembrerebbe possibile ipotizzare un piano di ristrutturazione anche solo *soggettivo* e quindi meramente liquidatorio purché possa consentire di evitare la procedura maggiore spagnola, superando, pertanto, il *best-interest-of-creditors test*.

Conclusione che, quindi, avvicina anche l'ordinamento spagnolo alla tesi *super-extensiva moderata* dell'*insolvenza relativamente irreversibile* qui sostenuta.

3.3.5. L'ordinamento portoghese

Infine, pare opportuno ancora menzionare il diritto portoghese in quanto, già prima dell'attuazione della Direttiva *Insolvency*, come posto recentemente in luce in uno studio avente ad oggetto proprio i doveri dell'organo di controllo nel contesto della crisi²¹², prevedeva anch'esso già un procedimento stragiudiziale "precoco" di composizione della crisi.

In particolare, una società debitrice poteva intraprendere trattative con i creditori, attraverso il c.d. "*Processo Especial de Revitalização*", in presenza di una situazione di (i) «*insolvência iminente*» o, meglio, «*meramente iminente*» (definita da dottrina e giurisprudenza come probabile insufficienza, a breve, di liquidità per soddisfare le passività)²¹³ o di (ii) «*situação económica difícil*» (ossia, di serie difficoltà ad adempiere le obbligazioni alla scadenza per mancanza di liquidità o per l'impossibilità di accedere al credito)²¹⁴.

La *Lei* 11 giugno 2022 n. 9, nel recepire la Direttiva *Insolvency*, ha modificato il *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas*, ma pare aver lasciato invariati, nella sostanza, i predetti aspetti. Ed anzi l'art. 1 espressamente fa rife-

²¹² R. RUSSO, *Collegio sindacale e impresa in crisi*, cit., 166 ss.

²¹³ Così, ad esempio, Trib. Relação de Lisboa, 25 giugno 2009, su *dgsi.pt*. e in dottrina C. SERA, *O Processo Especial de revitalização na jurisprudência*, Coimbra, 2016, 20.

²¹⁴ Ai sensi degli allora artt. 17-A, 17-D, *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas – CIRE*.

rimento alle situazioni illustrate, poiché prevede che le imprese in «*situação económica difícil, ou em situação de insolvência meramente iminente*» possono «*requerer ao tribunal a instauração de processo especial de revitalização, de acordo com o previsto nos artigos 17.º-A a 17.º-I*». Più nel dettaglio, l'art. 17-B recepisce la definizione giurisprudenziale appena illustrata di «*situação económica difícil*» (ovvero di una «*empresa que enfrentar dificuldade séria para cumprir pontualmente as suas obrigações, designadamente por ter falta de liquidez ou por não conseguir obter crédito*») e l'art. 17-A richiama, ai fini dell'accesso alla menzionata «procedura negoziata», proprio le condizioni di «*situação económica difícil*» e di «*situação de insolvência meramente iminente*» purché l'impresa sia «*suscetível de recuperação*» e non sia «*em situação de insolvência atual, à luz dos critérios previstos no artigo 3º*», a mente del quale «*[é] considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas*».

Il combinato disposto delle norme in esame sembra confortare, quindi, sul piano comparatistico, quantomeno la («nostra») esaminata tesi *estensiva* del presupposto della composizione negoziata, potendo il debitore accedere alla procedura preconcorsuale a partire dalla «*situação económica difícil*» (che potrebbe essere paragonata alla nostra *pre-crisi*) sino alla «*situação de insolvência meramente iminente*» (che appare nozione più ampia della nostra *crisi* analoga all'*insolvenza prospettica*, purché *reversibile*: «*suscetível de recuperação*»)²¹⁵.

4. Il presupposto della segnalazione ex art. 25-octies CCII e le valutazioni dell'organo di controllo

4.1. La tesi del «presupposto cangiante»

Tanto premesso sul presupposto della composizione negoziata, è ora opportuno delineare conclusivamente quello della segnalazione.

Come detto in apertura del presente capitolo, la precisa perimetrazione del presupposto per accedere alla composizione negoziata delineato all'art. 12 CCII risulta coordinata fondamentale per tracciare i contorni di quello della segnalazione dell'organo di controllo che su di esso è imperniato ex art. 25-octies CCII.

²¹⁵ Per vero anche in tal caso sembrerebbe potersi ritenere compatibile con l'ordinamento portoghese, pur in maniera meno evidente degli altri precedentemente illustrati, anche la tesi *superestintiva moderata*, posto sia il riferimento alle ipotesi di insolvenza (ancorché imminente ma) suscettibile di «*recuperação*» che l'ordinamento portoghese non sembra limitare a quello meramente oggettivo sia la portata della nozione di insolvenza «*atual*» che sembra alludere ad ipotesi di incapacità di adempiere («*impossibilitado de cumprir*»), persino più definitive della nostra insolvenza irreversibile.

Infatti, sia prima del Correttivo-ter che, ancor più marcatamente, successivamente ad esso, il presupposto della segnalazione appare a struttura composita.

Tuttavia, prima di delineare il contenuto del presupposto della segnalazione, appare ancora necessaria una premessa, tenuto conto della forte componente valutativa se non discrezionale richiesta dall'individuazione del presupposto per accedere alla composizione negoziata che, invero, mal si concilia con i poteri-doveri dell'organo di controllo, specie ove il risanamento dipenda da (eventuali)²¹⁶ misure industriali o, più in generale, imprenditoriali. In altre parole, non sembra possibile prescindere dalla considerazione per cui la valutazione se accedere o meno alla composizione negoziata richiede inevitabilmente la conoscenza di dati e aspetti che normalmente non sono disponibili agli organi di controllo e, più in generale, impone una valutazione prospettica imprenditoriale che di certo non compete a tale organo.

Conseguentemente riterrei essenziale, onde proporre una lettura del presupposto della segnalazione sistematicamente e teleologicamente coerente con i diversi poteri, doveri, responsabilità e competenze che caratterizzano ciascuno degli organi sociali coinvolti nella dialettica in esame (o, come si è visto e meglio si affronterà oltre, nel "*procedimento segnalatorio*"), distinguere nettamente il significato, in termini di contenuto e connesse valutazioni, del presupposto della segnalazione da quello dell'*accesso*, in senso stretto, alla composizione negoziata, per quanto entrambi facciano riferimento, in ultima analisi, ai medesimi concetti sostanziali.

In altri termini, proporrei di distinguere il significato dei requisiti del "*squilibrio significativo*" e del "*ragionevole risanamento*", che compongono, come visto, il presupposto della composizione negoziata a seconda che ci si ponga nella prospettiva dell'organo di controllo, ossia dell'adempimento al dovere di segnalazione, o in quella dell'organo amministrativo e quindi della decisione effettiva se accedere o meno al percorso di composizione negoziata.

Ciò in quanto se è vero che il riferimento ultimo è pur sempre il presupposto della composizione negoziata e, quindi, i predetti due requisiti, è altrettanto vero che esso dovrebbe subire la necessaria declinazione della sua funzionalizzazione all'adempimento per il quale è stato previsto.

Sicché delle due l'una: o si ritiene che tale presupposto si sdoppi, sorgendo così, in sostanza, due diversi presupposti a seconda della decisione di procedere con la segnalazione o di accedere alla composizione, oppure si sostiene che si tratti dello stesso presupposto solo diversamente declinato e che sia dunque "cangiante".

Quale che sia la scelta, presumibilmente il risultato ermeneutico non cambierà, potendosi forse preferire, vista l'intima connessione dei due istituti (accesso

²¹⁶ Sul perché si parla di iniziative industriali "eventuali" v. *supra* a proposito della tesi qui sostenuta dell'ammissibilità di piani meramente liquidatori nella composizione negoziata.

alla composizione negoziata e segnalazione *ex art. 25-octies* CCII) la tesi del “*presupposto cangiante*”, in quanto più coerente con l’essere, in sostanza, un medesimo presupposto sostanziale con una sola differente soglia di approfondimento e rilevazione tra organo di controllo (che ha il dovere di segnalare la sussistenza dei presupposti per accedere allo strumento) e organo amministrativo (al quale spetta l’effettiva decisione se accedervi o meno).

Così, appare non solo opportuno, ma anche necessario distinguere il significato che il presupposto può assumere a seconda che lo si consideri nella prospettiva dell’organo di controllo (tenendo peraltro presente le specifiche caratteristiche di questo a seconda dei tipi societari e dei sistemi di *governance* prescelti)²¹⁷, onde scegliere se effettuare o meno la segnalazione *ex art. 25-octies* CCII, o in quella dell’organo gestorio, ai fini della decisione effettiva di richiedere al segretario della Camera di Commercio la nomina dell’esperto (e, quindi, di accedere alla composizione negoziata): la prima ha, infatti, una funzione di allerta e di adempimento ad uno specifico obbligo, la seconda attiene, invece, al merito dell’attività gestoria e, conseguentemente, appare connotata da un maggior ambito di discrezionalità rispetto alla prima²¹⁸. Anzi potrebbe pure dirsi che, pur in presenza dei presupposti, per quanto l’organo amministrativo abbia, in caso di crisi o insolvenza, il dovere di attivarsi (arg. *ex art. 2086 c.c.*), non abbia alcun obbligo di ricorrere specificamente alla composizione negoziata, essendo istituito pacificamente volontaristico (lo stesso art. 12 CCII recita che l’imprenditore «può» procedere con la richiesta di nomina), mentre la segnalazione appare connotata da un contenuto più specifico e vincolato e, come si avrà modo di vedere, valutativo ma non del tutto discrezionale, rappresentando anzitutto un obbligo²¹⁹.

²¹⁷ Come si vedrà nella parte II del presente lavoro, occorre distinguere, infatti, anche a seconda che la funzione di controllo sia svolta dal collegio sindacale, dal consiglio di sorveglianza, dal comitato per il controllo sulla gestione o dal revisore di s.r.l. e più in generale nei casi in cui l’organo di controllo operi in un contesto di gruppo. Tuttavia, a differenza della distinzione tra i diversi organi, quella tra organo di società monade e di società operante in un gruppo, non attiene alla natura della valutazione, ma alla sua estensione. In particolare, come si avrà modo di approfondire, un conto è distinguere la valutazione richiesta all’organo amministrativo (e, per certi versi, al comitato per il controllo sulla gestione e al consiglio di sorveglianza ove dotato di poteri di “alta amministrazione”) da quella richiesta all’organo di controllo – la prima più approfondita e spiccatamente di merito, la seconda di tipo sintetico e limitata alla mera allerta (come si sta cercando di dimostrare nel testo) – un altro è distinguere la valutazione richiesta all’organo di controllo di società monade da quella dell’organo di controllo di una società operante in un gruppo: in quest’ultimo caso si tratterà sempre di controllo sintetico e non di merito pur avente un oggetto più esteso e parzialmente differente.

²¹⁸ D’altronde è lo stesso CCII, ai fini che ci occupano, a segnare questo confine di competenza ove stabilisce che è l’imprenditore (e, quindi, l’organo amministrativo e non certo quello di controllo) a dover predisporre il progetto di piano di risanamento e la relazione sull’attività in concreto esercitata recante il piano finanziario per i successivi sei mesi e sulle iniziative che intende adottare [art. 17, comma 3, lett. b), CCII].

²¹⁹ E, per certi versi, come si proporrà, di onere.

Conseguentemente sembra ragionevole ritenere che il presupposto abbia connotati diversi – pur tra loro coerenti – a seconda della funzione cui esso è preordinato e, quindi: (i) una peculiare declinazione ai fini della segnalazione, (ii) un'altra ai fini dell'effettiva decisione di ricorrere alla composizione negoziata.

Non si intende, pertanto, ipotizzare un diverso significato ontologico del presupposto a seconda dell'angolo visuale (del gestore o del controllore), bensì una diversa soglia di sua rilevazione: sintetica, nei termini più oltre esaminati, da parte dell'organo di controllo (posto che la segnalazione ha funzione di allerta e di adempimento ad uno specifico obbligo di legge, rimettendo poi all'organo gestorio la scelta se accedere o meno alla composizione, pur mantenendo un controllo sul relativo riscontro); analitica e discrezionale, da parte dell'organo amministrativo, ai fini della scelta definitiva se accedere o meno a tale strumento o ad altri.

Quanto precede, quindi, delinea i contorni di quella che definirei la tesi del “*presupposto cangiante*” e che dovrebbe rappresentare il prisma attraverso il quale esaminare l'assolvimento di tale compito da parte degli organi di controllo. Preferendo, quindi, declinare tale compito estendendolo anche ad una valutazione sull'elemento del *ragionevole risanamento* piuttosto che confinarlo alla mera valutazione del solo primo dei requisiti del presupposto, lo *squilibrio significativo*.

In questo modo l'organo dovrebbe effettuare una segnalazione consapevole, a valle di una valutazione che coinvolga entrambi i requisiti del presupposto, ma declinando tale dovere valutativo tenendo conto della funzione, dei poteri e della responsabilità dell'organo di controllo e del tipo stesso di organo di controllo.

Parzialmente in questa direzione (nel senso di distinguere sul punto la posizione dell'organo di controllo da quello dell'organo amministrativo) parrebbe essersi mosso il Correttivo-ter laddove sembra aver seguito l'idea di distinguere il significato del presupposto della segnalazione da quello dell'accesso alla composizione negoziata, pur con un tenore letterale discutibile. Ad una prima lettura, infatti, parrebbe aver appiattito le valutazioni dell'organo di controllo sul primo dei due requisiti (lo *squilibrio significativo*²²⁰) escludendo così qualsivoglia valutazione al secondo (il *ragionevole risanamento*), in questo modo allineandosi alla posizione già espressa nel dicembre 2023 dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli esperti Contabili con la Norma di comportamento del collegio sindacale di società non quotate n. 11.3. Ai sensi di quest'ultima, confermata anche nella versione del dicembre 2024, pare essere stato escluso un vaglio dell'organo di controllo proprio sul *ragionevole risanamento*, essendo previsto il dovere di segnalazione una volta rilevata – soltanto – «l'esi-

²²⁰ Peraltro facendo esclusivamente riferimento agli stadi della *crisi* e dell'*insolvenza*. Come si vedrà, la *pre-crisi*, invece, dovrebbe essere evocata dal secondo comma dell'art. 25-octies CCII (v. capitolo successivo e, più precisamente, il relativo par. 5).

stenza di condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza della società, lo segnala...»).

Riterrei, la lettura non pienamente condivisibile. Ad un più attento esame, infatti, l'art. 25-octies CCII pare richiedere la segnalazione degli stadi di «crisi» e «insolvenza» non in ogni caso, ma proprio soltanto di quelli rilevanti «per la presentazione dell'istanza» di nomina dell'esperto. Quindi, si potrebbe sostenere che la segnalazione dovrebbe avvenire non in tutti i casi di rilevata «crisi» o «insolvenza» ma solo di quelli che consentano di ricorrere alla composizione negoziata e, dunque, solo ove vi sia anche il *ragionevole risanamento*. Il che sarebbe anche teleologicamente coerente con una consapevole ed effettiva segnalazione ed attivazione di un «*procedimento segnalatorio*» e, quindi, di un dialogo efficace per la ricerca del connesso percorso o strumento più opportuno per superare lo stadio che ha originato la segnalazione stessa²²¹.

²²¹ Invero, il tenore dell'art. 25-octies CCII, successivo al Correttivo-ter, si potrebbe prestare ad almeno tre interpretazioni.

Come sintetizzato nel testo, secondo una prima interpretazione, si potrebbe sostenere che l'organo di controllo (e il revisore) devono procedere alla segnalazione solo nei casi di crisi o di insolvenza poiché sarebbero le uniche nozioni richiamate espressamente dalla norma, così eliminando la rilevanza, a tal fine, della *pre-crisi*, nonché qualsivoglia valutazione dell'organo di controllo sulla *ragionevolezza del risanamento*, consentendo, quindi, la segnalazione anche nei casi di insolvenza irreversibile. Tale lettura non convince, invero, nemmeno da un punto di vista letterale poiché le due nozioni di crisi e insolvenza, come detto nel testo, non sembrano richiamate in quanto tali ma in quanto presupposti «per la presentazione dell'istanza di cui all'articolo 17».

Secondo altra lettura, che, dunque, valorizzerebbe, anzitutto, quest'ultimo aspetto, si potrebbe ritenere che l'organo di controllo debba effettuare la segnalazione ove rilevi quello stadio di «crisi» o di «insolvenza» che legittimi il ricorso alla composizione negoziata e, quindi, sempreché vi sia *ragionevole risanamento*. Fermo quanto si vedrà oltre su quest'ultimo requisito e, più precisamente, sui limiti della relativa valutazione da parte dell'organo di controllo e del revisore (in base all'accennata tesi del *presupposto cangiante*), anche questa tesi, per quanto più fedele al tenore letterale, non può fare a meno di rendere irrilevante, ai fini della segnalazione, la *pre-crisi*, effettivamente non contemplata dal primo comma dell'art. 25-octies CCII. Con la conseguenza che l'organo di controllo ed il revisore dovrebbero effettuare la segnalazione solo nei casi di *crisi* o *insolvenza* purché *reversibile*. La *pre-crisi* sarà così irrilevante, non per ricorrere alla composizione negoziata (poiché pare espressamente contemplata dall'art. 12 CCII), ma ai fini dell'obbligo di segnalazione. Così sgravando l'organo di controllo (ed il revisore) dal dovere di segnalare e rilevare, in sostanza, lo stadio della *pre-crisi*. Il che se, da un lato, si comprende in ottica di non inasprire eccessivamente la posizione dell'organo di controllo nel rilevare e segnalare uno stadio così anticipatorio e dai confini incerti, dall'altro, sembra scontrarsi, teleologicamente, con l'*early warning* quale principio cardine del codice della crisi e della Direttiva *Insolvency*.

Pertanto è sulla scorta di tali perplessità che si potrebbe proporre (come si vedrà oltre) una terza tesi che consideri i due commi in maniera nettamente tra loro separata, sostenendo che la *pre-crisi* sia contemplata non nel primo comma bensì nel secondo e, segnatamente, all'interno del concetto di «tempestività» della segnalazione.

Per giungere ad una tale lettura, occorrerebbe, quindi, distinguere il primo comma, che disciplinerebbe così il «dovere» di segnalazione dell'organo, dal secondo, che, invece, introdurrebbe un «onere» ai fini (ora espressi con il Correttivo-ter) dell'«attenuazione o esclusione di responsabilità». In altre parole, come si vedrà meglio nell'apposito punto di questo lavoro dedicato al mec-

In questo modo quindi la segnalazione dei predetti stadi (escluso, però, perché non espressamente richiamato dal comma 1 dell'art. 25-*octies* CCII – ma si vedrà oltre come ricomporre il quadro – quello della *pre-crisi*²²²) dovrebbe avvenire solo in presenza anche del *ragionevole risanamento* ma alla luce di una valutazione che dovrebbe essere svolta alla luce della tesi, appena illustrata, del *presupposto cangiante*²²³.

Sicché è ora opportuno scendere nel dettaglio di tale valutazione. Dovendo, dapprima, esaminare i parametri valutativi che connotano la scelta dell'organo amministrativo se accedere o meno alla composizione negoziata, per poi individuare quelli propri dell'organo di controllo ai fini della segnalazione tenuto conto, appunto, della tesi del *presupposto cangiante*.

4.2. Le valutazioni dell'organo gestorio

È discusso se, ferma l'esistenza di un obbligo specifico, in capo all'organo

canismo premiale di responsabilità (v. cap. successivo, par. 5), in linea con l'essenza dell'istituto e, in particolare, col suo carattere volontario, fino a sessanta giorni dalla percezione della «crisi» [l'art. 25-*octies*fa riferimento, in tal caso, solo all'art. 2, comma 1, lett. a)] e, quindi, anche prima, purché si resti nei presupposti dell'art. 12 CCII, non solo l'omessa segnalazione non rappresenterebbe una violazione di alcun obbligo, ma la sua effettuazione potrebbe consentire all'organo di controllo di beneficiare dell'esclusione o dell'attenuazione da responsabilità prevista dal secondo comma.

Questa interpretazione, che, quindi, sostanzialmente, incentiva la segnalazione della *pre-crisi*, senza responsabilizzarne l'omissione (sino a sessanta giorni dalla conoscenza dello stadio della «crisi»), appare, a mio avviso, un ragionevole compromesso tra i diversi argomenti descritti di tipo teleologico, sistematico e letterale.

²²² V. per un'anticipazione di tale tesi la nota che precede, pur contrastata, come si vedrà, quantomeno apparentemente, dal tenore della Relazione Illustrativa.

²²³ E conseguentemente dovrebbe essere così interpretata la Norma di comportamento del Collegio sindacale menzionata. Ciò, peraltro, tenuto conto del relativo valore in chiave ricostruttiva delle responsabilità. Sul ruolo rilevante di tali norme quantomeno come parametro di diligenza v., per tutti, V. RUGGIERO, *La responsabilità del collegio sindacale per omessa vigilanza anche in relazione alle "norme di comportamento" del consiglio nazionale dei dottori commercialisti*, in *Dir. fall.*, 2015, 424 ss., il quale espressamente sostiene che «[u]n utile supporto al fine dell'indagine che ci occupa può essere fornito, a parere di chi scrive, dalla valutazione di eventuali "indicazioni" in ordine ai corretti e diligenti comportamenti da adottare che siano fornite alla figura del "sindaco-professionista" proprio dall'ordine professionale di appartenenza che tiene l'albo cui questi è iscritto. In altre parole, un corretto ed equilibrato parametro di valutazione della diligenza, ma soprattutto della professionalità richiesta ai sindaci di società di capitali può e deve essere misurato – quantomeno – in termini di coerenza dell'operato dell'organo di controllo rispetto alle "linee guida" comportamentali redatte a tal fine dallo stesso Consiglio Nazionale dell'Ordine professionale d'appartenenza, che assurgono, quindi, a valido criterio di riferimento ai fini della ponderata stima del grado di diligenza richiesta nell'espletamento dell'incarico e della conseguente responsabilità omissiva del collegio sindacale che a tali regole si sia sottratto» (p. 435).

amministrativo²²⁴, non solo di strutturare la società con assetti adeguati alla rilevazione della crisi ma anche di attivazione per il superamento di essa (poiché lo afferma a chiare lettere l'art. 2086 c.c.), l'individuazione e la scelta del tipo di strumento per il superamento della crisi e dell'insolvenza rientri in un obbligo a contenuto generico o in uno a contenuto specifico. Il quesito risponde alla necessità di verificare se alla scelta in questione sia o meno applicabile la *business judgment rule* che, come noto, opera soltanto per gli obblighi a contenuto generico²²⁵.

²²⁴ Non appare utile in questa sede affrontare la distinzione tra organi delegati e deleganti essendo sufficiente considerare i doveri dell'organo gestorio onde raffrontarli con quelli dell'organo di controllo.

²²⁵ La letteratura in tema di *business judgment rule* è copiosa. V., per tutti, in particolare con riguardo ai temi qui esplorati: G. MEO, "Business Judgment Rule" e crisi, in *Riv. soc.*, 2024, I, 576 ss.; G. D'ATTORRE, *Scelta dello strumento di gestione della crisi e business judgment rule*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2023, 152; V. CALANDRA BONAURA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 11 ss.; E. BARCELLONA, *Business Judgment Rule e interesse sociale nella «crisi»*, Milano, 2020; M. CIAN, *Crisi dell'impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati e il loro impatto*, cit., 1166; P. MONTALENTI, *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 62; M.S. SPOLIDORO, *Procedure d'allerta, poteri individuali degli amministratori non delegati e altre considerazioni sulla composizione anticipata della crisi*, in *Riv. soc.*, 2018, 175 ss.; S. AMBROSINI, *Doveri degli amministratori di S.p.A., Business Judgment rule e azioni di responsabilità alla luce del codice della crisi*, in *Tratt. soc. Donativi*, II, Torino, 2023, 2082; SPIOTTA, SPIOTTA, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, Milano, 2017; G. MOLLO, *La "Business Judgment Rule" tra tenuta giurisprudenziale e vantaggi di una cornice normativa per l'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. impr.*, 2017, 133; A. NIGRO, "Principio" di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di S.p.A., in *Giur. comm.*, 2013, I, 457; D. SEMEGHINI, *Il dibattito statunitense sulla business judgment rule: spunti per una rivisitazione del tema*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, 208; D. CESIANO, *L'applicazione della "Business Judgment Rule" nella giurisprudenza italiana*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 941; C. ANGELICI, *Interesse sociale e "business judgement rule"*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, 573; ID., *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 675; F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013, 115; ID., *Gli amministratori di S.p.A. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 183; ID., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, 61; ID., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 166; M. CORDOPATRI, *La business judgement rule in Italia e il privilegio amministrativo: recenti correttivi negli USA e in Europa*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 129; R. RORDORF, *La responsabilità civile degli amministratori di S.p.A. sotto la lente della giurisprudenza*, in *Soc.*, 2008, 1195; A. TINA, *Insindacabilità nel merito delle scelte gestionali degli amministratori e rinuncia all'azione sociale di responsabilità*, in *Giur. comm.*, 2001, II, 334.

Particolarmente utile ai fini del presente lavoro è il dibattito dottrinale in tema di applicazione della *business judgment rule* all'adeguatezza degli assetti o meglio alle scelte organizzative degli amministratori. Sul tema si registrano sostanzialmente due tesi contrapposte: (i) quella favorevole all'applicabilità della *business judgement rule* alle scelte organizzative degli amministratori ritiene che anche queste ultime rientrino nella gestione sociale e che gli obblighi degli amministratori in materia, essendo "governati" dalla clausola generale di adeguatezza ex art. 2381 c.c. (e ora anche ex art. 2086 c.c.), abbiano un contenuto non predeterminato. Di riflesso, gli amministratori avrebbero un margine di discrezionalità nell'adempimento di tali obblighi (la tesi è stata sostenuta

Sul punto ci si è, in primo luogo, domandati se esista un dovere di scegliere uno strumento previsto dal CCII (e, quindi, un obbligo specifico) o se sia possibile individuarne anche al di fuori di questo, ad esempio, nel diritto societario. Secondo l'interpretazione più convincente, dovrebbe essere quest'ultima la risposta più convincente, posto che è lo stesso tenore letterale dell'art. 2086 c.c. a far riferimento agli strumenti «previsti dall'ordinamento» per il superamento della crisi e, quindi, non solo a quelli previsti dal CCII. Peraltro, anche in chiave teleologica, sarebbe difficilmente argomentabile la tesi opposta che intendesse escludere tra il novero degli strumenti quelli, per esempio, societari, come un

da G. MEO, "Business Judgement Rule" e crisi, cit., 583 ss.; M. CIAN, *Crisi dell'impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati e il loro impatto*, cit., 1166; L. BOGGIO, *L'organizzazione e il controllo della gestione finanziaria nei gruppi*, in AA.VV., *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarone Alibrandi, Torino, 2014, II, 1500; V. CALANDRA BUONAURA, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, in *Tratt. dir. comm. Costi*, Torino, 2019, 300; G. FERRARINI, *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari*, in AA.VV., *I controlli societari*, a cura di C. Di Noia, M. Bianchini Milano, 2010, 50; I. KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 725; A.M. LUCIANO, *Adeguatezza organizzativa e funzioni aziendali di controllo nelle società bancarie e non*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, I, 362; M. MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, in *Rivista ODC*, 2014, 12; (ii) quella contraria all'applicabilità della *business judgement rule* alle scelte organizzative degli amministratori ritiene che queste non possano essere qualificate come gestorie, essendo diverso l'oggetto (ossia l'attività economica svolta dall'impresa). Pertanto, i giudici – sindacando l'osservanza, da parte degli amministratori, della clausola di adeguatezza degli assetti – potrebbero compiere uno scrutinio più stringente rispetto a quello consentito dalla *business judgement rule* (la tesi è stata sostenuta da C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business judgment rule*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 643; F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015, 362; D. GALLETTI, *L'insorgere della crisi e il dover essere nel diritto societario. Obblighi di comportamento degli organi sociali in caso di insolvenza*, in *Il Fallimentarista*, 27 settembre 2012, 25; P. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi fra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 828; M.C. MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 740; R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 304; M. SPIOTTA, *La responsabilità*, in AA.VV., *Diritto del governo delle imprese*, diretto da M. Irrera, Torino, 2016, 310). Si sono espressi in senso dubitativo in merito all'applicabilità della *business judgement rule* alle scelte organizzative degli amministratori anche N. ABRIANI, *Il modello di prevenzione dei reati nel sistema dei controlli societari*, in AA.VV., *Diritto penale dell'economia*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino, 2016, 2302; M. DE MARI, *Gli assetti organizzativi societari*, in AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, diretto da M. Irrera, Bologna, 2016, 30; G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, *ivi*, 64. Per una recente ricognizione, v. anche L. BENEDETTI, *L'applicabilità della Business Judgment Rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, 413 ss.

In giurisprudenza, la prima recente pronuncia in senso favorevole all'applicazione della *business judgement rule* a tali decisioni è, come noto, Trib. Roma, 8 aprile 2020, in *Soc.*, 2020, 12, 1339.

aumento di capitale o un finanziamento soci postergato, eventualmente idonei, nel caso specifico, a superare la crisi ed a recuperare la continuità aziendale²²⁶.

In secondo luogo, occorrerebbe comprendere se esista o meno una forma di gerarchia, in presenza di determinati presupposti, tra i diversi strumenti con conseguente obbligo (quindi, specifico) di fare ricorso a quelli “gerarchicamente” sovraordinati rispetto agli altri. Anche in tal caso, la risposta, a mio sommosso avviso, dovrebbe essere negativa se non potendo affermare, al più, una tendenziale residualità della liquidazione giudiziale. O, meglio, sembrerebbe ricavabile dal tessuto normativo esistente²²⁷ solo una necessaria preferenza (e, dunque, un obbligo specifico di preferire) strumenti che, nell’eventualmente prediligere la preservazione della continuità aziendale (o, comunque, percorsi meno onerosi per l’ordinamento), non comportino prospetticamente un trattamento peggiore dei creditori rispetto all’alternativa della liquidazione giudiziale²²⁸. Per cui, a tutto voler concedere, se esiste un limite e, quindi, un obbligo (*recte*, un divieto) specifico, esso parrebbe rinvenibile nel *best-interest-of-creditor test* declinato – se si segue la tesi qui proposta – nei termini di individuare strumenti che, nel prediligere la preservazione della continuità aziendale, non riservino ai creditori un trattamento peggiore rispetto a quello che otterrebbero dalla liquidazione giudiziale (salvo quanto detto con riguardo ai crediti tributari nella composizione negoziata²²⁹), la quale, conseguentemente, sarebbe da considerarsi rimedio residuale.

Numerosi sembrano gli argomenti interpretativi a favore di questa impostazione.

Oltre a quelli evidenziati per dimostrare l’illustrata declinazione del *best-interest-of-creditor test*, occorre, anzitutto, far nuovamente riferimento all’art. 2086 c.c. che prevede la congiunzione «e» tra le due finalità che qualificano gli strumenti cui deve fare ricorso «senza indugio» l’imprenditore: «il superamento della crisi» «e» «il recupero della continuità aziendale». Aspetto che pare deporre nel senso di una prioritaria scelta di strumenti che preservino o comunque recuperino la continuità aziendale. D’altronde, sempre sistematicamente, anche le norme processuali si orientano per dare priorità alla trattazione di tali strumenti, come dimostra l’art. 7 CCII.

In chiave teleologica è l’intero impianto normativo, su cui si è già avuto mo-

²²⁶ In questo senso parrebbe anche G. D’ATTORRE, *Scelta dello strumento di gestione della crisi e business judgment rule*, cit., 152, N. ABRIANI, ANT. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d’impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Soc.*, 2019, 395. In forma dubitativa v. Circolare Assonime n. 27 del 21 novembre 2022, in *Riv. soc.*, 2023, 1400.

²²⁷ Come appena visto al par. 3.2.4.2 che precede.

²²⁸ In questo senso parrebbe anche G. MEO, *op. ult. cit.*, 587 ss. anche se osserva che il riferimento dovrebbe essere il “miglior soddisfacimento” e non “il trattamento non peggiore”.

²²⁹ Per i quali, ove non si intendesse seguire l’interpretazione correttiva sopra proposta, dovrebbe valere il principio, del «miglior soddisfacimento» o della «convenienza» rispetto alla liquidazione giudiziale.

do di diffondersi in queste pagine, che incentiva il ricorso a strumenti che preservino e garantiscano tale continuità aziendale a partire dall'*early warning* che è poi il fulcro della Direttiva *Insolvency*.

In chiave logico-sistemica, appare quasi scontata l'opportunità di scegliere, tra i diversi strumenti (interni al CCII), quello della composizione negoziata, ove ammissibile, posto che consente l'avvio di un percorso più ampio che, aprendo ad un ventaglio di diverse ipotesi, potrebbe permettere di individuare quella più opportuna anche alla luce dell'atteggiamento dei diversi *stakeholders* e dell'ausilio l'esperto, con, dunque, una maggiore consapevolezza rispetto ad una scelta al "buio": il rapporto, in altre parole, tra la composizione negoziata e gli altri strumenti dovrebbe essere visto, come sembra deporre anche l'art. 2, lett. m-bis) CCII (che afferma che i diversi strumenti possono essere «preceduti dalla composizione negoziata della crisi») non in termini di alternatività bensì di tendenziale consequenzialità²³⁰.

In conclusione, fermo il dovere specifico di tempestiva rilevazione (della crisi, dell'insolvenza e della perdita della continuità aziendale)²³¹ e attivazione (per il loro superamento)²³² e fermo il dovere (altrettanto specifico) di individuare uno strumento che nel conservare la continuità aziendale non pregiudichi i creditori rispetto allo scenario alternativo della liquidazione giudiziale, si potrebbe affermare che gli amministratori godano di una certa discrezionalità nella scelta dello strumento (interno o esterno al CCII) più opportuno per superare la crisi e l'insolvenza e, quindi, anche nel decidere se ricorrere o meno alla composizione negoziata²³³.

Numerose sono, infatti, le variabili che l'organo amministrativo deve considerare: non solo la situazione (di *crisi* o *insolvenza* o di *pre-crisi*) in cui si trova l'impresa ma la sua gravità, le sue caratteristiche, la composizione di attivo e passivo, la disponibilità di soci e terzi a supportare il percorso di ristrutturazione, i rapporti pendenti e via discorrendo²³⁴.

²³⁰ Così G. D'ATTORRE, *op. ult. cit.*, 153.

²³¹ Così testualmente l'art. 2086 c.c. Sicché parrebbe possibile sostenere che l'accesso alla composizione negoziata in caso di *pre-crisi* sia totalmente facoltativo e volontario. Ma sul punto si veda oltre anche alla luce del nuovo testo dell'art. 25-*octies* CCII a seguito del Correttivo-ter.

²³² O. CAGNASSO, *L'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza delle società*, cit., 5; L. PANZANI, *La disciplina degli assetti ai fini della rilevazione della crisi con particolare riferimento alla S.r.l.*, in AA.VV., *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi*, a cura di M. Irrera, Torino, 2020, 667 ss.

²³³ Più netto appare G. MEO, *op. ult. cit.*, 576 ss. e, in particolare, 584 ss. per cui la BJR in materia si applicherebbe senza particolari limiti, salvo quelli propri della stessa BJR (e ferma la residualità del ricorso alla liquidazione giudiziale).

²³⁴ In argomento v., G. LOMBARDI, P.D. BELTRAMI, *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 713, R. RANALLI, *La scelta dello strumento di risanamento della crisi aziendale*, in *Fall.*, 2012, 501 ss.

Tuttavia, dovrà trattarsi, visto il necessario rispetto del *best-interest-of-creditors test*, di discrezionalità tecnica, attenuata o vincolata.

Anzi, si potrebbe sostenere che:

(i) la scelta *a monte* tra strumenti in continuità o liquidatori debba essere guidata proprio da una discrezionalità tecnica, attenuata²³⁵ o, quantomeno, vincolata, nel senso che gli amministratori, nella loro discrezionalità, dovrebbero prediligere strumenti idonei a preservare la continuità aziendale garantendo però un trattamento dei creditori non deteriore rispetto all'alternativa liquidatoria;

(ii) operata tale scelta a monte (e, quindi, una volta esclusa la necessità di ricorrere come unica alternativa possibile alla liquidazione giudiziale), l'individuazione dello strumento più opportuno sarà connotata da una più ampia discrezionalità, posto che, in tali casi, sembra logicamente, teleologicamente ma anche sistematicamente condivisibile, visto il paradigma di riferimento del *best-interest-of-creditor test* nei termini illustrati, la tesi per cui «il

²³⁵ Illustra i diversi scenari, recentemente, F. BORDIGA, *op. cit.*, 1 ss. Sul carattere discrezionale e sull'applicazione della *business judgment rule* alle scelte poste in essere per superare e affrontare la crisi d'impresa v., per tutti, recentemente, G. D'ATTORRE, *op. ult. cit.*, 149 ss., O. CAGNASSO, *op. ult. cit.*, 12, R. RORDORF, *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, 594, V. CALANDRA BONAURA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, cit., 2020, I, 11 ss., E. BARCELLONA, *Business Judgment Rule e interesse sociale nella «crisi»*, cit., *passim*, M.G. MUSARDO, *La conservazione del patrimonio nella gestione della società*, Milano, 2020, S. FORTUNATO, *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2019, 960, M.S. SPOLIDORO, *Procedure d'allerta, poteri individuali degli amministratori non delegati e altre considerazioni sulla composizione anticipata della crisi*, cit., 175 ss. (che circoscrive la discrezionalità alla necessaria diligenza finalizzata a scegliere la migliore opzione, scelta poi sindacabile con riguardo ai nessi logici del relativo ragionamento). Sulle responsabilità per errata scelta dello strumento di gestione della crisi v., recentemente, M.S. SPOLIDORO, *I soci dopo l'accesso a uno strumento di regolazione della crisi*, in *Riv. soc.*, 2023 1267 ss., F. BORDIGA, *op. cit.*, 27 ss.

Sul tema v., già: N. ABRIANI, *Corporate governance e doveri di informazione nella crisi dell'impresa*, in *Crisi dell'impresa e ruolo dell'informazione. Atti VIII incontro italo-spagnolo di diritto commerciale*, Napoli, 25 settembre 2015, a cura di A. Paciello, G. Guizzi, Milano, 2016, 271 ss.; N. ABRIANI, ANT. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Soc.*, 2019, 396-397; M. MIOLA, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, II, 1109; R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in AA.VV., *Diritto societario e crisi d'impresa*, a cura di U. Tombari, Torino, 2014, nonché in *Giur. comm.*, 2014, I, 120; A. VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 129 ss.; F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015, 398 e 411 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, in *Tratt. Dir. comm. Costi*, Torino, 2019, 308; G. STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Riv. soc.*, 2012, 645.

Sulla *business judgment rule* in generale v. la bibliografia in nt. 226 del presente capitolo.

valore eccedente quello dell'assenza di pregiudizio per i creditori [nel senso appena descritto, n.d.r.] è liberamente e legittimamente utilizzabile dagli amministratori per la tutela [anche, n.d.r.] di altri interessi costituzionalmente garantiti»²³⁶.

In tale quadro, pertanto:

(i) il ricorso alla liquidazione giudiziale dovrebbe avvenire solo allorché, a seguito di una doverosa e approfondita istruttoria, emerga che ogni possibile alternativa non sia concretamente praticabile o appaia lesiva degli interessi dei creditori e degli altri interessi rilevanti e meritevoli di tutela²³⁷;

(ii) a parità di strumenti che consentono la preservazione dell'azienda, il ricorso alla composizione negoziata o ad altri strumenti sarebbe (per sua natura) un fatto volontario²³⁸ o, meglio discrezionale con l'unico limite, quindi, del *best-interest-of-creditors test*²³⁹ (in termini di assenza di trattamento peggiore rispetto alla liquidazione giudiziale, ove si tratti di scegliere tra più strumenti, e di miglior soddisfacimento dei creditori ove si debba procedere con specifiche scelte all'interno dello strumento prescelto)²⁴⁰.

Non dovrebbero, dunque, esservi dubbi sull'applicazione, nei termini descritti, della *business judgment rule* a tali scelte²⁴¹, come peraltro sostenuto an-

²³⁶ D'ATTORRE, *op. ult. cit.*, 158. Sul principio «dell'assenza di pregiudizio» v. I. DONATI, *Crisi d'impresa e diritto di proprietà. Dalla responsabilità patrimoniale all'assenza di pregiudizio*, in *Riv. soc.*, 2020, 164 ss.

²³⁷ D'ATTORRE, *op. ult. cit.*, 153 e S. AMBROSINI, *Doveri degli amministratori di S.p.A., Business Judgment rule e azioni di responsabilità alla luce del codice della crisi*, in *Tratt. soc. Donativi*, II, Torino, 2023, 2082, M. SPIOTTA, SPIOTTA, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, Milano, 2017, 161.

²³⁸ D'ATTORRE, *op. ult. cit.*, 155 che esclude un dovere di prediligere strumenti che prevedono un minore intervento dell'autorità giudiziaria non rinvenendo elementi argomentativi a supporto di ciò.

²³⁹ V. sopra. E, quindi, come assenza di pregiudizio (in questo senso recentemente anche G. D'ATTORRE, *op. ult. cit.*, 156). L' A. precisa che tale discrezionalità, che riguarderebbe non solo la scelta dello strumento ma anche il contenuto dei piani e delle proposte, potrebbe consentire anche il perseguimento di ulteriori interessi oltre a quelli dei creditori (G. D'ATTORRE, *op. ult. cit.*, 157-158 e ivi rife. spec. in nt. 14 sulla responsabilità sociale nel diritto della crisi).

²⁴⁰ V. par. 3.2.4.2 nel quale si è proposto di declinare il significato del *best-interest-of-creditors test* nelle due diverse prospettive.

²⁴¹ G. D'ATTORRE (*op. ult. cit.*, 165-166) rileva anche che l'applicabilità della *business judgment rule* a queste scelte (anche se l'A. la limita a quelle a valle tra i diversi strumenti e non a monte sulla tendenziale priorità della composizione negoziata e la tendenziale residualità della liquidazione giudiziale) sarebbe anche coerente con la *ratio* di tale regola, funzionale a circoscrivere il sindacato giudiziale sulle decisioni gestorie per non disincentivare l'assunzione dei rischi necessari alla corretta gestione, evitando anche il pericolo della c.d. "*hindsight bias*" e di decisioni di tipo meramente "difensivo".

che in ambito internazionale²⁴², sebbene in maniera più “vincolata”, come visto, rispetto ad una ordinaria scelta gestoria.

Pertanto, parrebbe potersi affermare che le scelte in questione dell’organo gestorio (inclusa quella di ricorrere alla composizione negoziata) siano sindacabili solo nei casi in cui siano frutto di decisioni assunte in conflitto di interessi, in violazione di un adeguato processo decisionale²⁴³, in maniera avventata, arbitraria o irragionevole, nel duplice senso di manifesta irrazionalità economica e di incoerenza rispetto alle premesse assunte in fase istruttoria²⁴⁴ ed avendo come punti di riferimento (a) la preservazione della continuità aziendale e (b) il *best-interest-of-creditors test*, quali valori “vincolanti” la discrezionalità in esame.

Ciò considerato con riguardo al dovere di attivazione e scelta dell’organo amministrativo occorre ora conclusivamente esaminare le valutazioni dell’organo di controllo con riguardo al dovere di segnalazione.

4.3. Le valutazioni dell’organo di controllo e conclusioni sul presupposto della segnalazione

Passando all’organo di controllo, pare anzitutto doversi ribadire, stante anche l’impegno dell’indicativo presente «segnala» contenuto nell’art. 25-*octies*

²⁴² V., in particolare, la nota proposta formulata dall’Uncitral, secondo cui «*directors would need to show that they had taken appropriate steps to minimize any potential loss to the company’s creditors once they had concluded that the company would have difficulty avoiding liquidation. Provided they can show that they took reasonable and objective business decisions based on accurate financial information and appropriate professional advice, they are likely to be able to rely on this as a defence even if those decisions turn out to have been commercially wrong*» (Uncitral, 2013, 25, racc. 261).

²⁴³ Violando, in particolare, «gli elementari paradigmi che le scienze aziendali, le prassi consolidate, i principi essenziali comunemente adottati nel tempo hanno elaborato» (P. MONTALENTI, *Gestione dell’impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta dalla “Proposta Rordorf” al Codice della crisi*, cit., 486).

²⁴⁴ Così, in generale, su tali due coordinate della *business judgment rule*, tra molte: Cass., 22 ottobre 2020, n. 23171, in *Defure*, Cass., 22 giugno 2017, n. 15470, in *Soc.*, 2017, 1040, Cass., 27 dicembre 2013, n. 28669, in *Giur. it.*, 2014, 2208, Cass., 12 agosto 2009, n. 1823, in *Soc.*, 2009, 1247. Proprio con specifico riguardo alla *business judgment rule* nella scelta dello strumento più idoneo a superare la situazione di crisi si è osservato che «anche in questo settore sarà solo la manifesta irrazionalità dei comportamenti degli amministratori, o l’insanabile loro contrarietà a criteri noti e consolidati di buona organizzazione aziendale, a poter implicare una qualche forma di responsabilità per i danni derivanti dalla cattiva organizzazione dell’impresa, così come per quelli causati da una scelta non corretta degli strumenti da adoperare per fronteggiare eventuali situazioni di crisi» (L. PANZANI, *op. ult. cit.*, 594). Nello stesso senso S. FORTUNATO, *op. ult. cit.*, 2019, 960.

Nella giurisprudenza di merito v., recentemente, Trib. Milano, 8 luglio 2022, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*.

CCII ed il noto parallelismo tra poteri e responsabilità dell'organo di controllo tradizionalmente riconducibile all'art. 2407 c.c.²⁴⁵, che la segnalazione rappresenti un obbligo dell'organo di controllo²⁴⁶, ciò al di là dell'oscuro tenore del secondo comma del medesimo art. 25-*octies* CCII che, in ogni caso, evoca il concetto di responsabilità²⁴⁷.

Tanto considerato, come anticipato, non sembra, però possibile esigere dall'organo di controllo le medesime valutazioni richieste a quello amministrativo sopra sintetizzate.

Ciò perché non è, anzitutto, questa la sua funzione: l'organo di controllo, ai sensi del CCII, può (*recte*, deve), con riguardo alla selezione dei percorsi, degli strumenti o delle procedure per impedire o regolare la crisi o l'insolvenza, soltanto segnalare l'esistenza dei presupposti per la composizione negoziata *ex art. 25-*octies* CCII* o, al più, depositare, *ex art. 37*, comma 2, CCII, ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale.

Inoltre, come già detto, l'organo di controllo non dispone di tutte le informazioni imprenditoriali, a partire dalla visione prospettica e dagli aspetti dinamici e relazionali con clienti, *partner* e creditori, per addivenire ad una tale scelta. Tale organo ha, infatti, al più, accesso a quelle informazioni diagnostiche dello stadio di pre-crisi, crisi o insolvenza rilevabili dagli assetti ai sensi dell'art. 3 CCII e dell'art. 2086 c.c.²⁴⁸.

Ebbene se così è, allora non potrebbe che esigersi sul punto dall'organo di controllo, in primo luogo, una verifica meramente sintetica o, meglio, di tipo squisitamente tecnico, senza alcuna valutazione connotata da elementi imprenditoriali, dovendosi basare, in altre parole, sulle sole specifiche regole tecnico-aziendalistiche idonee ad interpretare i dati che lo stesso organo di controllo può estrapolare – come si vedrà nel prossimo capitolo – dagli assetti.

In questa prospettiva, dunque, non dovrebbero sorgere particolari difficoltà nel perimetrare i confini delle valutazioni dell'organo di controllo in ordine al requisito dello *squilibrio significativo*.

Più complessa appare l'indagine (anche in considerazione, come visto, del nuovo tenore dell'art. 25-*octies* CCII a seguito del Correttivo-*ter*) sul requisito del *ragionevole risanamento* che, alla luce della prospettata compenetrazione dei due requisiti del presupposto in esame, funge da sostanziale limite di accesso alla composizione negoziata, declinando il confine ultimo dell'insolvenza nei

²⁴⁵ Sul punto sia concesso rinviare per una sintesi a F. SUDIERO, *Responsabilità del sindaco senza (con)fine: rischio di "un'attività di controllo difensiva"?*, in *Banca impr. soc.*, 2, 2020, 289.

²⁴⁶ Così a proposito dell'art. 15 d.l. n. 118 del 2021 già la Relazione n. 87 dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione del 15 settembre 2022, p. 7.

²⁴⁷ Sull'interpretazione del secondo comma v. più ampiamente il capitolo successivo, in particolare il par. 5.

²⁴⁸ Su cui v. il capitolo successivo.

termini di un'*insolvenza reversibile* (secondo la tesi oggi prevalente) o di un'*insolvenza relativamente irreversibile* (secondo la tesi qui proposta)²⁴⁹.

Sul punto sembra potersi dire che, già sul piano logico, poiché la successiva scelta dell'organo gestorio, se si condivide quanto poc'anzi illustrato, sarebbe sindacabile, anche dall'organo di controllo (in quanto destinatario, infatti, del riscontro alla stessa segnalazione), solo nei termini della *business judgment rule*, non sia possibile esigere da quest'ultimo, ai fini della segnalazione, una verifica – o, meglio, una valutazione – più approfondita rispetto a quella che lo stesso organo dovrebbe poi effettuare su tale scelta.

Conseguentemente, sembra possibile sostenere che la verifica del presupposto e, soprattutto, del requisito del *ragionevole risanamento*, ai fini della segnalazione da parte dell'organo di controllo, debba esprimersi non solo in termini sintetici (o, come visto, tecnici) ma anche in termini negativi, escludendo, pertanto, la sussistenza del presupposto di accesso alla composizione negoziata soltanto nei casi in cui, secondo i limiti di sindacato derivanti dalla *business judgment rule*²⁵⁰, risulti non ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa.

Sicché, vista l'esistenza di due possibili tesi sul punto, ove si seguisse quella *super – estensiva moderata* e, quindi, si interpretasse il *ragionevole risanamento dell'impresa* in termini di *risanamento soggettivo puro*²⁵¹, ma con il limite del *best-interest-of-creditors test*, sembrerebbe potersi escludere, nella prospettiva del dovere di segnalazione, il presupposto della composizione negoziata soltanto ove risulti, mediante un giudizio prognostico da svolgersi *ex ante* e in concreto, manifestamente evidente (poiché questo sarebbe il limite di sindacato, imposto dalla *business judgment rule*, sul successivo riscontro dell'organo amministrativo alla segnalazione stessa) che tale percorso possa riservare ai creditori un trattamento deteriore (o, per i crediti tributari²⁵², non migliore) rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale²⁵³.

²⁴⁹ V. precedente par. 3 e, più precisamente, 3.3.

²⁵⁰ Che, appunto, guiderebbero l'organo di controllo nella successiva valutazione del riscontro dell'organo gestorio alla segnalazione da parte dell'organo gestorio.

²⁵¹ V. in particolare, par. 3.2.4 e 3.3 che precede.

²⁵² A meno di non voler seguire la già descritta interpretazione correttiva dell'art. 23, comma 2-bis CCII a seguito del Correttivo-ter.

²⁵³ Nel senso di un giudizio prognostico meramente negativo ovvero di assenza di manifesta irragionevolezza o inettitudine del piano, che, quindi, essendo dettato per il tribunale, dovrebbe valere *a fortiori* per le valutazioni dell'organo di controllo v., nuovamente Trib. Napoli, 12 luglio 2024, cit., per cui «[a]i fini della conferma delle misure protettive ex art. 19 del CCII, il Tribunale deve operare un delicato bilanciamento, *ex ante* ed in concreto, tra l'interesse del debitore alla soluzione negoziale della crisi e quello dei creditori a non subire un pregiudizio irreparabile dall'applicazione delle misure in quanto la concreta prospettiva di superamento degli squilibri finanziari, patrimoniale ed economici dell'impresa costituisce il presupposto imprescindibile, non sol-

Se, invece, si seguisse la tesi *estensiva* e, quindi, non si ritenesse compatibile con la composizione negoziata il *risanamento soggettivo puro*, tale valutazione dovrebbe essere orientata soltanto rispetto al *risanamento oggettivo* e, quindi, il presupposto dovrebbe essere escluso solo se risulti manifestamente evidente, secondo il medesimo ragionamento prognostico, l'impossibilità di preservare o recuperare la continuità aziendale, ancorché indiretta, all'esito della composizione negoziata (pur sempre nel rispetto del *best-interest-of-creditors test* onde non pregiudicare «ingiustamente» i creditori²⁵⁴). O, detto altrimenti, risulti manifestamente irragionevole sostenere che il percorso, nel primo caso, non aggravi la posizione dei creditori (o migliori quella dei crediti tributari) o, nel secondo, oltre non aggravare la posizione di questi, consenta la preservazione o il recupero della continuità aziendale.

Alla luce dei dati tecnici ricavabili dagli assetti, dalle interlocuzioni con l'or-

tanto del fisiologico svolgimento della composizione negoziata, ma anche della conferma delle misure protettive, atteso che soltanto una prognosi positiva in ordine al buon esito delle iniziative, già assunte o prefigurate per la regolazione della crisi o dell'insolvenza, può giustificare un provvedimento giudiziale di compressione delle azioni dei creditori sul patrimonio del debitore in un contesto, quello della composizione, marcatamente connotato in senso stragiudiziale e privo delle garanzie disposte per l'ipotesi di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza ai sensi dell'art 44 CCII. Pertanto le misure protettive possono essere confermate solo laddove le stesse siano strutturalmente idonee a salvaguardare le trattative effettivamente in corso nell'ottica del raggiungimento di un risanamento che non appaia manifestamente implausibile a causa della palese inettitudine del piano di risanamento imbastito dall'impresa».

Sul giudizio prognostico v. già (anche se poi viene seguita la tesi della necessaria risanabilità oggettiva dell'impresa), Trib. Salerno, 7 febbraio 2023, in *www.ilcaso.it* (che, riferendosi alla conferma delle misure protettive, precisa che «soltanto una prognosi positiva in ordine al buon esito delle iniziative assunte o prospettate per la regolazione della crisi o dell'insolvenza può giustificare un provvedimento giudiziale di compressione delle azioni dei creditori in un contesto di natura stragiudiziale») e Trib. Viterbo, 14 febbraio 2022, in *Diritto della crisi* (per cui «per valutare la conferma delle misure protettive richieste occorre delibare, secondo un'analisi prognostica, le possibilità che attraverso la prosecuzione della procedura di composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa possa essere risanata l'impresa, operando un bilanciamento tra l'esigenza di non sottrarre l'impresa insolvente alle procedure di composizione della crisi con la necessità di evitare che siffatte procedure abbiano una funzione dilatoria invece che finalizzata ad un tempestivo risanamento dell'impresa. Deve pertanto essere negata la conferma in presenza di un marcato disequilibrio economico/finanziario evidenziato dall'indice di livello di difficoltà del risanamento relativo al rapporto tra debito che deve essere ristrutturato e ammontare annuo dei flussi a servizio del debito, attestato su valori ampiamente superiori al quello massimo». Analogamente anche Trib. Lecco, 2 gennaio 2023, in *Diritto della crisi*, Trib. Ravenna, 17 marzo 2023, Trib. Bologna, 8 novembre 2022 e Trib. Roma, 10 ottobre 2022 tutte reperibili su *www.ilcaso.it*.

Sulla compatibilità del risanamento soggettivo puro e, quindi, di piani liquidatori, v. nuovamente Trib. Perugia, 15 luglio 2024, cit. Sulla compatibilità della composizione negoziata con scarse probabilità di successo anche nei casi di insolvenza pressoché irreversibile v., pur con le cautele già segnalate, ancora Trib. Ferrara, 13 giugno 2024, cit., Trib. Mantova, 4 dicembre 2024, cit.

²⁵⁴ Argomento sistematico derivante, tra altri, dallo stesso tenore degli artt. 16 e 21 CCII. V., sul punto, il par. 3.2.4.

gano amministrativo ed eventualmente dalle apposite ispezioni *ex art. 2403-bis c.c.* o dallo scambio delle informazioni con il revisore *ex art. 2049-septies c.c.*²⁵⁵, l'organo di controllo dovrebbe, dunque, ritenere sussistente il requisito del *ragionevole risanamento* e, quindi, procedere con la segnalazione *ex art. 25-octies CCII*, tutte le volte in cui, in presenza del requisito dello *squilibrio significativo*²⁵⁶, non risulti *manifestamente irragionevole* che, all'esito della composizione negoziata:

(i) se si segue la tesi *estensiva*, possa conseguirsi un *risanamento oggettivo* (e, quindi, attraverso anche solo l'alienazione di un ramo d'azienda);

(ii) se si segue la tesi *super-estensiva moderata*, possa conseguirsi un *risanamento (anche solo) soggettivo*.

In entrambi i casi pur sempre nei limiti del *best-interest-of-creditors test* nei termini qui tratteggiati²⁵⁷.

Pertanto, più precisamente con riguardo alla tesi *super-estensiva moderata*, nella prospettiva del dovere di segnalazione e fuori dai casi di inammissibilità per motivi procedurali²⁵⁸:

(i) in caso di *pre-crisi* o di *crisi*, il requisito del *ragionevole risanamento* sarebbe sempre sussistente (essendo al di fuori dello stadio di *insolvenza*, l'unico che pone il problema, secondo la tesi qui sostenuta, della sussistenza del *ragionevole risanamento*);

(ii) in caso di *insolvenza*, il requisito del *ragionevole risanamento* dovrebbe escludersi tutte le volte in cui, con un'indagine da condursi *ex ante*, risulti manifestamente irragionevole che l'attività di impresa (*risanamento oggettivo*) o quantomeno la sua esposizione debitoria (*risanamento soggettivo*) possano essere risanate nel corso della composizione negoziata in misura non deteriore (o, per i crediti tributari, non migliore²⁵⁹) rispetto all'alternativo scenario della liquidazione giudiziale. Quindi, solo quella che si è qui definita come "*insolvenza assolutamente irreversibile*" escluderebbe le ragionevoli prospettive di risanamento e, quindi, il dovere di segnalazione, imponendo, di contro, anche all'organo di controllo il dovere di depositare l'istanza *ex art. 37 CCII* per l'accesso alla liquidazione giudiziale²⁶⁰.

²⁵⁵ Su tale attività istruttoria v. capitolo che segue.

²⁵⁶ Da intendersi ricomprensivo secondo quanto sopra sostenuto la *pre-crisi*, la *crisi* e l'*insolvenza*. Si rinvia al capitolo successivo per esaminare la rilevanza dei diversi stadi, inclusa la *pre-crisi* (apparentemente espunta dal nuovo testo, successivo al Correttivo-ter, dell'art. 25-octies CCII), ai fini della segnalazione.

²⁵⁷ V. precedente par. 3.2.4.

²⁵⁸ V. oltre al par. 4.3.1.

²⁵⁹ Sempre a meno di non voler seguire la già più volte ricordata interpretazione correttiva del comma 2-bis dell'art. 23 CCII.

²⁶⁰ Pertanto, non sembra sostenibile (ancor meno oggi) quanto alcuni Autori avevano afferma-

Ciò, peraltro, non sembra essere escluso dalla condivisibile osservazione per cui la sussistenza del *ragionevole risanamento* che orienta il gestore nella scelta se ricorrere o meno alla composizione negoziata, valutato in termini di concretezza (arg. ex art. 17, commi 5 e 21, CCII), sembrerebbe richiedere una valutazione positiva e non di mera assenza di manifesta inettitudine²⁶¹, considerato che, sulla base della tesi del *presupposto cangiante*, non potrebbe richiedersi all'organo di controllo una tale valutazione positiva sul presupposto²⁶²: posto che, infatti, la verifica dell'organo di controllo ha funzione di mero *warning* per attivare chi (l'organo amministrativo) deve effettuare la reale e concreta e definitiva valutazione (e scelta), sembrerebbe, quindi, sufficiente, tenuto conto anche dell'applicazione della menzionata regola della *business judgment rule* alla scelta in esame, che sussista, nella prospettiva dell'organo di controllo, una spia di ragionevole risanamento (e come tale sufficiente ad attivare lo strumento di *warning*) in termini, dunque, di “*non manifesta irragionevolezza*”, come appena descritto.

Quanto precede, naturalmente, sul presupposto di un apparato di assetti adeguato ai sensi degli artt. 2086 c.c. e 3 CCII, su cui vige, come noto, uno specifico e non discrezionale dovere puntuale di vigilanza del medesimo organo di controllo ex art. 2403 c.c.²⁶³

4.3.1. Conclusioni e una classificazione degli indici di “insolvenza assolutamente irreversibile”

In considerazione, dunque, degli argomenti storici, teleologici e logico-sistematici proposti, pare potersi rassegnare le seguenti conclusioni:

(i) seguendo la tesi *super-estensiva moderata*, il ricorso alla composizione negoziata sembrerebbe ammissibile – e, quindi, la segnalazione possibile²⁶⁴ – dal momento della pre-crisi sino a quello in cui risulti non manifestamente irragionevole evitare o superare l'insolvenza (sia attuale che prospettica)²⁶⁵ mediante la composi-

to con riguardo al testo dell'art. 14 CCII per cui l'organo di controllo avrebbe potuto depositare, unitamente alla segnalazione, l'istanza per la liquidazione giudiziale ove la crisi apparisse così conclamata, agli occhi dei controllori, da sfociare in insolvenza (cfr. V. DONATIVI, *op. cit.*, 149). Occorre ora in ogni caso rilevare la necessaria sussistenza, ai fini della segnalazione, del requisito del *ragionevole risanamento*, pur nei termini (“negativi”) qui tratteggiati, aspetto che risulta evidentemente antitetico rispetto all'ipotesi di *insolvenza irreversibile* quale requisito per l'apertura della liquidazione giudiziale.

²⁶¹ Così v. Trib. Lecco, 2 gennaio 2023, in *Diritto della crisi*.

²⁶² V. par. 4.1. Ciò ovviamente sempre con riguardo al collegio sindacale. Sugli altri organi di controllo v. la parte III, cap. I, del presente lavoro.

²⁶³ Sul tema v. capitolo successivo.

²⁶⁴ E, nei casi di *crisi* o *insolvenza*, doverosa: sul punto v. *infra* a proposito del tema della responsabilità.

²⁶⁵ Come si è sopra visto, in considerazione delle tesi qui illustrate, sembra potersi escludere la

zione negoziata in misura per i creditori non deteriore (o, per quelli tributari, migliore²⁶⁶) rispetto a quanto avverrebbe con la liquidazione giudiziale (e, quindi, sino allo stadio qui definito come di “*insolvenza relativamente irreversibile*”); pertanto, all’interno del primo requisito del presupposto (lo *squilibrio significativo*) si anniderebbe, secondo tale tesi, il momento iniziale di ammissibilità di accesso alla composizione negoziata (dalla *pre-crisi* all’*insolvenza*, includendo la *crisi*), mentre il secondo (il *ragionevole risanamento*) delimiterebbe l’ultimo stadio di tale ammissibilità (appunto l’*insolvenza relativamente irreversibile*);

(ii) seguendo, invece, la tesi *estensiva*²⁶⁷, che considera compatibile con la composizione negoziata solo il *risanamento oggettivo* (ancorché mediante la continuità indiretta), la valutazione onde procedere alla segnalazione richiederebbe in ogni caso, a prescindere dallo stadio in cui si trova l’imprenditore (*pre-crisi*, *crisi* o *insolvenza*), anche la verifica, sempre in termini di *non irragionevolezza*, del recupero oggettivo della continuità, ancorché indiretta, pur sempre, a mio avviso, nei limiti del *best-interest-of-creditors test* nei termini già descritti, con la conseguenza che la segnalazione sarà possibile dalla *pre-crisi*²⁶⁸ sino a quando non risulti manifestamente irragionevole la preservazione o il recupero della continuità aziendale, ancorché indiretta, pur sempre, però, nei limiti del predetto *best-interest-of-creditor test*;

(iii) sia nei casi di *insolvenza assolutamente irreversibile* (seguendo tesi *super-estensiva moderata*) sia in quelli di *insolvenza irreversibile* (nel senso di impossibilità di risanamento oggettivo, seguendo, invece, la tesi *estensiva*) l’organo di controllo non potrebbe effettuare la segnalazione ed anzi dovrebbe procedere con il deposito del ricorso per l’apertura della liquidazione giudiziale *ex art. 37 CCII*.

Con l’ulteriore precisazione che, anche oggi, posto che le valutazioni richieste all’organo di controllo sembrano rimanere analoghe, ancorché forse più cir-

rilevanza della distinzione, ai fini della composizione negoziata e, più in particolare, della segnalazione, tra insolvenza prospettica e insolvenza attuale, dovendosi piuttosto verificare la relativa reversibilità o meno, nei termini descritti.

²⁶⁶ Sempre salva la possibilità di interpretare correttivamente il nuovo comma 2-*bis* dell’art. 25-*octies* limitando il riferimento al giudizio di «convenienza» ai casi di piani meramente liquidatori.

²⁶⁷ Non appare, quindi, di particolare interesse esaminare le conseguenze del ragionamento nei casi in cui si decidessero di seguire le tesi *restrittiva* o *super-estensiva radicale*, che appaiono maggiormente infondate, specie alla luce del Correttivo-*ter* (v. precedente par. 3), posto che, nel primo caso, la segnalazione sarebbe possibile con l’unico stadio compatibile, per tale tesi, con la composizione negoziata, ovverosia la *pre-crisi* (e, quindi, pressoché sempre), nel secondo caso, essendo, per tale opinione, compatibili con la composizione negoziata tutti gli stadi, la segnalazione dovrebbe sempre avvenire senza distinzioni né limitazioni.

²⁶⁸ Anche in tal caso pressoché sempre trattandosi di stadio così iniziale da essere idoneo, secondo l’*id quod plerumque accidit*, a far presumere la sussistenza di capacità di preservazione della continuità aziendale.

coscritte alla luce dell'eliminazione del riferimento ai «fondati indizi della crisi»²⁶⁹ e dell'interpretazione sopra proposta con riguardo ai presupposti in presenza dei quali dovrebbe scattare il dovere di segnalazione, potrebbe ancora applicarsi a tali valutazioni la *safe harbor* della *business judgment rule*, quantomeno con riguardo al giudizio di non irragionevolezza illustrato sul *ragionevole risanamento oggettivo o soggettivo* (a seconda che si intenda seguire o meno la tesi *super-estensiva moderata*).

Il punto cruciale della valutazione dell'organo di controllo ai fini della segnalazione sembra, dunque, quello di determinare se ci si trovi dinnanzi ad uno stadio di *insolvenza irreversibile* o di *insolvenza assolutamente irreversibile*, a seconda della tesi che si intenda seguire tra le due che, ad oggi, a mio avviso, paiono sostenibili²⁷⁰. Pertanto, fermo quanto si dirà nel capitolo successivo, esaminando le modalità di rilevazione del presupposto in esame, sembra ancora opportuno, a chiosa del presente capitolo, offrire un tentativo di classificazione degli indici di tale irragionevolezza (in termini giuridici²⁷¹) e, quindi, di quelle circostanze idonee far presumere la sussistenza di uno stato di *insolvenza irreversibile* o *assolutamente irreversibile* (a seconda della tesi che si intende seguire), incompatibile con la composizione negoziata. La cui presenza, quindi, dovrebbe impedire la segnalazione e imporre di procedere con il deposito del ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale.

Così, accertata una situazione di *insolvenza*, ci si potrebbe trovare dinnanzi ad uno scenario di *insolvenza irreversibile* o di *insolvenza assolutamente irreversibile*:

(i) *per aspetti procedurali*, come nei casi di impossibilità di accedere alla composizione negoziata perché

(a) pende un procedimento per l'accesso ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza nei termini di cui all'art. 25-*quinquies*, parte prima CCII²⁷²;

(b) l'imprenditore, nei quattro mesi precedenti l'istanza medesima, abbia rinunciato alle domande indicate per l'accesso ad uno dei medesimi strumenti (art. 25-*quinquies*, seconda parte CCII);

(c) non sia trascorso un anno dall'archiviazione della composizione nego-

²⁶⁹ V. precedente art. 14 CCII prima della modifica dell'istituto in esame (v. Introduzione).

²⁷⁰ *Estensiva* o *super-estensiva moderata*. Sebbene, riterrei preferibile, come illustrato nelle pagine che precedono la seconda.

²⁷¹ I connessi profili aziendalistici, non oggetto del presente lavoro, si innestano pur sempre nelle coordinate giuridiche che si stanno per enucleare.

²⁷² Come già rilevato, il Correttivo-ter ha avuto modo di precisare che deve trattarsi di procedimenti incardinati dallo stesso debitore in linea con il più recente orientamento giurisprudenziale, peraltro coerente con le finalità della Direttiva *Insolvency*, volte al salvataggio dell'impresa "vitale" (risanabile cioè mediante la ristrutturazione negoziata del debitore) (Trib. Torre Annunziata, 20 luglio 2023, in *www.ilcaso.it*).

ziata per iniziativa dell'esperto o non siano trascorsi almeno quattro mesi dalla richiesta di archiviazione da parte dello stesso imprenditore nei due mesi dall'accettazione dell'esperto²⁷³ (art. 17, comma 9, CCII);

(ii) *per aspetti* sostanziali derivanti da assenza di

(a) *fattibilità giuridica*, come nei casi di accertata impossibilità di rinegoziazione per le qualità del creditore²⁷⁴,

(b) *fattibilità economica*, per circostanze fattuali legate all'indebitamento e all'entità aziendale che rendono improbabile il risanamento, come nei casi di pregressi tentativi di composizione e comprovata o dichiarata rigidità dei creditori o di particolare deterioramento del *business* o dell'entità aziendale. Sul punto il già menzionato decreto dirigenziale 21 marzo 2023 offre utili indicazioni, alla sez. III, par. 2.4, ove precisa che, proprio nei casi di insolvenza, ove le prospettive di risanamento devono essere concrete, l'esperto dovrà tener conto che «a fronte (i) di una continuità aziendale che distrugge risorse, (ii) dell'indisponibilità dell'imprenditore a immettere nuove risorse, (iii) dell'assenza di valore del compendio aziendale, le probabilità che l'insolvenza sia reversibile sono assai remote indipendentemente dalle scelte dei creditori, e dunque che in questi casi è inutile avviare le trattative»²⁷⁵. Sicché, in tali casi, potrebbe ritenersi (manifestamente) irragionevole che la composizione

²⁷³ Tale riduzione di termine è consentita solo una volta dalla legge.

²⁷⁴ Ad esempio, ove si tratti di creditore pubblico: come noto, infatti, non sembra ad oggi possibile "falcidiare" con la composizione negoziata i crediti previdenziali e assicurativi mentre con riguardo al credito tributario, a seguito del Correttivo-ter, lo stesso può essere oggetto di accordo in sede di composizione negoziata giusto il disposto dell'art. 23, comma 2-bis CCII. Tuttavia la stessa norma da ultimo evocata pone specifici limiti tra cui quello per cui «[l]a proposta non può essere formulata in relazione ai tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea». Peraltro si è anche visto che, ove non si intendesse condividere un'interpretazione correttiva della norma, la verifica del *best-interest-of-creditors test* per tali crediti mirerebbe alla "convenienza" rispetto alla liquidazione giudiziale e non al "trattamento non deteriore" come per gli altri crediti.

Sul tema v., per tutti, ante Correttivo-ter, G. ANDREANI, *Transazione fiscale, indisponibilità del credito tributario e composizione negoziata della crisi*, in *Diritto della crisi*, 15 gennaio 2024, 1 ss. e, dopo il correttivo, ID., *Le norme fiscali del terzo Decreto correttivo del codice della crisi*, *ivi*, 1 agosto 2024, 1 ss.

²⁷⁵ In tal senso sembrerebbe anche la recente giurisprudenza, come visto sopra: v. Trib. Napoli, 12 luglio 2024, cit., per cui «le misure protettive possono essere confermate solo laddove le stesse siano strutturalmente idonee a salvaguardare le trattative effettivamente in corso nell'ottica del raggiungimento di un risanamento che non appaia manifestamente implausibile a causa della palese inettitudine del piano di risanamento imbastito dall'impresa tenuto conto dei seguenti indici sintomatici:

1) l'espressa manifestazione di disponibilità alle trattative da parte di una platea di creditori ampiamente rappresentativa dell'intero ceto creditorio;

2) l'attestato di fiducia dell'esperto;

3) la mancanza di iniziative esecutive o liquidatorie in corso, e che inoltre l'impresa abbia già individuato le ragioni della propria crisi e delle azioni da intraprendere per superarla (idoneità del proprio andamento corrente, eventuale necessità di iniziative in discontinuità, cessione dell'azienda, ecc.).».

negoziata possa consentire un risanamento (in chiave oggettiva o soggettiva, a seconda della tesi seguita) secondo il *best-interest-of-creditors test*; con la conseguenza che (i) l'insolvenza potrà presumersi come *irreversibile* (per la tesi *estensiva*) o *assolutamente irreversibile* (per la tesi *super-estensiva moderata*) e (ii) l'organo di controllo non solo non dovrà procedere con la segnalazione *ex art. 25-octies* CCII, ma dovrà depositare l'istanza per l'apertura della liquidazione giudiziale *ex art. 37* CCII. A meno che, naturalmente, l'organo amministrativo, nelle eventuali interlocuzioni antecedenti tale deposito, non dimostri il contrario.

Delineato così il perimetro del presupposto della segnalazione e delle connesse e strumentali valutazioni dell'organo di controllo, occorre ora procedere con l'esame delle modalità di rilevazione di tale presupposto e della disciplina della segnalazione tratteggiata dal legislatore.

A tanto è dedicato il successivo capitolo.

Capitolo II

La disciplina della segnalazione interna: dalle modalità di rilevazione e comunicazione al meccanismo premiale in punto responsabilità

SOMMARIO. 1. Note metodologiche. – 2. La rilevazione del presupposto. – 2.1. Premessa: la sequenza giuridicamente rilevante della segnalazione. – 2.2. Materializzazione, emersione, rilevazione e ruolo dell'art. 3 CCII. – 2.3. Dovere di rilevazione, dovere di segnalazione e meccanismo di presunzione semplice di adempimento. – 2.4. I parametri normativi per la rilevazione della *pre-crisi* e dell'*insolvenza relativamente irreversibile*. – 2.4.1. La struttura dell'art. 3 CCII e i parametri normativi per la rilevazione della *pre-crisi*. – 2.4.2. ... (segue) I parametri normativi per la rilevazione dell'*insolvenza reversibile e relativamente irreversibile*. – 2.5. I rapporti tra segnalazioni interne ed esterne. – 2.5.1. La segnalazione dei «creditori pubblici qualificati»: nozione, *ratio* del coinvolgimento e cenni evolutivi dell'istituto. – 2.5.1.1. L'attuale disciplina. – 2.5.2. La segnalazione delle banche e degli intermediari finanziari e cenni evolutivi dell'istituto. – 2.5.2.1. L'attuale disciplina. – 2.5.3. Segnalazioni esterne e segnalazione *ex art. 25-octies* CCII. – 3. La disciplina della segnalazione *ex art. 25-octies* CCII ed il «*procedimento segnalatorio*». – 3.1. La competenza collegiale. – 3.2. La forma della segnalazione e le modalità di trasmissione. – 3.2.1. Il requisito della forma scritta. – 3.2.2. La sottoscrizione. – 3.3. Le caratteristiche ed i contenuti della segnalazione (*recte*, del *procedimento segnalatorio*). – 3.3.1. La tempestività della segnalazione: puntualità *vs.* precocità. – 3.3.2. Il contenuto e la motivazione della segnalazione. – 3.3.3. Il *procedimento segnalatorio* e i poteri dell'organo di controllo. – 3.3.3.1. Il «congruo termine» assegnato all'organo amministrativo. – 3.3.3.2. La dialettica con l'organo amministrativo ed il controllo giudiziario *ex art. 2409 c.c.* – 3.3.3.2.1. Omesso o inadeguato riscontro, rimedi ed art. 2409 c.c. – 3.3.3.2.2. Il perimetro del sindacato dell'organo di controllo. – 3.3.3.3. I rapporti e la dialettica con il soggetto incaricato della revisione legale dei conti. – 3.3.3.4. Segnalazione, riservatezza e revoca. – 3.3.3.5. Un confronto comparatistico: il *procedimento segnalatorio* francese dell'allerta attivata dai *commissaires aux comptes*. – 4. Il dovere di vigilanza in pendenza di trattative e la dialettica con l'esperto. – 5. Il meccanismo premiale in punto responsabilità. – 5.1. Tra dovere e onere. Una possibile interpretazione dei due commi dell'art. 25-octies CCII. – 5.1.1. La «tempestività» della segnalazione ai sensi del secondo comma dell'art. 25-octies CCII. – 5.1.2. La «vigilanza sull'andamento delle trattative». – 5.1.2.1. La necessità del ricorso alla composizione negoziata e l'estensione del meccanismo premiale: la tesi del «*procedimento di vigilanza integrato*». – 5.1.2.2. Il significato dell'onere di «vigilanza sull'andamento delle trattative». – 5.2. Il possibile significato della locuzione «dell'attenuazione o esclusione della responsabilità».

1. Note metodologiche

Esaminati, nel capitolo che precede, i tratti essenziali del presupposto della segnalazione, si tratta ora di analizzare più approfonditamente la disciplina e, segnatamente, di:

- (i) individuare le modalità attraverso cui l'organo di controllo possa (*rectius*, debba) *rilevare* l'esistenza del presupposto di cui all'art. 12 CCII onde procedere alla successiva *segnalazione ex art. 25-octies* CCII¹ nonché i parametri normativi necessari alla relativa valutazione;
- (ii) ricostruire le specifiche caratteristiche della segnalazione alla luce dei diversi poteri e doveri dell'organo di controllo;
- (iii) affrontare i profili di responsabilità ad essa connessi.

¹ Mentre non saranno oggetto di esame i singoli indici e criteri economici, patrimoniali e finanziari (che, in ogni caso, su quelli giuridici, invece oggetto di indagine, si innestano) necessari per addivenire all'accertamento dei presupposti. A tal proposito, valgano, dunque, solo alcuni cenni, rinviando per gli opportuni approfondimenti alla letteratura aziendalistica che si è occupata del tema.

Anzitutto, sembra, possibile ancora valorizzare, in tale prospettiva, le elaborazioni del CND-CEC in merito alle nozioni di «indicatori» e «indici» ai sensi dell'art. 13 CCII nella precedente versione mai entrata in vigore (*“Crisi d'impresa. Gli indici d'allerta”*, 20 ottobre 2019, reperibile su www.cndcec.it), con l'ovvia accortezza di (i) riparametrare gli accertamenti all'orizzonte temporale dei dodici mesi anziché dei sei e di (ii) considerare la prospettiva marcatamente anticipatoria (secondo anche le tesi qui sostenute) volta a valorizzare lo stadio della *pre-crisi* che appare collocarsi in uno *step* anteriore rispetto ai c.d. «fondati indizi della crisi» di cui al precedente art. 14 CCII, così potendo dare rilievo, in tale ottica, non solo quelli che erano stati definiti da tale documento gli «indicatori» ma anche ciascun «indice», come ivi parimenti definito (v. il capitolo introduttivo del presente lavoro, par. 2.1. e 2.2.).

Recentemente, si poi osservato che:

(i) quanto allo squilibrio patrimoniale, occorrerebbe verificare che il patrimonio netto assuma valori positivi e non sia troppo esiguo, considerato insieme all'indebitamento finanziario di lungo periodo rispetto all'indebitamento di breve periodo e all'attivo immobilizzato; non potendosi, inoltre ignorare, in tale prospettiva anche il superamento del valore dei ricavi di vendita annuali, da parte dei crediti verso i clienti e del magazzino;

(ii) quanto a quello economico, andrebbero considerati i ricavi calanti, i costi di competenza crescenti o statici, la redditività che si riduce sino ad azzerarsi;

(iii) quanto, infine, a quello finanziario, dovrebbe considerarsi l'attività caratteristica e, segnatamente, se questa genera contenuti o nulli flussi di disponibilità liquide o addirittura ne distrugge (ossia “brucia cassa”), attraverso l'indagine sul rendiconto finanziario, consuntivo o prospettico oppure indicatori quali il rapporto tra l'indebitamento finanziario ed il flusso annuo di cassa destinabile al suo servizio (v., A. PAVAN, *Assetto organizzativo e probabilità di crisi dell'impresa*, in *Soc.*, 2023, 757).

Con riguardo al necessario riferimento al risultato operativo lordo quale indicatore in base al quale determinare la valutazione dell'equilibrio finanziario, v. R. RANALLI, *Alcune riflessioni aziendalistiche sulla viability of the business della direttiva Insolvency, con particolare (ma esclusivo) riguardo al concordato in continuità*, in *Diritto della crisi*, 2 gennaio 2023, 11.

A tal proposito si suole ancora valorizzare, per l'analisi della copertura del debito, il *Debt Service Coverage Ratio (DSCR)*: per una sintesi si rinvia a P. BASTIA, *Crisi e insolvenza dopo il codice della crisi*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 22 agosto 2022, *passim*.

In particolare, si procederà, in primo luogo, nell'individuazione dei parametri normativi attraverso i quali l'organo di controllo può prendere coscienza e, quindi, *rilevare* e *valutare* quegli squilibri ritenuti rilevanti dal combinato disposto degli artt. 12 e 25-*octies* CCII al fine di procedere con la *segnalazione*, partendo dall'esame degli artt. 2086 c.c. e 3 CCII in tema di assetti e soffermandosi anche sulle segnalazioni cc.dd. "esterne" *ex* artt. 25-*novies* e *decies* CCII.

In secondo luogo, si passerà alla disamina dell'art. 25-*octies* CCII e, segnatamente, dei connotati specifici della segnalazione o, meglio, del *procedimento segnalatorio*, tentando di ricostruirne la disciplina avendo riguardo ai diversi poteri dell'organo di controllo e della dialettica con l'organo gestorio e con il soggetto incaricato della revisione legale dei conti.

Infine, si esaminerà l'impatto della norma sui doveri e le responsabilità del collegio sindacale, focalizzando l'attenzione sul comma 2 dell'art. 25-*octies* CCII, proponendo una lettura auspicabilmente armonica e geometrica dell'istituto con l'intero sistema dell'*early warning*.

2. La rilevazione del presupposto

2.1. Premessa: la sequenza giuridicamente rilevante della segnalazione

Occorre, dunque, anzitutto, esaminare le modalità di rilevazione del presupposto della segnalazione. Ciò, in quanto, nonostante il nuovo tenore della norma in esame, sembra doversi confermare quanto già sostenuto in passato in occasione della prima versione del CCII², ovvero sia che, da un lato, esiste una netta distinzione tra il dovere di *rilevazione* ed il dovere di *segnalazione* e, dall'altro, solo quest'ultimo dovrebbe rappresentare l'oggetto di un'obbligazione diretta dell'organo di controllo, mentre il primo potrebbe ritenersi soltanto un'obbligazione indiretta e cioè, assolvibile, mediante la vigilanza sull'adequazione degli assetti. Con, tuttavia, alcune necessarie precisazioni posto che, oggi, come si è visto, il presupposto della segnalazione non è più l'esistenza di «fondati indizi della crisi» come era con il testo dell'art. 14 CCII mai entrato in vigore.

In particolare, sembra necessario ulteriormente distinguere i momenti: (i) della *materializzazione*, nella realtà aziendale, dei "segnali"³ di pre-crisi, crisi e insolvenza; (ii) della loro *emersione* dalla medesima realtà aziendale; (iii) della loro *rilevazione* (che include quello della *valutazione*) e, conseguentemente, di

² V. *supra*, Introduzione.

³ Termine volutamente atecnico e generico onde non evocare già noti riferimenti impiegati in passato ovvero sia quelli di «indici», «indicatori», «indizi» di cui al precedente sistema dell'allerta mai entrato in vigore.

quella del presupposto per l'accesso alla composizione negoziata nella sua interezza, (iv) della segnalazione ex art. 25-octies CCII.

Tanto premesso occorre procedere con l'esame di ciascuno di tali momenti onde tracciare il perimetro della condotta dell'organo di controllo ai fini della segnalazione, anticipando sin d'ora che, a mio sommosso avviso, l'anello di congiunzione tra i medesimi sembra rappresentato, testualmente, logicamente e teleologicamente, dall'esistenza di adeguati assetti amministrativi, organizzativi e contabili⁴ sui cui l'organo di controllo, come noto, deve vigilare ex art. 2403 c.c.

⁴ Sugli assetti e, in particolare, sul ruolo rivestito nel diritto societario della crisi in ottica di prevenzione, la letteratura è ormai sterminata ed ogni tentativo ricognitivo sarebbe insoddisfacente. Senza alcuna pretesa di esaustività, quindi, si menzionano tra i lavori recenti, quelli di: A. PAVAN, *op. cit.*, 751 ss.; C. PRESCIANI, (voce) *Assetti Organizzativi d'impresa*, in *Dig. disc. priv. (sez. comm.)*, Agg. IX, Torino, 2022, 1 ss.; A. MIRONE, *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, I, 183 ss.; ID., *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta*, in *Rivista ODC*, 2020, 26; A. GUIOTTO, *La nuova "allerta" nella declinazione degli assetti organizzativi*, in *Fall.*, 2022, 1185 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi nella società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 441; R. RANALLI, *Adeguatezza degli assetti organizzativi. Indicatori e prevenzione della crisi tra tecnica e diritto*, in *Crisi d'impresa. Prevenzione e gestione dei rischi: nuovo codice e nuova cultura*, a cura di P. Montalenti, M. Notari, Milano, 2021, 55 ss.; E. GINEVRA, *Tre questioni applicative in tema di assetti adeguati nella s.p.a.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, I, 552 ss.; P. MONTALENTI, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, cit., 829; P. BASTIA e E. RICCIARDIELLO, *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali alla tempestiva rilevazione e gestione della crisi: tra principi generali e scienza aziendale*, in *Banca impr. soc.*, 2020, 359 ss.; R. SANTAGATA, *Assetti organizzativi adeguati e diritti particolari di "ingerenza gestoria" dei soci*, in *Riv. soc.*, 2020, 1455 ss.; E. GINEVRA, C. PRESCIANI, *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1216 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, 266; S. AMBROSINI, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato*, in *www.ilcaso.it*, 15 ottobre 2019, 1 ss.; P. BENAZZO, *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, 274 ss.; S. FORTUNATO, *Codice della crisi e codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2019, 956; R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce della crisi di impresa e insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2019, 929; V. DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Riv. soc.*, 2017, 324 ss.

In generale sull'adeguatezza degli assetti e sui principi di corretta amministrazione, è d'obbligo il riferimento alle opinioni, fondamentali anche per le riflessioni qui sviluppate, ai lavori monografici di M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, ID., *Profili di corporate governance della società per azioni tra responsabilità, controlli e bilancio*, Milano, 2009 nonché all'opera collettanea AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, diretto da M. Irrera, Bologna, 2016.

Per le numerose indagini aziendalistiche con riguardo agli assetti nell'ottica della prevenzione della crisi in relazione alla riforma della disciplina fallimentare v., a titolo esemplificativo, tra i lavori più recenti, P. BASTIA, *Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle imprese a struttura complessa e nei gruppi*, in *La Magistratura*, ANM, marzo 2022, 7 ss., ID., *Gli adeguati*

Con la conseguenza che tale adeguatezza potrebbe rappresentare un valido strumento non solo (sostanziale) di effettiva prevenzione della crisi ma anche (processuale) di difesa nelle eventuali azioni di responsabilità esercitate nei confronti degli organi sociali per asserita tardività della segnalazione o dell'accesso alla composizione negoziata⁵.

2.2. Materializzazione, emersione, rilevazione e ruolo dell'art. 3 CCII

L'adeguatezza degli assetti, nella prospettiva del CCII, sembra parametrata, in effetti, giusto il combinato disposto degli artt. 2086 c.c. e 3 CCII, proprio alla *rilevazione* tempestiva di squilibri idonei a rappresentare stadi di *pre-crisi*, *crisi* o *insolvenza* e, pertanto, anzitutto a rilevare il *presupposto* per ricorrere tempestivamente alla composizione negoziata e, nella prospettiva dell'organo di controllo, quello della segnalazione di cui all'art. 25-*octies* CCII, nei limiti dell'illustrata teoria del *presupposto cangiante*⁶.

Infatti, mentre l'art. 2086 c.c. funzionalizza gli assetti (anche) alla «*rilevazione* tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale», l'art. 3 CCII identifica le caratteristiche che tali assetti devono avere affinché tale situazione possa emergere e, quindi, essere rilevata dagli organi societari⁷.

assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle imprese: criteri di progettazione, in *Ristrutturazioni aziendali*, 27 luglio 2021.

⁵ Non è, dunque, obiettivo del presente capitolo quello di indagare il ruolo degli assetti nel diritto societario della crisi, bensì quello di verificare l'incidenza degli assetti sulla puntualità della segnalazione che è l'obbligo specifico oggetto di studio nel presente lavoro.

⁶ V. parte I, cap. I, par. 4.1.

⁷ «Ora con l'art. 3 il legislatore, riprendendo la definizione dettata dall'art. 2086 e prima ancora dall'art. 2381 c.c., precisa non tanto in che cosa consistono gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, ma quali sono gli obiettivi che tali assetti debbono garantire ai fini della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa. Questi obiettivi sono indicati nei commi 3 e seguenti della norma» (L. PANZANI, *La composizione negoziata dopo lo schema di decreto legislativo del C.d.M. del 17 marzo 2022*, in *Diritto della crisi*, 19 aprile 2022, 4). Sulla simmetria esistente tra l'art. 2086 c.c. e l'art. 3 CCII v. E. DE NUCCIO, C. BAUCO, *Ruolo, obblighi e responsabilità dei sindaci alla luce del nuovo Codice della crisi: gestione del rischio, flussi informativi e best practices*, in *Corporate governance*, 2023, 493.

Ai fini delle riflessioni esposte nel testo pare utile riportare, sin d'ora, il testo della disposizione che poi sarà esaminata successivamente: «1. L'imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte.

2. L'imprenditore collettivo deve istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative.

3. Al fine di prevedere tempestivamente l'emersione della crisi d'impresa, le misure di cui al comma 1 e gli assetti di cui al comma 2 devono consentire di:

Le due norme sembrano, dunque, compenetrarsi: l'art. 2086 c.c., con valore precettivo, individua l'obiettivo degli assetti nella prospettiva del CCII, secondo l'angolo visuale dei soggetti che hanno l'obbligo di rilevazione degli squilibri "rilevanti" (o, meglio, testualmente «della crisi» e, *a fortiori*, dell'insolvenza) e della perdita della continuità aziendale; l'art. 3 CCI (oggi rubricato «[a]deguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi di impresa») descrive le caratteristiche che tali assetti devono a tal fine possedere, declinando, nella prospettiva più schiettamente aziendalistica, i relativi connotati affinché i predetti squilibri e la perdita della continuità aziendale (e, ove possibile, come si dirà, anche della pre-crisi) possano *emergere* tempestivamente dalla realtà aziendale e, così, essere *rilevati* (ossia diagnosticati come tali).

In altre parole, *emersione* e *rilevazione* costituirebbero, secondo questa prospettiva, non solo logicamente, ma anche normativamente, una sequenza necessaria, prodromica all'attivazione degli organi sociali, a partire, per quanto qui interessa, dalla segnalazione dell'organo di controllo per il successivo ricorso da parte dell'organo amministrativo ad un percorso o uno strumento per la composizione o risoluzione della crisi d'impresa: entrambe (*emersione* e *rilevazione*) sarebbero, quindi, ontologicamente e logicamente successive alla *materializzazione* nella dinamica aziendale dello squilibrio in questione e anteriori alla *segnalazione*.

Detto altrimenti, la catena sequenziale logico-normativa tracciata, pur implicitamente dal legislatore, attraverso le norme menzionate, dovrebbe essere rappresentata da: (1) la *materializzazione* o verifica nella realtà fenomenica aziendale dei segnali di squilibrio (e, quindi, dei diversi eventi e dati aziendali che lo rappresentano); (2) la loro *emersione* dalla lettura diagnostica dei sistemi

a) rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore;

b) verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e rilevare i segnali di cui al comma 4;

c) ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui all'articolo 13, al comma 2.

4. Costituiscono segnali che, ancor prima dell'emersione della crisi o dell'insolvenza, agevolano la previsione di cui al comma 3:

a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;

b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;

c) l'esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il cinque per cento del totale delle esposizioni;

d) l'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie previste dall'articolo 25-novies, comma 1».

di controllo e, segnatamente, dagli assetti⁸; (3) la loro (*valutazione* e conseguen-

⁸Non è obiettivo del presente lavoro tracciare, definire ed individuare gli strumenti più opportuni per rendere gli assetti adeguati a tal fine. Valga, dunque, un cenno per mera completezza espositiva, alle più recenti indicazioni provenienti da giurisprudenza e dottrina. Anzitutto è d'obbligo il riferimento alla recente pronuncia del Tribunale di Cagliari (su cui v. anche *infra* ad altri fini) che nell'accogliere un ricorso *ex art.* 2409 c.c. proposto dal collegio sindacale ha individuato le caratteristiche che, in quel caso (che, tuttavia, pur nella sua peculiarità, trattandosi di una cooperativa, non presenta elementi tali da ritenerlo eccezionale rispetto alle indicazioni fornite dal Tribunale sul punto), un assetto adeguato avrebbe dovuto avere. In particolare, quanto a quello organizzativo, ha individuato: l'organigramma aggiornato e completo, il mansionario, la progettazione organizzativa adeguata, il sistema di gestione dei rischi. Quanto a quello amministrativo: gli strumenti di natura previsionale, quali, in particolare, il piano industriale ed il *budget* di tesoreria, la situazione finanziaria giornaliera, strumenti di *reporting*. Quanto a quello contabile: l'adeguatezza della contabilità generale all'esigenza di formare il bilancio nei termini e consentire un'adeguata informazione ai sindaci, la procedura di controllo dei crediti, la redazione del rendiconto finanziario, l'analisi di bilancio approfondita e non limitata alle esigenze di compilazione della relazione sulla gestione (Trib. Cagliari, 19 gennaio 2022, in *Soc.*, 2022, 1430). Sul tema la dottrina, anche alla luce del documento elaborato il 7 luglio 2023 dal CNDCEC e dalla FNC, ha tentato di sistematizzare le caratteristiche principali di cui dovrebbe essere dotato un assetto adeguato (ovviamente in termini generali e salve le specificità del caso concreto cui lo stesso concetto di «adeguatezza» notoriamente si riferisce: cfr. la letteratura citata in nt. 4 del presente capitolo). Ad esempio, si è osservato recentemente (M. ARATO, *I doveri degli amministratori per prevenire e gestire la crisi o l'insolvenza*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 22 luglio 2024, 13-14) che, fermo il riferimento alle dimensioni e alla complessità della società, alla natura e alle modalità di perseguimento dell'oggetto sociale,

- (i) un assetto organizzativo potrebbe definirsi adeguato «quando, in relazione esso:
 - dia evidenza dell'organizzazione gerarchica;
 - presenti un organigramma aziendale con chiara identificazione delle funzioni, dei compiti e delle linee di responsabilità;
 - dia evidenza dell'attività decisionale e direttiva della società da parte dell'amministratore delegato nonché dei soggetti ai quali sono attribuiti i relativi poteri;
 - includa procedure che assicurino l'efficienza e l'efficacia della gestione dei rischi e del sistema di controllo, nonché la completezza, la tempestività, l'attendibilità e l'efficacia dei flussi informativi anche con riferimento alle società controllate;
 - comprenda procedure che assicurino la presenza di personale con adeguata professionalità e competenza a svolgere le funzioni assegnate e che garantiscano un ordinato e regolare andamento della gestione;
 - preveda chiare direttive e procedure aziendali, loro aggiornamento ed effettiva diffusione»;
 - con l'obiettivo, in sostanza, «di assicurare l'istituzione e, conseguentemente, accertare l'esistenza di procedure interne all'organizzazione che risultino adeguate rispetto alle esigenze di *business* e di *governance* in termini sia di professionalità che di capacità di raggiungere gli obiettivi strategici e operativi, nonché di istituire e regolamentare i flussi informativi tra organi e funzioni aziendali»;
 - (ii) un assetto amministrativo-contabile potrebbe ritenersi adeguato ove permetta:
 - «la completa, tempestiva e attendibile rilevazione contabile e rappresentazione dei fatti di gestione;
 - la produzione di informazioni valide e utili per le scelte di gestione e per la salvaguardia del patrimonio aziendale;
 - la produzione di dati attendibili per la formazione del bilancio d'esercizio».
- L'A. poi conclude osservando che, quella che precede consisterebbe in «una elencazione sin-

te) *rilevazione* da parte degli organi sociali; (4) la loro *segnalazione*, ove integrino i presupposti per accedere alla composizione negoziata nei termini descritti secondo la tesi del *presupposto cangiante*, da parte dell'organo di controllo all'organo amministrativo. E la legge sembra predicare una marcata «tempestività» di tutta tale sequenza, posto che la «tempestività» (in termini, come si vedrà, di «puntualità» o «precocità»⁹) della *segnalazione* dovrebbe implicare, a sua volta, una necessaria tempestiva *rilevazione* e, ancor prima, *emersione* dei descritti segnali rispetto alla loro *materializzazione* (artt. 2086 c.c., 3 CCII e 25-octies CCII).

Così, nella prospettiva dell'organo di controllo, la sequenza “*materializzazione – emersione – rilevazione (e valutazione) – segnalazione*” pare rappresentata, normativamente, da, rispettivamente, l'art. 3 CCII (*emersione*), l'art. 2086 c.c. (*rilevazione*) e l'art. 25-octies CCII (*segnalazione*).

In effetti, la «*rilevazione tempestiva*» da parte degli organi sociali, della crisi e della perdita della continuità aziendale espressamente contemplata dall'art. 2086 c.c. e dall'art. 3, comma 2, CCII, non sembra conseguibile in assenza di una loro «*emersione*» altrettanto «*tempestiva*» dalla realtà fenomenica aziendale: in tali casi la tempestività dovrebbe, dunque, valutarsi con riguardo al lasso di tempo intercorrente tra la *materializzazione* o la verifica dello squilibrio e, più in generale, dei relativi segnali nella realtà aziendale, la loro *emersione* dall'interrogazione degli assetti¹⁰ e la loro successiva *rilevazione* da parte degli organi.

tetica, quasi una fonte di produzione normativa secondaria che dovrebbe essere scrupolosamente seguita dai “buoni amministratori”».

In argomento, v. anche i successivi documenti del CNDCEC e della FNC del 25 luglio 2023 [*Assetti organizzativi, amministrativi e contabili: check-list operative (assetti organizzativi, amministrativi e contabili)*] e del 10 ottobre 2024 [*Assetti organizzativi, amministrativi e contabili: check-list operative. Focus cooperative*] reperibili su <https://www.fondazionenazionalecommercialisti.it>, nonché la Circolare Assonime n. 27 del 21 novembre 2022.

Per una necessaria unitarietà degli assetti nel senso che gli stessi soddisfino i requisiti di adeguatezza non individualmente ma sistematicamente v., per la dottrina aziendalistica, P. BASTIA, *La continuità aziendale*, cit., 12 ss.

⁹ Come si avrà modo di evidenziare nel prosieguo (e, segnatamente, trattando della responsabilità e del secondo comma dell'art. 25-octies CCII), a mio sommo avviso, onde offrire una interpretazione coerente dell'intero sistema, valorizzando anche l'ipotesi “premiale” di cui proprio al secondo comma dell'art. 25-octies CCII, occorrerebbe sdoppiare il significato di «tempestività» in «puntualità» (che evoca il rispetto di un obbligo) e «precocità» (che, invece, dovrebbe riferirsi all'ipotesi premiale). Per comodità espositiva, sino ad allora si farà riferimento al concetto di «tempestività», ma nella consapevolezza di tale possibile distinzione più oltre esplorata.

¹⁰ Tenuto conto, quindi, della struttura aziendale e, in particolare, della c.d. “catena dei controlli” che connota lo stesso assetto. È, infatti, noto che i soggetti destinatari dei flussi informativi sono individuati: (i) nel c.d. *management* operativo ai vari livelli della struttura operativa, responsabile dei controlli di primo livello; (ii) negli organi di controllo specialistico di secondo e terzo livello (*internal auditor*, *controller*, *compliance manager*, *risk manager*); (iii) negli amministratori e nel collegio sindacale (sul tema v., in generale, per tutti, il recente contributo di A. PANIZZA, *Ade-*

A tal proposito il comma 3 dell'art. 3 CCII sembra delineare le caratteristiche che gli assetti dovrebbero possedere per prevedere addirittura in anticipo¹¹ la crisi («[a]l fine di *prevedere* tempestivamente l'emersione della crisi d'impresa [...] gli assetti di cui al comma 2 devono consentire di ...»), cristallizzando così il principio europeo dell'*early warning* ed offrendo altresì un'indicazione operativa prudente e strumentalmente idonea alla predetta rilevazione tempestiva: se, in altre parole, gli assetti sono adeguati per «prevedere» la crisi o l'insolvenza, a maggior ragione dovrebbero consentire una loro «tempestiva» rilevazione.

In questo senso il comma 4 dell'art. 3 CCII, introdotto dal Correttivo-ter, pare dimostrare ancor più chiaramente questa lettura, laddove precisa che le diverse esposizioni debitorie ivi elencate «[c]ostituiscano segnali *che, anche prima dell'emersione della crisi o dell'insolvenza, agevolano* la previsione di cui al comma 3»¹², «segnali» che, appunto, lo stesso comma 3 richiede che siano rilevati dagli assetti.

Sicché con tale previsione il cerchio sembra chiudersi nel senso che, per espressa indicazione normativa, gli assetti, per essere idonei a *rilevare* «tempestivamente» la crisi o l'insolvenza (artt. 3, commi 2 e 3, CCII), dovrebbero consentire l'emersione e poi la *rilevazione* di quei segnali tipici di una fase anteriore alla prima¹³ che, parimenti, dunque, dovrebbe essere *rilevata* con tempestività,

guati assetti organizzativi, amministrativi e contabili: aspetti (teorici ed) operativi, in Ristrutturazioni aziendali, 11 agosto 2021, *passim*).

¹¹ Cfr. in tal senso la Relazione Illustrativa del correttivo del CCII del 15 settembre 2022.

¹² La parte in corsivo è quella aggiunta dal Correttivo-ter. Così la relazione al Correttivo-ter «Si interviene quindi sul comma 4 per chiarire che i segnali elencati al suo interno servono ad agevolare, anche prima dell'emersione della crisi o dell'insolvenza, la “previsione” di cui al comma 3) e perciò non sono segnali di allarme per una situazione già compromessa, ma elementi che forniscono indicazioni in chiave prospettica e preventiva. Il che spiega anche le soglie particolarmente basse dell'art. 25-novies e il fatto che nel comma 3 di quella disposizione l'invito alla presentazione dell'istanza di accesso alla composizione negoziata è formulato soltanto “se ne ricorrono i presupposti”. Si ribadisce e si precisa così l'intento del legislatore delegato in sede di attuazione della direttiva, finalizzato a fornire all'imprenditore strumenti di monitoraggio della propria attività non solo tramite l'adozione di misure idonee di rilevazione della crisi già in atto ma anche con l'individuazione di segnali che, se considerati e valutati tempestivamente, consentono di evitare la situazione di difficoltà. In definitiva, l'imprenditore che si muove secondo le indicazioni fornite, agendo costantemente in via preventiva, evita la crisi e, se non vi riesce, ha maggiori possibilità di perseguire con successo il proprio risanamento» (enfasi mia).

¹³ Nel senso di una lettura della «tempestività» come capacità predittiva e anticipatoria alla luce del significato del verbo «prevedere» impiegato dalla norma v., recentemente, P. BASTIA, *Creditori pubblici qualificati e fisco. Le segnalazioni dei creditori pubblici qualificati nel Sistema informativo aziendale*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 8 luglio 2024, 12. L'A. sembra addirittura spingersi ad un livello ancora anteriore alla precocità, riferendosi ad una diagnosi «preventiva» (che valorizzi i cc.dd. “*weak signals*”: cfr. I. ANSOFF, *Managing Strategic Surprise by Response to Weak Signals*, in *California Management Review*, Winter, v. XVIII, n. 2, 1975), ma, a mio sommo avviso, la tesi potrebbe, da un lato, non aggiungere molto al sistema (anzi potendo rappresentare quasi una superfetazione), dall'altro, complicarlo ulteriormente (introducendo quindi una possibile fase ante-

fase che, pertanto, anche alla luce degli argomenti già illustrati al capitolo che precede, sembra essere proprio quella della *pre-crisi*.

Conseguentemente, in considerazione di una lettura sistematicamente e teleologicamente (ma ancor prima logicamente) coerente del dato normativo, il combinato disposto delle disposizioni in esame pare richiedere la necessaria strutturazione di assetti in grado di intercettare quei segnali che consentono di intercettare la *pre-crisi* e, quindi, in sostanza, di «prevedere» (anticipatamente) la *crisi* e l'*insolvenza* ovvero «prima della loro emersione». Necessaria strutturazione – occorre sin d'ora precisare – in quanto volta a dimostrare (come si vedrà, secondo l'interpretazione che si intende qui sostenere dei due commi dell'art. 25-octies CCII¹⁴) una «tempestiva» *rilevazione* sia nel senso di sua «puntualità» (per adempiere al «dovere di segnalazione» di cui al comma 1) che nel senso di sua «preco-cità» (onde beneficiare del «meccanismo premiale» di cui al comma 2).

Qui si colloca la restante disciplina dell'art. 3 CCII che, nel delineare le caratteristiche degli assetti, focalizza l'attenzione sulla loro capacità di intercettare e verificare specifici dati (dinamici) aziendali normalmente considerati sintomi di segnali di rilevante squilibrio ed idonei a verificare anche l'eventuale esistenza di un ragionevole risanamento. E, dunque, con una certa apprezzabile simmetria i due requisiti del presupposto della composizione negoziata, qui denominati dello *squilibrio rilevante* e del *ragionevole risanamento*.

Si fa, così, anzitutto riferimento, quanto al primo, alla loro idoneità a consentire di: (i) rilevare gli squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario [art. 3, comma 3, lett. a), CCII], (ii) rilevare determinate esposizioni debitorie, specificate al comma 4¹⁵ [art. 3, comma 3, lett. b)] e (iii) verificare la sostenibilità dei debiti e la continuità aziendale nei successivi dodici mesi [sempre art. 3, comma 3, lett. b)].

Quanto al secondo, poiché, come detto, un assetto adeguato ai sensi dell'art. 2086 c.c. dovrebbe anche consentire l'attuazione degli strumenti più opportuni per il superamento della crisi o il recupero della continuità aziendale (art. 2086 c.c.), il medesimo art. 3, comma 3, CCII evidenzia come gli assetti debbano essere idonei altresì a monitorare le prospettive di risanamento, consentendo, in altre parole, di ricavare le informazioni necessarie onde procedere all'utilizzo della lista di controllo particolareggiata per la relazione del piano di risanamento ed all'effettuazione del *test* pratico di cui all'art. 13 CCII per verificare la ragionevole perseguibilità del risanamento [art. 3, comma 3, lett. c)].

riore alla *pre-crisi* o sfumando eccessivamente i contorni di questa, già piuttosto indefiniti) senza, peraltro, indicazioni inequivoche sul punto.

¹⁴ Sulla differenza, come anticipato, si avrà modo di tornare ai successivi par. 2.4 e 5, trattando della responsabilità e del significato del secondo comma proprio dell'art. 25-octies CCII.

¹⁵ Ritenute particolarmente rilevanti per la qualità dei creditori (dipendenti, fornitori, istituti di credito e i cc.dd. «creditori pubblici qualificati») o per l'ammontare delle relative esposizioni (su cui v. *infra*, par. 2.5).

Alla luce di quanto sopra esaminato con riguardo al presupposto oggettivo per ricorrere alla composizione negoziata, sembra innegabile che gli assetti debbano rivelarsi funzionali (anzitutto) proprio ad intercettare tale presupposto e, nella prospettiva dell'organo di controllo, secondo la tesi del *presupposto cangiante*, di quello della segnalazione *ex art. 25-octies* CCII.

In effetti, anche solo sul piano della coerenza normativa, sarebbe difficilmente giustificabile sancire degli obblighi organizzativi asimmetrici rispetto a quelli operativi (come è quello di cui all'art. 25-octies CCII).

2.3. *Dovere di rilevazione, dovere di segnalazione e meccanismo di presunzione semplice di adempimento*

Tanto considerato, sembra ragionevole ritenere che il dovere di *rilevazione* in esame possa essere assolto solo se si sia previamente adempiuto al dovere di predisposizione di assetti nei termini sopra visti e, quindi, solo se i segnali dello squilibrio rilevante possano *emergere* con tempestività rispetto al momento della loro *materializzazione* o *verificazione* nella realtà fenomenica aziendale.

Conseguentemente, con riguardo all'organo di controllo, appare possibile sostenere che, in presenza di assetti adeguati secondo quanto illustrato al paragrafo che precede, possa presumersi una tempestiva *emersione* e ove vi sia stata anche una tempestiva *segnalazione ex art. 25-octies c.c.* (nei termini che vedremo), possa altresì presumersi una tempestività della *rilevazione* del relativo presupposto.

Ciò per le seguenti considerazioni.

L'attività di *rilevazione* del presupposto della segnalazione è attività complessa che passa anche da momenti valutativi ed inizia dall'attimo in cui il "segnale" rilevante *emerge* dagli assetti e termina con la decisione di procedere con la *segnalazione*. Momenti valutativi che – come si avrà modo di vedere oltre – dovrebbero includere anche rilevanti fasi istruttorie ed anche di interlocuzione con l'organo amministrativo¹⁶ (a partire dalla c.d. "fase zero"¹⁷).

¹⁶ Valorizzano, anche in questa prospettiva, la collaborazione tra l'organo di gestione e quello di controllo, recentemente, V. CALANDRA BUONAURA, *Ruolo e responsabilità degli organi di controllo nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2021, 791 ss.; P. BENAZZO, *Il controllo nelle società di capitali tra diritto comune e codice della crisi di impresa*, in *Riv. soc.*, 2020, 1551 ss.

¹⁷ Momento che era stato già individuato, all'alba dell'ingresso delle procedure di allerta nel nostro ordinamento, come fondamentale per instaurare una proficua interlocuzione con l'organo gestorio nel caso di successiva segnalazione. Momento nel quale, in sostanza, l'organo di controllo dovrebbe informare quello amministrativo dell'inizio delle proprie verifiche e valutazioni sull'esistenza dei presupposti per procedere con la segnalazione e che opererebbe da segnale di «preallarme», consentendo agli amministratori di individuare elementi e circostanze eventualmente ostative all'apertura della procedura e, ai sindaci, di avere un quadro esaustivo della situazione della

Il tempo intercorrente tra l'*emersione* dei segnali di squilibrio rilevante e tale decisione deve, quindi, essere sempre ragionevolmente contenuto in modo tale da rispettare il principio di tempestività (in ultimo della segnalazione), quale punto di riferimento dell'intera normativa.

In altre parole, poiché la tempestività della *rilevazione* appare giudicabile solo verificando l'ampiezza dello spazio temporale intercorrente tra l'*emersione* di un segnale di squilibrio rilevante e la decisione di procedere con la *segnalazione*, l'esistenza di assetti adeguati (e, quindi, come visto, idonei a far *emergere* tempestivamente tale segnale rispetto al momento della sua effettiva *materializzazione* nella realtà aziendale) e la successiva pronta decisione di procedere con la *segnalazione* rispetto al momento dell'*emersione*, potrebbero ragionevolmente far presumere la tempestività anche della stessa *rilevazione* del presupposto e, con essa, di tutta la descritta sequenza giuridicamente rilevante tra la *materializzazione* dell'evento-segnaletica nella realtà fenomenica aziendale e la *segnalazione* (purché naturalmente questa parimenti intervenga prontamente dopo la relativa decisione collegiale di procedervi).

Sicché, in presenza di adeguati assetti *ex artt.* 2086 c.c. e 3 CCII, nei termini visti al paragrafo che precede (che, come detto, potrebbe far presumere, la tempestività dell'*emersione* dei segnali di squilibrio rilevanti) e della prova di una *segnalazione* puntuale (ovvero sia della decisione di procedervi che poi della sua materiale comunicazione all'organo amministrativo) rispetto all'*emersione* dei medesimi segnali di squilibrio (che naturalmente troverà traccia anzitutto nei verbali dell'organo di controllo), potrebbe presumersi la «tempestività» anche della *rilevazione* del presupposto (quale meccanismo complesso valutativo del segnale) e, quindi, l'adempimento dell'organo di controllo al *dovere*¹⁸ di cui all'art. 25-*octies* CCII.

Laddove, quindi, potrebbe ritenersi «tempestivo» (nel senso anzitutto di «puntuale») ¹⁹ il tempo che un organo di controllo diligente, preso a modello, ma alla luce del caso concreto (e, dunque, tenuto conto della specifica realtà

società», rendendo «meno acuto il rischio di un'instaurazione eccessivamente precoce della procedura e consentirebbe al collegio sindacale un impiego più consapevole dell'allerta» (R. RUSSO, *Collegio sindacale e impresa in crisi*, cit., 202-203 e ivi riff.; per un confronto comparatistico v. successivo par. 3.3.3.5).

¹⁸Nonché – secondo la tesi più oltre sostenuta – l'assolvimento dell'*onere* di cui al secondo comma della norma in esame; in tal caso, il riferimento dovrebbe essere alla «precocità» e, quindi, alla *pre-crisi*. Si ricorda che secondo la tesi che più oltre si sosterrà il concetto di «tempestività», ai fini che ci occupano, potrebbe avere il duplice significato di «puntualità» e di «precocità»: nel primo caso il concetto atterrebbe all'adempimento del *dovere* di segnalazione (di cui al primo comma della norma), nel secondo all'assolvimento dell'*onere* di segnalazione (onde beneficiare quindi del meccanismo premiale di cui all'art. 25-*octies*, comma 2, CCII) (su cui v. *infra*, par. 2.4 e 5).

¹⁹Per la distinzione del concetto di «tempestività» in quelli di «puntualità» e «precocità» v. nota che precede e per un approfondimento sempre *infra*, par. 2.4 e 5.

aziendale e del singolo dato aziendale, evento o, in generale, squilibrio rilevante) impiegherebbe, una volta *emerso* quest'ultimo dagli assetti²⁰, a completare il proprio *iter* valutativo e, quindi, a procedere con la *segnalazione*. Fermo restando che, poi, tra la decisione verbalizzata di procedere con essa e la sua successiva materiale comunicazione all'organo amministrativo, non essendovi altri momenti di valutazione, dovrebbe passare un arco di tempo prossimo alla immediatezza.

La conclusione sembra peraltro coerente con i poteri e doveri dell'organo di controllo e, più in generale, con i principi in tema di adempimento delle obbligazioni contrattuali. Infatti, da un lato, ai sensi dell'art. 2403 c.c. il dovere di controllo, nella sua estensione, come noto, di controllo sulla legalità sostanziale, si estrinseca al più sull'adeguatezza degli assetti e sul loro concreto funzionamento, senza potersi estendere, nei limiti della *business judgment rule*, al merito gestorio, dall'altro, i poteri (ancorché ispettivi) dell'organo di controllo sono strumenti di riscontro, utili per verificare, corroborare e indagare dati e valutazioni sintetiche che emergono dagli assetti e dal sistema di controllo interno o per approfondire fatti eventualmente non intercettati dai primi (ad esempio, *ex* art. 2408 c.c.), ma non sono strumentali ad attività e valutazioni gestorie, non potendosi certamente esigere che il controllore proceda, specie nei contesti di ampie dimensioni, ad indagini e valutazioni "quotidiane", presso tutti i livelli aziendali²¹.

In conclusione, riterrei, pur con le precisazioni qui illustrate, di confermare, nella sostanza, la tesi, già sostenuta prima delle odierne modifiche del CCII²², per cui:

(i) la mera *segnalazione* «tempestiva» (*recte*, «*puntuale*»²³) rispetto all'*emersione* del dato o dello squilibrio rilevante non pare sufficiente per assolvere al-

²⁰ La cui adeguatezza rileverà sia in questa parte della "sequenza" (perché gli assetti sono necessari per svolgere gli opportuni approfondimenti) sia in quella anteriore ossia, come visto, per il momento dell'*emersione* del dato o dello squilibrio rilevante rispetto alla sua *materializzazione*.

²¹ In questo (e solo questo) senso, quindi, la vigilanza sugli assetti dovrebbe essere «costante» come era previsto nel precedente testo dell'art. 14 CCII ed oggi cionondimeno implicito, a mio sommo avviso, ma in questi termini, nel combinato disposto degli artt. 2086 c.c., 2403 c.c. e 3 CCII: la sua espunzione dall'art. 25-*octies* CCII non pare poter significare l'eliminazione della necessità di un monitoraggio costante (così, anche C. BAUCO, *op. cit.*, 8 con riguardo all'analogo art. 15 d.l. n. 118 del 2021 e, più recentemente in merito all'art. 25-*octies* CCII *ante* Correttivo-ter, sempre E. DE NUCCIO, C. BAUCO, *Ruolo, obblighi e responsabilità dei sindaci alla luce del nuovo Codice della crisi*, cit., 502-503) quanto, al più, il rischio di derive interpretative di una richiesta di verifica perpetua e "quotidiana", che già aveva suscitato qualche preoccupazione di eccessiva responsabilizzazione con riguardo al testo dell'art. 14 CCII. L'esistenza di un assetto "costantemente" adeguato, quindi, potrebbe dimostrare, al tempo stesso, il corretto adempimento dell'organo di controllo al dovere di cui all'art. 2403 c.c. nonché a tale dovere di monitoraggio costante.

²² V. Introduzione, par. 2.2.

²³ Per la precisazione v. sempre *infra*, par. 2.4 e 5.

l'obbligo di segnalazione, dovendo tale «tempestività» (*recte*, «puntualità») caratterizzare tutta la sequenza, dalla *materializzazione* alla *segnalazione*, passando per l'*emersione* e la *rilevazione* (e *valutazione*) del dato o squilibrio rilevante;

(ii) l'esistenza, invece, sia di assetti adeguati ai sensi (ed ai fini) degli artt. 2086 c.c. e 3 CCII che di una *segnalazione* «tempestiva» (*recte*, «puntuale») rispetto all'*emersione* del dato o del segnale di squilibrio rilevante, potrebbe rappresentare presunzione (quantomeno semplice) di «tempestività» (*recte*, «puntualità») dell'intera sequenza illustrata e, dunque, di corretto adempimento al *dovere* di «tempestiva» *segnalazione ex art. 25-octies CCII*²⁴.

2.4. I parametri normativi per la rilevazione della pre-crisi e dell'insolvenza relativamente irreversibile

Ciò premesso appare ora necessario individuare i criteri normativi in base ai quali effettuare la descritta *rilevazione*, quale necessario presupposto e antecedente logico della *segnalazione*.

Come si è cercato di sostenere nel precedente capitolo, l'art. 25-octies CCII, specie dopo il Correttivo-ter, sembra imporre un dovere di segnalazione di quegli stadi di «*crisi*» e «*insolvenza*» che rappresentano il presupposto per ricorrere alla composizione negoziata e, quindi, con il limite, secondo la tesi maggioritaria, dell'*insolvenza reversibile* o, per la tesi sopra proposta, dell'*insolvenza relativamente irreversibile*.

Inoltre, si è osservato, pur ancora succintamente, che anche quello della *pre-crisi* parrebbe rappresentare uno stadio «segnalabile» *ex art. 25-octies CCII*, ma solo ai fini del secondo comma della medesima norma ovvero onde beneficiare del meccanismo premiale ivi contemplato e non per assolvere ai propri doveri di controllo che, invece, dovrebbero ritenersi adempiuti con la segnalazione dei menzionati stadi di *crisi* e *insolvenza* nei termini indicati.

Ciò premesso, se il parametro normativo per *rilevare* lo stadio della «*crisi*» appare agevolmente individuabile poiché espressamente descritto dall'art. 2, comma 1, lett. a), CCII («l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi»), non altrettanto sembra potersi dire per gli altri due stadi della *pre-crisi* e della *insolvenza reversibile* o, laddove si seguisse la tesi proposta, dell'*insolvenza relativamente irreversibile*: il primo non è definito (se non nei termini illustrati al capitolo che precede), il secondo (come parimenti visto, specie nella prospettiva della tesi del *presupposto cangiante*) al più appare ricavabile dalla nozione di *insolvenza* [che ha, comun-

²⁴ Primo comma. Come si vedrà *infra* (par. 2.4 e 5) onde beneficiare del meccanismo premiale di cui al secondo comma (che attiene più, a mio avviso, ad un *onere*) saranno necessari ulteriori precisazioni.

que, contorni incerti, per quanto definita dall'art. 2, comma 1, lett. b), CCII] e, in negativo, dall'assenza di *insolvenza irreversibile* o *assolutamente irreversibile*.

Ancora una volta, è lo stesso CCII che pare offrire utili spunti di seguito proposti.

2.4.1. La struttura dell'art. 3 CCII e i parametri normativi per la rilevazione della pre-crisi

Come detto, sul piano definitorio, la *pre-crisi*, secondo la tesi qui condivisa, parrebbe potersi definire come la “probabilità della probabilità di crisi” e, quindi, visti gli artt. 2, comma 1, lett. a), e 12, CCII, come quello stadio in cui esiste la verosimile possibilità prospettica che, considerata l'esistenza di accertati squilibri patrimoniali o economico-finanziari, in assenza di adeguate misure, vi sarà l'insostenibilità dei debiti nei successivi dodici mesi.

Non esistono, però, parametri normativi espressi che declinino e, quindi, limitino la discrezionalità valutativa dell'organo gestorio e, ai fini del presente lavoro, dell'organo di controllo nell'individuazione di questo stadio, non risultando chiaro quando possa dirsi sussistente la probabilità (prospettica) di una insostenibilità dei debiti nei dodici mesi.

Ciononostante, a mio sommo avviso, alcune indicazioni parrebbero evincersi, pur soltanto in via indiretta e sistematica, ancora una volta dall'art. 3 CCII.

Questa norma, come anticipato, stabilisce che gli assetti devono consentire di:

- rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore;
- verificare la sostenibilità dei debiti almeno per i dodici mesi successivi;
- verificare le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi;
- verificare, sulla base delle informazioni ricavabili (necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e ad effettuare il test pratico di cui all'art. 13, comma 2, CCII) la ragionevole perseguibilità del risanamento;
- rilevare i segnali di cui al comma 4, ovverossia l'esistenza di poste debitorie nei confronti di debitori normalmente significativi di una crisi aziendale²⁵ [dipendenti, fornitori, banche, intermediari finanziari, cc.dd. creditori pubblici qualificati (essenzialmente, Erario, Inps, Inail)].

Esaminando la struttura della norma in una prospettiva teleologica (*ex art.* 2086 c.c.)²⁶ sembra potersi affermare che le diverse informazioni che gli assetti

²⁵ Sulle ragioni di tale “significatività” v. oltre.

²⁶ Cfr. F. GUERRERA, *Assetti organizzativi di gruppo e prevenzione delle crisi*, in *Ristrutturazioni*

dovrebbero far *emergere* ai fini della loro (non a caso) «rilevazione»²⁷ siano funzionali, in sostanza, a «verificare»: (i) la sostenibilità dei debiti nei dodici mesi [art. 3, comma 3, lett. b)], (ii) le prospettive della continuità aziendale nei dodici mesi (art. 3, comma 3, lett. b)] nonché (ii) la ragionevolezza del risanamento [art. 3, comma 3, lett. c)].

Sicché, leggendo sistematicamente l'art. 3 CCII con l'art. 12 CCII appare financo naturale abbinare (secondo una relazione di mezzo a fine) i presupposti della composizione negoziata con le *verifiche* che gli assetti dovrebbero consentire di effettuare e, quindi, da un lato, con la verifica della sostenibilità del debito e delle prospettive della continuità aziendale nei dodici mesi, il requisito o “corno” dello *squilibrio significativo* e, dall'altro, con la verifica delle prospettive di risanamento attraverso la possibilità di utilizzo della lista di controllo particolareggiata e l'effettuazione del *test* pratico, il requisito o “corno” del *ragionevole risanamento*²⁸.

Inoltre, scomponendo il primo requisito (quello dello *squilibrio significativo*) nei tre stadi in cui si compone (ossia della *pre-crisi*, della *crisi* e dell'*insolvenza*), sembra possibile sostenere che (i) la verifica della sostenibilità del debito nei dodici mesi consenta di *rilevare* gli stadi della *crisi* e dell'*insolvenza*, mentre (ii) quella sulla continuità aziendale nei dodici mesi, unitamente all'esistenza delle specifiche posizioni debitorie ai sensi del comma 4 dell'art. 3 CCII, sia strumentale (anche) alla rilevazione dello stadio della *pre-crisi*.

Ciò sulla base di alcuni argomenti.

Anzitutto, questa interpretazione renderebbe la norma, se letta in chiave funzionale all'art. 12 CCII, geometricamente coerente: mentre la insostenibilità del debito nei dodici mesi evidenzierebbe, alla luce del tenore letterale dell'art. 2, comma 1 lett. a) e b), CCII, gli stadi della *crisi* e quello dell'*insolvenza*, eventuali criticità nella continuità aziendale (non necessariamente escluse dall'esistenza della sostenibilità del debito²⁹), potrebbero rivelare l'esistenza non solo di una situazione di *crisi* ma anche di una sua mera probabilità prospettica e, quindi, di uno stadio di *pre-crisi*. Inoltre, per quanto attiene alle esposizioni debitorie rilevanti di cui al comma 4, è proprio quest'ultimo che testualmente, così

aziendali, 3 settembre 2024, 19 ss., per cui «[l']art. 3 CCII, nel ribadire la necessità di “istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative” (comma 2), si cura di individuare con precisione gli obiettivi minimi idonei allo scopo».

²⁷ Ossia, ex art. 3, comma 3, lett. a), b) e c): i. gli squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, ii. le esposizioni debitorie particolarmente gravi e rilevanti per quantità e/o qualità dei creditori e iii. le informazioni per la lista di controllo particolareggiata e per effettuare il *test* pratico.

²⁸ Per la distinzione del presupposto della composizione negoziata nei due requisiti o “corni” dello *squilibrio significativo* e del *ragionevole risanamento* v. parte I, cap. I.

²⁹ V. oltre.

come modificato dal Correttivo-ter, identifica le esposizioni debitorie ivi contemplate come segnali anticipatori dell'eventuale stadio di crisi: «[c]ostituuiscono segnali che, *anche prima dell'emersione della crisi o dell'insolvenza*, agevolano la previsione di cui al comma 3» (laddove il comma 3 fa riferimento, appunto, alla previsione tempestiva della crisi).

Seguendo questa interpretazione della norma, tutti gli stadi che costituiscono il presupposto della composizione negoziata troverebbero un loro corrispondente parametro nelle verifiche che gli assetti, ai sensi degli artt. 3 CCII e 2086 c.c., devono consentire di effettuare.

In secondo luogo, da un punto di vista sistematico – teleologico, è noto sia che la perdita della continuità aziendale rappresenti il primo stadio di difficoltà dell'impresa (tanto da rappresentare un riferimento fondamentale nella prospettiva bilancistica *ex art. 2423-bis c.c.*, degli obblighi informativi degli amministratori *ex art. 2428 c.c.* e dei principi contabili OIC 11 e IAS 1³⁰) sia che il fulcro dell'intera nuova disciplina societaria della (*pre-*)crisi risulta incentrata sulla preservazione della continuità aziendale³¹, aspetto che, come a più riprese anche qui detto, pare dimostrato da numerosi spunti sistematici rinvenibili in diverse fonti interne³² e internazionali³³.

³⁰ Il principio contabile OIC 11, prevede che i soggetti deputati alla predisposizione del bilancio debbano prospetticamente valutare la possibilità per l'«azienda di continuare a costituire un complesso economico funzionalmente destinato alla produzione di reddito per un prevedibile arco temporale futuro, relativo ad un *periodo di almeno dodici mesi dalla data di riferimento del bilancio*». Analogamente, secondo i principi contabili internazionali (IAS 1), nel determinare i presupposti della continuità, deve tenersi conto di tutte le informazioni disponibili sul futuro, *ciroscritto ad almeno dodici mesi*, dopo la data di chiusura del bilancio.

³¹ La continuità aziendale è stata da tempo definita “stella polare”, in tale materia (v., ad esempio, M. SPIOTTA, *La continuità aziendale: una nuova “stella polare” per il legislatore*, in AA.VV., *UE e disciplina dell'insolvenza (I parte)*, a cura di L. Boggio, in *Giur. it.*, 2018, 265 ss.). Sul tema si veda altresì ampiamente sempre M. SPIOTTA, *Continuità aziendale*, cit., *passim* e recentemente il saggio P. BASTIA, *La continuità aziendale e la dimensione strategica degli assetti*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 31 ottobre 2024.

³² Si consideri a tal proposito, anzitutto quanto emerge dalla stessa l. delega n. 155 del 2017: oltre a quanto già esaminato, si vedano, a titolo esemplificativo, i “Principi generali” di cui all'art. 2, lett. g) sulla priorità di trattazione delle proposte di concordato che comportino il superamento della crisi assicurando «la continuità aziendale», l'art. 3, comma 2 in materia di concordati di gruppo che ipotizza la previsione di piani unitari di risoluzione della crisi attraverso operazioni contrattuali e riorganizzative infragruppo funzionali alla «continuità aziendale», l'art. 5 che scoraggia concordati meramente liquidatori. Impregnato di tale concetto è poi lo stesso CCII, a partire dalle evidenti previsioni di favore per le soluzioni in continuità rispetto a quelle liquidatorie (v., su tutte, la differenza di disciplina tra concordato liquidatorio ed in continuità: cfr. artt. 84 ss. CCII).

In generale, sul ruolo della continuità aziendale nella riforma del diritto della crisi v., per tutti, già L. CALVOSA, *Le principali novità della riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza. Relazione introduttiva*, in *Crisi di impresa e insolvenza. Prospettive di riforma*, a cura di L. Calvosa, Pisa, 2017, 18.

Così fermo restando il comune orizzonte temporale dei dodici mesi, mentre la verifica della sussistenza della *crisi* si fonderebbe anzitutto sull'elemento della sostenibilità del debito in tale arco temporale (secondo la nozione fornita dallo stesso CCII), quella sulla *pre-crisi* potrebbe basarsi (oltre che sui dati derivanti dalle esposizioni debitorie di cui al comma 4 dell'art. 3 CCII, ritenute in tal senso rilevanti dalla legge stessa) sulla continuità aziendale che è notoriamente fondata su dati qualitativi anche diversi dall'esposizione debitoria, volti in particolare a verificare la capacità dell'impresa ad operare quale entità in funzionamento³⁴: a tal proposito si è soliti considerare, ad esempio, anche i profili gestionali, tra cui la perdita di amministratori o dirigenti chiave senza riuscire a sostituirli, la perdita di mercati fondamentali, di rilevanti contratti di distribuzione, di fornitori importanti e così via³⁵.

³³ Si vedano, come già anticipato, oltre alla Direttiva *Insolvency*, intrisa della continuità aziendale ed al Regolamento UE 848/2015: già la Raccomandazione della Commissione europea n. 135/2014 del 14 marzo 2014 che fin dal 1° *Considerando*, enuncia quale sua finalità quella di «garantire alle imprese sane in difficoltà finanziaria» la possibilità di «ristrutturarsi in una fase precoce», superando le disparità che sul punto si registrano tra i quadri nazionali; il principio UNCITRAL *Legislative Guide on Insolvency Law, parts One and Two* (2004), 12 (reperibile su www.uncitral.org); il piano d'azione imprenditorialità 2020 (reperibile su www.eur-lex.europa.eu). Per una sintesi v.: L. PANZANI, *Il preventive restructuring framework nella direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi. Assonanze e dissonanze*, in www.ilcaso.it, 14 ottobre 2019.

³⁴ Così il principio di revisione ISA Italia 570 ed il principio contabile OIC11.

³⁵ In questo ambito, dunque, sembrano rappresentare ancora punti di riferimento fondamentali i criteri suggeriti dalla dottrina aziendalistica e, in particolare, gli indici di crisi aziendale al fine di intercettare la perdita della continuità aziendale, che peraltro costituiscono il presupposto per l'adozione di piani di risanamento e ristrutturazione aziendale idonei al superamento della stessa. In argomento cfr. P. BASTIA, *Crisi e insolvenza dopo il codice della crisi*, cit., 25 ss.

Sul tema sembra parimenti rivestire un certo rilievo, come visto (v. par. 1 del presente capitolo, nt. 1) il documento elaborato dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti per dare attuazione al vecchio art. 13 CCII (*“Crisi d'impresa. Gli indici d'allerta”*, 20 ottobre 2019, cit.) o ancora il principio di revisione ISA 570 Italia, ma anche il Quaderno n. 71 dell'ODCEC di Milano che dedica ampio spazio alle procedure volte al riscontro della crisi di impresa, delineando un preciso *iter* per l'acquisizione e poi la successiva elaborazione delle informazioni idonee a “comporre” un efficace sistema di allerta preventivo e, soprattutto, a quanto previsto nel documento n. 570 redatto dalla Commissione paritetica per i principi di revisione istituita dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e Consiglio Nazionale dei Ragionieri, dove vengono segnalati indicatori finanziari, indicatori gestionali ed altri indicatori che «possono far sorgere dubbi sul presupposto della continuità aziendale» (cfr. le *Linee guida: «Informativa e valutazione nella crisi d'impresa»*, 30 ottobre 2015, 15 ss. V., sul punto: G.A. POLICARO, *“Sistemi di allerta interna”: il quaderno n. 71 della Commissione Controllo Societario dell'ODCEC di Milano*, in *Nuovo dir. soc.*, 2017, 1076-1077 in cui si dà atto delle sei fasi in cui si compone l'impianto di “rilevazione” proposto; UNGDCEC, Commissione per il Collegio Sindacale, *Il collegio sindacale nella crisi di impresa* (http://www.ugdcec.na.it/media/news/1/125/attach/Crisi_dimpresa_ugdcec.pdf) che sintetizza le procedure che, secondo il “Principio 570”, possono esser adottate quando sorgano dei dubbi sulla continuità aziendale.

2.4.2. ... (segue) I parametri normativi per la rilevazione dell'insolvenza reversibile e relativamente irreversibile

Quanto all'individuazione dei parametri normativi per delineare i contorni dell'ultimo stadio di "ammissibilità"³⁶, nella prospettiva – si ribadisce – meramente segnalatoria dell'organo di controllo³⁷, della composizione negoziata, occorre naturalmente distinguere a seconda che si intenda seguire la tesi dell'*insolvenza reversibile* oppure quella dell'*insolvenza relativamente irreversibile*, quali uniche tesi, a mio avviso, per le ragioni già esposte, ad oggi sostenibili. Nel primo caso occorrerà valutare la percorribilità di un *risanamento oggettivo* ancorché mediante continuità indiretta, nel secondo anche solo di un *risanamento soggettivo puro*.

In entrambi i casi, tuttavia, come detto al capitolo che precede³⁸, la verifica della continuità aziendale è destinata a rivestire un ruolo centrale in quanto, anche seguendo la tesi *super-estensiva moderata* e, quindi, dell'*insolvenza relativamente irreversibile*, la sua compromissione rappresenterebbe indice di un negativo *best-interest-of-creditors test* e, pertanto, potrebbe ben determinare il giudizio negativo dell'organo di controllo sulla sussistenza del presupposto della composizione negoziata e, quindi, della segnalazione.

Sicché, a parte i casi di irragionevolezza per *aspetti procedurali*³⁹ (che non possono non essere noti all'organo di controllo), i dati dell'indebitamento, così come quelli sulla continuità aziendale sono destinati a rivestire anche in tal caso un rilievo centrale onde valutare i casi di irragionevolezza per *aspetti sostanziali*⁴⁰.

A tal fine, sembra che, nuovamente, i parametri normativi per tale valutazione siano rinvenibili nell'art. 3 CCII, così come sopra interpretato in combinato disposto con gli artt. 2086 e 2403 c.c. consentendo, in tale ottica, di (i) verificare la prospettiva della continuità aziendale e la sostenibilità dell'indebitamento (ii) rilevare l'esistenza di inadempimenti di rilievo (in particolare quelli di cui al comma 4) e (iii) ricavare quelle informazioni rilevanti per effettuare il *test* di cui all'art. 13, comma 2, CCII.

2.5. I rapporti tra segnalazioni interne ed esterne

È dunque anzitutto attraverso l'interrogazione degli assetti che l'organo di controllo, anche attraverso i propri poteri di approfondimento istruttorio, quali in particolare quelli di cui all'art. 2403-*bis* c.c. nonché gli scambi informativi con il

³⁶ Secondo il significato atecnico di "ammissibilità" sopra descritto (v. Premessa e Introduzione).

³⁷ In considerazione della tesi del "*presupposto cangiante*" (v. cap. I, par. 4.1).

³⁸ Par. 4.3.1.

³⁹ V. par. 4.3.1.

⁴⁰ V. parimenti par. 4.3.1 del capitolo che precede.

revisore *ex art. 2409-septies c.c.*⁴¹, può effettuare le rilevazioni e le verifiche descritte ed essenziali per assolvere al dovere di segnalazione *ex art. 25-octies CCII*.

Tuttavia, il legislatore, unitamente a tali fonti interne di informazione, ha approntato un sistema di rilevazione anche esterno, che cristallizza, pertanto, il nuovo ruolo dell'organo di controllo interno, quale principale recettore degli squilibri e dello stato di salute dell'impresa⁴², in quanto destinatario non solo delle sopra descritte informazioni interne (e intercettate dagli assetti) ma anche delle segnalazioni dei c.d. "creditori pubblici qualificati" e del ceto bancario *ex artt. 25-novies e 25-decies CCII*.

Occorre pertanto domandarsi il rilievo di queste ultime segnalazioni (dette "esterne") sui doveri dell'organo di controllo e se, in sostanza, queste facciano scattare in automatico l'obbligo dell'organo di controllo di procedere con la segnalazione di cui all'*art. 25-octies CCII* oppure se quest'ultima debba in ogni caso essere preceduta da un ulteriore momento valutativo dell'organo di controllo.

2.5.1. La segnalazione dei "creditori pubblici qualificati": nozione, ratio del coinvolgimento e cenni evolutivi dell'istituto

La legge fa riferimento alla segnalazione esterna di Inps, Inail, Agenzia delle entrate, Agenzia delle entrate-Riscossione, ovvero dei "creditori pubblici qualificati" il cui rilevante ruolo è stato evidenziato dalla stessa Direttiva *Insolvency*⁴³.

Il loro coinvolgimento parrebbe dovuto ad una triplice ragione.

In primo luogo, perché è fatto notorio⁴⁴ che le imprese in difficoltà inizino col finanziarsi sospendendo i pagamenti dovuti nei confronti di questi creditori in quanto "fornitori non strategici"⁴⁵, prassi molto spesso condannata in pressoché tutti i giudizi di responsabilità in sede fallimentare⁴⁶.

⁴¹ Su cui v. *infra*.

⁴² "Nuovo ruolo", poiché, come visto in apertura (v. capitolo introduttivo), tale ruolo si affianca a quello tradizionale di controllo sulla gestione.

⁴³ Al 22° *Considerando* afferma, infatti, che «[e]arly warning tools which take the form of alert mechanisms that indicate when the debtor has not made certain types of payments could be triggered by, for example, non-payment of taxes or social security contributions». In argomento, recentemente, P. BASTIA, *Creditori pubblici qualificati e fisco. Le segnalazioni dei creditori pubblici qualificati nel Sistema informativo aziendale*, cit., 1 ss.

⁴⁴ La giurisprudenza ha avuto modo di precisare a più riprese che, ad esempio, il mancato pagamento di somme dovute all'amministrazione finanziaria per l'IVA ed iscritte a ruolo può considerarsi atto sintomatico di una situazione di insolvenza ai fini della dichiarazione di fallimento (cfr., ad esempio, Cass., 5 dicembre 2001, n. 15407, in *Onelgale*).

⁴⁵ In un'indagine di ormai circa dieci anni fa, che aveva coinvolto i tribunali italiani, era emerso come questa tipologia di debiti incidesse per circa il 30% sui passivi fallimentari (lo ricorda P. BASTIA, *op. ult. cit.*, 4 e 5 che ne sottolinea la natura opzionale e quindi deliberativa).

⁴⁶ V., tra molte, Trib. Milano, 8 ottobre 2020, in *www.ilcaso.it*: «[i]ntegra grave inadempienza

In secondo luogo, per alcuni interpreti, sarebbe la loro dimensione sociale ad averne imposto il contributo attivo in un tema così sensibile e, appunto, di impatto sociale come è la crisi d'impresa.

Infine, sono questi enti che, più di qualunque altro creditore (eccezion fatta – appunto – per il ceto bancario che non a caso rappresenta l'altra categoria di “segnalanti” esterni), sono destinatari di rilevanti informazioni dell'impresa e, quindi, in grado di aver maggior contezza dello stato di salute di un'impresa⁴⁷.

L'attuale disciplina è sensibilmente diversa dalle prime sembianze assunte dall'istituto. Molte sono state le influenze sull'impianto originario che doveva soltanto rispettare la l. delega n. 155 del 2017: il testo ha, infatti, attraversato, come ampiamente illustrato in apertura del presente lavoro, oltre alla forte corrente critica dottrinale, la legislazione emergenziale e l'approvazione della Direttiva *Insolvency*.

L'impianto originario della legge prevedeva l'intervento autoritativo dell'OCRI e la segnalazione esterna era disciplinata dall'art. 15 CCII, che non entrò mai in vigore, mentre il successivo d.l. n. 118 del 2021 non contemplava la segnalazione esterna.

In seguito, l'istituto della segnalazione dei creditori pubblici qualificati è stato reintrodotta nel CCII dalla l. 29 dicembre 2021, n. 233 di conversione del d.l. 6 novembre 2021, n. 152, ma (a parte l'ingresso dell'Inail, prima non contemplato) in misura decisamente depotenziata rispetto a quanto prevedeva il menzionato art. 15 CCII.

Infatti, l'attuale disciplina impone agli enti in questione di segnalare tempestivamente all'imprenditore o, nelle società, agli amministratori e, ove presente, all'organo di controllo, ritardi significativi nell'adempimento ai relativi oneri affinché questi si attivino onde assumere, dove necessario, le decisioni più opportune tra cui anzitutto l'accesso alla composizione negoziata della crisi. L'art. 15 CCII, invece, prevedeva sia un meccanismo – alla stregua della segnalazione interna – idoneo ad immettere l'impresa su di un sentiero forzato verso la composizione o regolazione della crisi⁴⁸ sia una specifica “sanzione” per l'omessa segnalazione, tra cui la perdita di efficacia del privilegio dei relativi crediti.

degli amministratori, rispetto all'obbligo primario, nell'ambito dei doveri di corretta gestione della società ex art 2392 c.c., del pagamento dei tributi e contributi, la scelta gestoria di omettere sistematicamente tale pagamento al fine di sostenere costi aziendali (retribuzioni dei lavoratori e debiti verso i fornitori), trattandosi di prassi illegittima da qualificarsi come componente di un sistema illecito di gestione societaria e di esercizio dell'impresa attraverso un implicito finanziamento pubblico».

⁴⁷ Cfr. S. PACCHI, *Le segnalazioni per la anticipata emersione della crisi. “così è se vi pare”*, cit., 11.

⁴⁸ In questo senso v. Circolare Assonime, *Composizione negoziata della crisi: segnalazione dei creditori pubblici qualificati e altre misure*, 17 febbraio 2022, n. 8. Peraltro lo stesso art. 15 CCII prevedeva al comma 5 che «[i] creditori pubblici qualificati di cui al presente articolo non procedono alla segnalazione di cui ai commi 1 e 4 se il debitore documenta di essere titolare di crediti di imposta o di altri crediti verso pubbliche amministrazioni risultanti dalla piattaforma per la ge-

Tale depotenziamento, al di là della condivisibilità o meno, sembra in linea col fatto che le soglie del nuovo testo, il raggiungimento delle quali fa scattare le segnalazioni degli enti creditori, sono più basse rispetto a quanto prevedeva l'art. 15 CCII e questo presumibilmente perché, secondo un condivisibile orientamento dottrinale, nella nuova versione la segnalazione dell'ente ha solo una funzione informativa, mentre con l'art. 15 CCII l'ente costringeva l'impresa ad attivarsi⁴⁹.

Il nuovo testo ad ogni modo contiene numerose novità che hanno sostanzialmente rivoluzionato l'istituto. Appare, dunque, opportuno un breve cenno alla relativa disciplina focalizzando l'attenzione sugli aspetti più rilevanti per la presente trattazione e, segnatamente, con riguardo alla dialettica con l'organo di controllo.

2.5.1.1. *L'attuale disciplina*

L'attuale art. 25-*novies* CCII prevede:

- (i) gli importi in presenza dei quali scatta la segnalazione del creditore;
- (ii) il termine entro cui trasmettere la segnalazione;
- (iii) le modalità e i destinatari della segnalazione;
- (iv) l'ambito di applicazione temporale della norma.

Quanto al primo aspetto:

– l'Inps deve⁵⁰ segnalare i ritardi di oltre novanta giorni del pagamento di contributi previdenziali per somme superiori: i) al 30% di quelli relativi all'anno

stione telematica del rilascio delle certificazioni, predisposta dal Ministero dell'economia e delle finanze ai sensi dell'articolo 4 del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 25 giugno 2012, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 2 luglio 2012, n. 152, e dell'articolo 3 del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 22 maggio 2012, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 21 giugno 2012, n. 143, per un ammontare complessivo non inferiore alla metà del debito verso il creditore pubblico qualificato. La consultazione della piattaforma avviene con modalità telematiche definite d'intesa con il Ministero dell'economia e delle finanze». Va altresì segnalato che ai sensi del comma 6 era previsto un peculiare meccanismo di pubblicità in favore degli enti: «[l]e Camere di commercio rendono disponibile, esclusivamente ai creditori pubblici qualificati, un elenco nazionale dei soggetti sottoposti alle misure di allerta, da cui risultino anche le domande dagli stessi presentate per la composizione assistita della crisi o per l'accesso ad una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza».

⁴⁹ Si tratta di «un supporto all'impresa che – grazie alla segnalazione – viene posta in grado di valutare se ricorrano i presupposti per l'apertura della composizione negoziata e non di un “attacco” per costringere l'impresa ad immettersi in un percorso quando non sia necessario» (S. PACCHI, *Le segnalazioni per la anticipata emersione della crisi*. “così è se vi pare”, cit., 12).

⁵⁰ L'utilizzo del termine sembra evocare un obbligo. Tuttavia, come accennato, rispetto al vecchio testo è stato espunto il meccanismo sanzionatorio: nella prima versione del CCII, infatti, l'osservanza dell'obbligo di segnalazione costituiva, per l'Inps e l'Agenzia delle entrate, condizione di efficacia del titolo di prelazione spettante sui crediti dei quali sono titolari e, per l'Agenzia delle en-

precedente o a € 15.000 per le imprese con lavoratori dipendenti (subordinati o parasubordinati); ii) a € 5.000 se non ci sono dipendenti;

– l'Inail deve segnalare l'esistenza di un debito per premi assicurativi scaduto da oltre novanta giorni e non versato superiore all'importo di € 5.000;

– l'Agenzia delle entrate deve segnalare l'esistenza di un debito scaduto e non versato relativo all'Iva superiore all'importo di € 5.000 (purché non inferiore al 10% dell'ammontare del volume d'affari risultante dalla dichiarazione relativa all'anno d'imposta precedente, ma ferma restando la necessaria segnalazione se il debito è superiore all'importo di € 20.000), che emerge dalla comunica-

trate-Riscossione, condizione per l'opponibilità del credito per spese e oneri di riscossione (sulla peculiarità della sanzione cfr., per tutti, le prime di riflessioni di B. INZITARI, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, in AA.VV., *Le crisi dell'impresa e del consumatore dopo il d.l. 118/2021*. Liber amicorum di Alberto Jorio, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2021, 83-84). Tale meccanismo sanzionatorio costituiva evidentemente un forte incentivo ad effettuare la segnalazione, potendo peraltro aprire la strada pure ad azioni per danno erariale.

Oggi, invece, il tenore della norma è diverso e non pare obiettivamente possibile sostenere la permanenza della predetta sanzione, stante la sua eccezionalità e non ricavabilità da alcun principio generale. Sicché si ritiene che non vi siano sanzioni per il mancato invio delle segnalazioni da parte dei creditori pubblici, con l'ovvia conseguenza del rischio di possibili ritardi e inerzie [quando di non vera e propria arbitrarietà (così S. BELLOCCHIO, *Le segnalazioni operate dai creditori pubblici qualificati*, in AA.VV., *La nuova composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, a cura di G. Sancetta, A.I. Baratta, C. Ravazzin, Milano, 2022, 392)] nell'attività di segnalazione tali da depotenziare la finalità di precoce emersione della crisi.

Sul punto sia concesso sollevare qualche dubbio (anche se la questione ovviamente non può essere qui compiutamente affrontata) comunque utile per la ricostruzione di eventuali responsabilità connesse ai meccanismi di segnalazione. Riterrei che il vuoto di disciplina, in uno con il richiamo ai doveri di buona fede di cui all'art. 4 CCII, possa determinare, infatti, la riespansione dei principi generali in quanto nel momento in cui è previsto un espresso dovere non si comprende come questo possa essere privo di conseguenze, quantomeno civilistiche che, salvo diversa disposizione espressa, trovano applicazione anche nei rapporti con la pubblica amministrazione, specie ove agisca quale creditore (sul tema sia concesso rinviare a F. SUDIERO, *La responsabilità del "creditore pubblico qualificato" nell'aggravamento del dissesto*, paper per il XVI Convegno Annuale dell'associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale "Orizzonti Del Diritto Commerciale": "Stato, Imprese, Mercati in un mondo alla ricerca di nuovi equilibri", Roma, 21-22 febbraio 2025 e più in generale sulla responsabilità, ad esempio, dell'amministrazione finanziaria, v. recentemente, per tutti, A. SALVATI, *La tutela aquiliana nei confronti dell'amministrazione finanziaria*, Napoli, 2020. Se, infatti, appare innegabile – come si vedrà – la possibile responsabilità dell'organo di controllo in caso di ritardo (salvi i noti problemi in punto nesso di causa e quantificazione del danno), non si vede come il creditore pubblico qualificato possa *sic et simpliciter* andare esente da responsabilità. A mio sommo avviso, proprio la mancanza di definizione di una conseguenza (prima forse circoscritta alla perdita del privilegio), potrebbe in conseguenza della riespansione dei principi generali – ma il punto è evidentemente da esplorare e, come detto, trascende gli obiettivi del presente lavoro – spalancare le porte ad un concorso dell'ente creditore all'eventuale aggravamento del dissesto, quantomeno nei termini – con i dovuti adattamenti – dell'organo di controllo e salvi i necessari accertamenti in punto elemento soggettivo, nesso di causa e quantificazione del danno (tenuto conto che i doveri dell'ente si arrestano qui, mentre quelli dell'organo di controllo proseguono).

zione dei dati delle liquidazioni periodiche di cui all'art. 21-*bis*, d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (conv. in l. 30 luglio 2010, n. 122)⁵¹;

– l'Agenzia delle entrate-Riscossione deve segnalare l'esistenza di crediti affidati, autodichiarati o definitivamente accertati scaduti da più di novanta giorni e superiori ad € 100.000, 200.000 o 500.000 rispettivamente per imprese individuali, società di persone, altre società.

È, dunque, evidente la riduzione delle soglie rispetto ad una prima versione (dell'allora art. 15) del CCII, ma, come già anticipato, l'intera impalcatura – e, se si vuole, la funzione – di tale segnalazione è ora differente⁵².

Quanto al secondo aspetto, la segnalazione deve essere inviata:

– dall'Agenzia delle entrate, contestualmente alla comunicazione di irregolarità di cui all'art. 54-*bis* del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, e, comunque, non oltre centocinquanta giorni dal termine di presentazione delle comunicazioni di cui all'art. 21-*bis* d.l. n. 78 del 2010⁵³;

– dall'Inps, dall'Inail e dall'Agenzia delle entrate-Riscossione, entro sessanta giorni decorrenti dal verificarsi delle condizioni o dal superamento degli importi sopra indicati.

Quanto al terzo aspetto, è necessario che la segnalazione sia tracciabile, per cui essa dovrebbe avvenire per iscritto, posto che la legge ne dispone l'invio mediante posta elettronica certificata o, in mancanza, mediante raccomandata con avviso di ricevimento. Essa, in particolare, deve essere destinata all'imprenditore «e», ove esistente, anche all'organo di controllo nella persona del presidente del collegio sindacale in caso di organo collegiale. La legge non menziona espressamente l'organo amministrativo ma è naturalmente implicito nel riferimento all'«imprenditore».

Invero l'invio all'imprenditore o all'organo amministrativo potrebbe pure essere non necessario in presenza di un adeguato assetto, trattandosi di soggetti che, da un lato, sono i destinatari diretti degli atti impositivi/di accertamento e delle comunicazioni ufficiali degli enti che partecipano al procedimento accertativo o di riscossione, dall'altro, hanno o dovrebbero avere coscienza e conoscenza dei *day to day business*. Mentre di maggiore impatto, anche ai fini che ci occupano, è la comunicazione all'organo di controllo, il quale ben potrebbe essere messo all'oscuro o comunque non percepire con immediatezza le esposizioni debitorie in questione. Sul tema si avrà modo di tornare oltre.

⁵¹ Lettera da ultimo sostituita dall'art. 37-*bis*, comma 1, lett. a), d.l. 21 giugno 2022, n. 73, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 agosto 2022, n. 122.

⁵² V. precedente par. 2.5.1. Per una critica rispetto a tali soglie in quanto idonee ad innescare tardivamente i *feed back* delle criticità v. P. BASTIA, *op. ult. cit.*, 7.

⁵³ Lettera da ultimo sostituita dall'art. 37-*bis*, comma 1, lett. b), d.l. 21 giugno 2022, n. 73, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 agosto 2022, n. 122.

Da un punto di vista soggettivo, residuano ancora quantomeno due questioni da considerare.

Anzitutto, l'eliminazione tra i destinatari del revisore. Assenza che, al di là della sua giustificazione o meno, non pare altrimenti colmabile e, prima del Correttivo-ter, poteva apparire in linea con l'espunzione del revisore dalla segnalazione interna di cui all'art. 25-octies CCII⁵⁴. La norma, tuttavia, è oggi rimasta immutata nonostante il Correttivo-ter abbia reintrodotto i revisori tra i soggetti che devono procedere con la segnalazione *ex art. 25-octies CCII*. Sicché, l'interessamento sul punto del revisore sembra destinato ad essere confinato soltanto allo scambio di informazioni con l'organo di controllo ai sensi dell'art. 2409-septies c.c.⁵⁵.

In secondo luogo, la legge parla prima di «organo di controllo» ma poi di «presidente del collegio sindacale»: riterrei – come si ribadirà oltre a proposito dell'esame della segnalazione nella prospettiva degli «altri» controllori⁵⁶ – che non vi siano dubbi sull'applicazione analogica della norma anche alle società che adottano il sistema dualistico e monistico.

Da un punto di vista oggettivo, la segnalazione deve contenere «l'invito alla presentazione dell'istanza di cui all'articolo 17, comma 1, se ne ricorrono i presupposti»: in altre parole, l'invito a presentare l'istanza di nomina dell'esperto per l'accesso alla composizione negoziata, ricorrendone i presupposti. Il tenore letterale della norma sembra destinato ad essere meramente “copiato ed incollato” nelle segnalazioni sebbene la proposizione indicata non sia virgolettata. Secondo, invero, una prima interpretazione letterale della norma si sarebbe tentati dal sostenere che l'ente che effettua la segnalazione dovrebbe persino procedere con una previa valutazione sui presupposti per accedere alla composizione e, se sussistenti, effettuare l'invito. Tuttavia, non vi è chi non veda come tale interpretazione si spinga a richiedere all'ente una valutazione che obiettivamente, in quanto soggetto esterno all'impresa, non può fare. Conseguentemente non rimane che ritenere che la proposizione sia un mero “promemoria” sull'esistenza dell'istituto e sulla possibilità di accedervi, appunto, «ricorrendone i presupposti». E così pare che si stiano muovendo gli enti, ovverosia recando fedelmente la proposizione nelle segnalazioni. Per esempio, a tal proposito, nella circolare Inail è illustrato il seguente *standard*: «[s]i invita pertanto, qualora ne ricorrano i presupposti, a presentare l'istanza di nomina dell'esperto indipendente di cui all'art. 17, comma 1, CCII, ovvero a rivolgersi alla sede Inail com-

⁵⁴ Il revisore era infatti contemplato nel testo originario del CCII e, segnatamente, all'art. 14 su cui v. *supra*.

⁵⁵ Così espressamente anche il recente Documento n. 259 di ASSIREVI, *L'obbligo di segnalazione da parte del revisore di situazioni di crisi e insolvenza ai sensi dell'art. 25-octies CCII modificato dal d.lgs. n. 136/2024 (“Correttivo ter”)*, dicembre 2024, 17, reperibile su www.assirevi.com.

⁵⁶ Parte II, cap. I.

petente per definire le modalità di rientro *in bonis* prima dell'attivazione delle procedure di riscossione coattiva del credito»⁵⁷.

Di contro, come si vedrà oltre, tale precisazione sembra offrire un ulteriore argomento sistematico per ritenere che l'esistenza di esposizioni debitorie idonee a provocare le segnalazioni in questione non siano di per sé sufficienti a far scattare l'obbligo di segnalazione dell'organo di controllo. In altre parole che tali segnali di allarme – se così si volessero qualificare le esposizioni debitorie in questione – non dovrebbero ritenersi automaticamente segnali di insolvenza, crisi o pre-crisi *ex art. 12 CCII*. Con la conseguenza che tali segnalazioni avrebbero come unico effetto quello di mettere in moto un meccanismo di monitoraggio e di istruttoria interna al fine di rilevare e gestire tempestivamente anche solo lo scenario di pre-crisi, in linea con il principio europeo dell'*early warning*.

Quanto, infine, all'ultimo aspetto (l'ambito di applicazione temporale) la disposizione in esame si applica:

- per l'Inps, in relazione ai debiti accertati a decorrere dal 1° gennaio 2022;
- per l'Inail in relazione ai debiti accertati a decorrere dall'entrata in vigore del CCII⁵⁸;
- per l'Agenzia delle entrate, in relazione ai debiti risultanti dalle comunicazioni di cui all'art. 21-*bis* del d.l. n. 78 del 2010 a decorrere da quelle relative al secondo trimestre 2022⁵⁹;
- per l'Agenzia delle entrate-Riscossione, in relazione ai carichi affidati all'agente della riscossione a decorrere dal 1° luglio 2022.

2.5.2. La segnalazione delle banche e degli intermediari finanziari e cenni evolutivi dell'istituto

L'art. 25-*decies* CCII impone alle banche e agli intermediari finanziari, nel momento in cui comunicano al cliente variazioni in senso peggiorativo, sospensioni o revoche degli affidamenti, di darne notizia anche agli organi di controllo societari, se esistenti.

La legge fa riferimento alle banche e gli altri intermediari finanziari di cui all'art. 106 del testo unico bancario (d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385).

La *ratio* è evidente, ma parzialmente diversa da quella relativa al coinvolgimento dei creditori pubblici qualificati: le banche e gli altri intermediari finanziari, stante la loro prossimità all'impresa – normalmente “*partner*” quantomeno in senso lato di esse –, nonché il loro costante monitoraggio sul rischio di credi-

⁵⁷ Circolare Inail n. 28 del 16 giugno 2023, allegato 2.

⁵⁸ L'Inail si è occupato della procedura da seguire e alla modulistica da adottare ancora nella menzionata circolare 16 giugno 2023, n. 28.

⁵⁹ Lettera da ultimo sostituita dall'art. 37-*bis*, comma 1, lett. c), d.l. 21 giugno 2022, n. 73, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 agosto 2022, n. 122.

to di ciascuna posizione (tenuto anche conto dell'adozione nei bilanci degli istituti di credito del principio contabile IFRS 9), sono anch'essi *stakeholders* "qualificati" in grado di intercettare segnali di allarme⁶⁰.

2.5.2.1. L'attuale disciplina

Banche e intermediari finanziari devono⁶¹ informare l'organo di controllo (ed anche in tal caso non il revisore⁶²), ove esistente, delle variazioni «in senso peggiorativo», delle sospensioni e delle revoche degli affidamenti, ossia ogni mutamento significativo (negativo) di ciascun rapporto o della valutazione della banca rispetto all'impresa nella concessione del credito⁶³ e devono farlo nel momento in cui lo comunicano al cliente (dunque – sembra – nell'immediatezza se non contestualmente).

La disposizione, a seguito del Correttivo-ter, fa dunque riferimento a variazioni «in senso peggiorativo», a sospensioni o revoche degli affidamenti, laddo-

⁶⁰ S. LEUZZI, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal d.ln.118 del 2021*, in *Diritto della crisi*, 28 settembre 2021, 19 ss.

⁶¹ Anche in tal caso non è prevista una espressa sanzione o conseguenza negativa per l'omessa o ritardata segnalazione. Tuttavia, non sembra che, per le argomentazioni già sopra illustrate con riguardo al creditore pubblico qualificato, si possano escludere a priori forme di responsabilità anche per tali soggetti. In questo senso si è espressa anche la dottrina proprio con riguardo ai casi in cui dall'omessa comunicazione possa derivare un aggravamento della crisi, ipotizzando non solo una responsabilità risarcitoria ma persino una di tipo diretto per lesione del credito o indiretto per concorso nell'inadempimento dell'organo di controllo (B. INZITARI, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, cit., 81) o, ancora, in sede di concorso nei reati fallimentari dell'imprenditore nei quali gli intermediari potrebbero essere coinvolti (M. SCIUTO, *Quel che resta degli obblighi di segnalazione nel Codice della crisi*, in *Il Fallimentarista*, 29 luglio 2022). Il tema potrebbe evocare riflessioni analoghe a quelle sviluppate con riguardo alla concessione abusiva del credito (su cui v., per tutti, già A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, in *Giur. comm.*, 1978, 219 ss. e, più recentemente: B. INZITARI, *Il curatore è legittimato all'azione di responsabilità verso gli amministratori e la banca per abusiva concessione di credito e aggravamento del dissesto*, in *Dir. fall.*, 2017, I, 720 ss.; ID., *L'azione del curatore per abusiva concessione di credito*, in *Diritto della crisi*, 5 agosto 2021; F. DIMUNDO, *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, Milano, 2019, 51; G.P. LA SALA, *La responsabilità da abusiva concessione del credito alle imprese nella prospettiva del codice civile (con qualche riflessione critica sugli orientamenti della giurisprudenza recente)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, 805 ss.; N. ABRIANI, L. BENEDETTI, *Finanziamenti all'impresa in crisi e abusiva concessione di credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, I, 41 ss.; M. SPADARO, *Il curatore e l'azione per abusiva concessione del credito*, in *Fall.*, 2023, 1122.

⁶² Sicché anche sul punto sarà la diligenza professionale e l'art. 2409-septies c.c. a giocare un ruolo rilevante nell'istruttoria.

⁶³ Cfr. R. RORDORF, *L'obbligo delle banche di comunicare le modifiche degli affidamenti agli organi di controllo delle società loro clienti ex art. 14, comma 4, CCII*, in *Diritto della crisi*, 4 maggio 2021, 1 ss.

ve per «affidamento» dovrebbe intendersi qualsiasi operazione che abbia generato erogazione di credito⁶⁴ e «che quindi abbia originato una posizione debitoria dell'impresa nei confronti della banca a fronte della quale sia stata decisa dall'ente finanziatore una variazione di non minima portata»⁶⁵.

Il Correttivo-ter ha, quindi, rispetto alla versione precedente dell'art. 25-novies CCII:

- (i) espunto il riferimento alle «revisioni» degli affidamenti,
- (ii) precisato che le «variazioni» da comunicare devono essere solo quelle «in senso peggiorativo»,
- (iii) aggiunto, tra le informazioni da comunicare, le «sospensioni» degli affidamenti.

Così cogliendo quanto sostenuto da una parte della dottrina, sul fatto che le segnalazioni in questione avrebbero dovuto riguardare solo quelle in senso peggiorativo⁶⁶: si era, infatti, osservato che la formulazione della norma avrebbe rischiato di far pervenire all'organo di controllo una mole di informazioni anche non necessarie al fine della tempestiva rilevazione di uno stadio significativo di difficoltà dell'impresa, determinando inefficienze ed il rischio opposto di ingolfare i meccanismi di controllo⁶⁷; con la conseguenza che sarebbe stato necessario contenere, sulla base della diligenza professionale dell'operatore bancario, il numero ed il tipo di informazioni da trasmettere (e, segnatamente, secondo alcuni Autori, limitare gli obblighi informativi proprio a quelle modifiche degli affidamenti a carattere peggiorativo)⁶⁸.

⁶⁴ S. PACCHI, *op. ult. cit.*, 17.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ In questo senso anche la relazione di accompagnamento al Correttivo-ter: «L'intervento corregge la formulazione della norma, risultata eccessivamente generica nel prevedere la segnalazione per ogni modifica dei rapporti negoziali tra istituti di credito e impresa, individuando con maggiore precisione l'ambito applicativo in coerenza con la sua funzione di precoce strumento di segnalazione. Si chiarisce, quindi, che l'obbligo di comunicazione a carico delle banche nei confronti degli organi di controllo societario riguarda solo le variazioni degli affidamenti di natura peggiorativa e la sospensione degli affidamenti».

⁶⁷ S. AMBROSINI, *La riforma della disciplina della crisi e dell'insolvenza*: motus in fine velocior, in *www.ilcaso.it*, 17 settembre 2018, 7 ss. che sospettava anche il vizio di eccesso di delega con riguardo alla norma in esame.

⁶⁸ M. FERRO, G.B. NARDECCHIA, I.L. NOCERA, *D.lgs. n. 14/2019: il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2017, 44.

Invero, come si era parimenti sostenuto, il tenore precedente avrebbe potuto rivestire una sua utilità, posto che anche l'aumento dell'erogazione del credito, se derivante da comportamenti negligenzi (se non abusivi), potrebbe essere fonte di aggravamento della situazione economica o finanziaria della società. Di talché, in tali situazioni, l'organo di controllo, così informato, avrebbe potuto prontamente reagire, anzitutto informando l'organo amministrativo (B. INZITARI, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di se-*

2.5.3. Segnalazioni esterne e segnalazione ex art. 25-octies CCII

Tanto premesso, occorre ora esaminare il rapporto tra le diverse segnalazioni e, segnatamente, l'effetto di quelle esterne appena analizzate sui doveri di *rilevazione e segnalazione* dell'organo di controllo.

Occorre domandarsi, quindi, come anticipato in apertura al presente paragrafo, se le segnalazioni indirizzate all'organo di controllo facciano scattare in automatico l'*obbligo* di questo di effettuare la segnalazione di cui all'art. 25-octies CCII.

La risposta parrebbe negativa⁶⁹.

Infatti, sostenere la tesi opposta significherebbe:

(i) escludere qualsivoglia valutazione, sul punto, in capo all'organo di controllo;

(ii) qualificare l'esistenza delle esposizioni debitorie oggetto di segnalazione esterna alla stregua di presunzione assoluta quantomeno di *pre-crisi* (ove, come qui sostenuto, questo si ritenga stadio sufficiente a far scattare la segnalazione) e, persino, di *ragionevoli prospettive di risanamento*, quali requisiti del presupposto della segnalazione ancorché "filtrati" dalla tesi del *presupposto cangiante*.

Due conclusioni che si pongono, a mio avviso, in contrasto con l'interpretazione letterale, teleologica, sistematica e storica delle norme in esame, posto che sembra evidente che il legislatore abbia inteso richiedere all'organo di controllo, mediante il complesso delle disposizioni in esame, una (attenta e cauta) valutazione prima di procedere con la segnalazione e ciò a prescindere che il relativo presupposto risulti da una loro diretta rilevazione o da una segnalazione esterna.

Anzitutto, da un punto di vista letterale, i debiti e le situazioni che originano le segnalazioni esterne sono definiti dalla stessa legge «segnali che, *anche prima dell'emersione della crisi o dell'insolvenza, agevolano la previsione*» tempestiva della crisi (art. 3, comma 4, CCII). Sicché, per espressa indicazione normativa, essi sono meri sintomi, dati oggettivi e asettici, che, per quanto importanti, possono solo «agevolare» la rilevazione del presupposto per accedere alla composizione negoziata, potendo verificarsi «anche prima» della *crisi* e dell'*insolvenza* (e, quindi, per ipotesi, anche prima della *pre-crisi*⁷⁰) e che, pertanto, si inserisco-

gnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione, cit., 81 e ivi riff. anche al menzionato tema della concessione abusiva del credito).

⁶⁹ V. subito *infra* per le argomentazioni a sostegno della tesi, ma sin d'ora v. *Contra*, ancorché, a mio avviso, apoditticamente, v. DE NUCCIO, C. BAUCO, *Ruolo, obblighi e responsabilità dei sindaci alla luce del nuovo Codice della crisi: gestione del rischio, flussi informativi e best practices*, cit., 514.

⁷⁰ Potendo, al più, rappresentare indici di questo stadio, la cui segnalazione, tuttavia, come si vedrà oltre, potrebbe rappresentare un mero onere e non un dovere (cfr., in particolare, successivo par. 5).

no nell'*iter* valutativo preordinato alla verifica della sussistenza del presupposto per accedere alla composizione negoziata senza necessariamente coincidere con esso⁷¹.

Nel medesimo senso depone anche, in chiave sistematico – letterale, lo stesso art. 25-*octies* CCII che richiede che la segnalazione dell'organo di controllo sia «motivata», aspetto che dovrebbe implicare che la segnalazione sia completa e ragionevolmente argomentata⁷². Se, invece, bastasse, per effettuare tale segnalazione, l'aver ricevuto quella dei soggetti esterni di cui agli artt. 25-*novies* e 25-*decies* CCII, di certo non sarebbe necessaria alcuna sostanziale motivazione se non un mero richiamo a quest'ultima.

Inoltre, sempre da un punto di vista sistematico – testuale, come anticipato poc'anzi, è l'interpretazione più plausibile dello stesso art. 25-*novies* CCII a deporre in tal senso ove afferma che il creditore pubblico qualificato debba invitare alla presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto «se ne ricorrono i presupposti», precisazione che vale a dire che l'esistenza delle esposizioni rilevanti ex art. 25-*novies* CCII, non è da sola sufficiente (quantomeno in assenza di una

⁷¹ Così, pareva deporre già la Relazione Illustrativa del correttivo del 15 settembre 2022: «[i]n tale ottica, le segnalazioni previste nella norma non intendono evidenziare all'imprenditore una situazione di evidente squilibrio, ma hanno la funzione di notificarlo tempestivamente dell'esistenza di determinati inadempimenti che potrebbero anche non essere significativi ma che l'impresa deve valutare per verificare *se sono frutto di una fisiologica carenza di liquidità o se sono segnali di una situazione di difficoltà rispetto alla quale occorre intervenire*. La mancata previsione di passaggi ulteriori a carico dei creditori pubblici qualificati e di conseguenze rispetto all'eventuale omessa attivazione da parte dell'impresa rendono chiaro l'intento della norma che, va ribadito, serve a segnalare, *in uno stadio molto anticipato*, l'esistenza di inadempimenti *che potrebbero anche non richiedere, all'esito dell'analisi della complessiva situazione dell'impresa rimessa al debitore, l'attivazione di strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza*» (enfasi mia).

Così, si consideri, nuovamente, il passo della relazione al Correttivo-ter: «[s]i interviene quindi sul comma 4 per chiarire che i segnali elencati al suo interno servono ad agevolare, anche prima dell'emersione della crisi o dell'insolvenza, la «previsione» di cui al comma 3) e perciò *non sono segnali di allarme per una situazione già compromessa, ma elementi che forniscono indicazioni in chiave prospettica e preventiva*. Il che spiega anche le soglie particolarmente basse dell'articolo 25-*novies* e il fatto che nel comma 3 di quella disposizione l'invito alla presentazione dell'istanza di accesso alla composizione negoziata è formulato soltanto «se ne ricorrono i presupposti». Si ribadisce e si precisa così l'intento del legislatore delegato in sede di attuazione della direttiva, finalizzato a fornire all'imprenditore strumenti di monitoraggio della propria attività non solo tramite l'adozione di misure idonee di rilevazione della crisi già in atto ma anche con l'individuazione di segnali che, se considerati e valutati tempestivamente, consentono di evitare la situazione di difficoltà. In definitiva, l'imprenditore che si muove secondo le indicazioni fornite, agendo costantemente in via preventiva, evita la crisi e, se non vi riesce, ha maggiori possibilità di perseguire con successo il proprio risanamento» (enfasi mia). Analogamente v. la Relazione dell'Ufficio del Massimario n. 10 del 30 gennaio 2025 (pp. 3-4).

⁷² Cfr. nello stesso senso già con riguardo all'art. 14 CCII, V. DONATIVI, *op. cit.*, 143 per il quale la motivazione è necessaria per evitare segnalazioni meramente di stile e volte a precostituire ragioni di possibile esonero da responsabilità.

ulteriore valutazione rimessa ai destinatari della segnalazione) a rappresentare il presupposto per l'accesso alla composizione negoziata.

Ancora da un punto di vista sistematico, non sembra potersi ignorare la genericità dell'art. 25-*decies* CCII, il quale potrebbe dar vita a segnalazioni esterne dal contenuto anche piuttosto innocuo sul piano della rilevanza per la continuità aziendale e l'equilibrio finanziario, patrimoniale ed economico.

A ciò fa *pendant* l'argomento teleologico per cui, non sembra che la legge intenda favorire il proliferarsi di "falsi positivi" di intralcio all'ordinaria attività sociale, preordinata all'esercizio dell'attività di impresa e non a difendersi esclusivamente da rischi. Piuttosto l'obiettivo appare quello di accendere determinate "spie" ed attirare l'attenzione degli organi societari in presenza di segnali tipicamente idonei a rappresentare possibili "indizi" (per mutuare un vecchio termine⁷³) di squilibri rilevanti al fine di una loro intercettazione e valutazione tempestiva.

Sembra, di contro, piuttosto evidente che sia richiesta un'attenta meditazione da parte dell'organo di controllo per valutare se le spie di possibili stadi pre-crisi, crisi o insolvenza, oggetto delle segnalazioni esterne siano anche prove dell'esistenza di uno scenario di *significativo squilibrio* nel senso sopra illustrato. Solo in questo senso sembrerebbe spiegarsi l'intermediazione dell'organo di controllo (tra segnalanti esterni e organo amministrativo), solo, cioè, in vista di una dialettica "professionale" con l'organo amministrativo. Diversamente la segnalazione dell'organo di controllo sarebbe meramente pleonastica, un inutile doppiopione delle segnalazioni esterne (posto che la società e il suo organo gestorio dovrebbero, peraltro, già essere al corrente dei rapporti con i creditori pubblici ed il ceto bancario).

Infine, sempre in chiave teleologica (e, per vero, anche sistematica e ancor prima logica), non può omettersi di considerare che il presupposto per la composizione negoziata, come visto al capitolo che precede, prevede anche il *ragionevole risanamento* che si declina nell'esistenza di una *insolvenza reversibile* o *relativamente irreversibile* (a seconda della tesi seguita), ma che pur sempre implica una valutazione che non può derivare dalle segnalazioni esterne e dalle esposizioni in questione.

Tale interpretazione sembra conclusivamente avvalorata anche dal dato storico: le soglie del nuovo art. 25-*novies* CCII, ossia quelle in presenza delle quali scattano le segnalazioni degli enti creditori, sono più basse rispetto al passato e questo presumibilmente perché, nella nuova versione del testo normativo, la segnalazione dell'ente dovrebbe, in effetti, avere solo una funzione informativa, mentre nella prima versione l'ente *costringeva* l'impresa ad attivarsi⁷⁴: si tratta,

⁷³ Da precedente testo dell'art. 14 CCII: i «fondati indizi della crisi» (su cui v. capitolo introduttivo).

⁷⁴ S. PACCHI, *Le segnalazioni per la anticipata emersione della crisi*, cit., 12.

come già detto, di «un [mero, n.d.r.] supporto all'impresa che – grazie alla segnalazione – viene posta in grado di valutare se ricorrano i presupposti per l'apertura della composizione negoziata e non di un “attacco” per costringere l'impresa ad immettersi in un percorso quando non sia necessario»⁷⁵.

In questo senso si pronunciano anche le Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate che, nei criteri applicativi della norma 11.3 stabiliscono che «[i]n caso di segnalazione del creditore pubblico qualificato, il collegio *non è obbligato* ad effettuare la segnalazione al consiglio di amministrazione, ma è tenuto a esaminare tutti gli elementi in quel momento sono messi a sua disposizione per analizzare se l'esistenza degli adempimenti segnalati sia effettivamente indice di uno stato di crisi o di insolvenza. Il collegio sindacale è inoltre tenuto a verificare l'attualità della segnalazione e se l'organo amministrativo non sia ricorso ad altri strumenti previsti dall'ordinamento che consentano lo stralcio del debito tributario o contributivo»⁷⁶.

Pare, pertanto, doversi concludere che la segnalazione dei creditori pubblici qualificati, e, *a fortiori*, delle banche ed intermediari finanziari (che potrebbero anche non avere ad oggetto l'esistenza di esposizioni debitorie) non abbia come conseguenza inevitabile la segnalazione dell'organo di controllo né tanto meno l'attivazione della composizione negoziata della crisi, ma rappresentino solo (rilevanti) elementi che l'organo deve valutare ai fini dell'espletamento dei propri compiti⁷⁷.

Concorde con questa tesi è anche Assonime: «[l]a segnalazione *non comporta, dunque alcun obbligo di attivazione della composizione negoziata*, ma solo un dovere in capo agli organi sociali di *verificare* se i ritardi segnalati costituiscano sintomi di crisi o di minaccia per la continuità aziendale, al fine dell'adozione dei rimedi più idonei. Tale attività di verifica si inserisce nel quadro degli ordinari obblighi degli organi sociali delineati dagli artt. 2086 e 2403 c.c.»⁷⁸.

Sicché, si è detto, «[d]elicato sarà, allora, il compito dell'organo di controllo

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Enfasi mia. La Norma in esame poco prima del Correttivo-ter recitava «[i]n caso di segnalazione del creditore pubblico qualificato, il collegio *non è obbligato* alla segnalazione al consiglio di amministrazione, ma all'esame di tutti gli elementi in quel momento a sua disposizione per analizzare che l'esistenza degli adempimenti segnalati sia effettivamente indice di uno squilibrio economico patrimoniale o finanziario della società. Esso è inoltre tenuto a verificare l'attualità della segnalazione e se l'organo amministrativo non sia ricorso ad altri strumenti previsti dall'ordinamento che consentano lo stralcio del debito tributario o contributivo» (modifiche dettate dunque sostanzialmente alla revisione dell'art. 12 CCII da parte del medesimo Correttivo-ter).

⁷⁷ Ad esempio, appunto, di segnalazione *ex art. 25-octies* CCII o, se la situazione è più grave, invitando l'organo amministrativo a considerare strumenti di regolazione della crisi o, nei casi di insolvenza (assolutamente) irreversibile, come qui sostenuto, procedere con l'istanza per l'apertura della liquidazione giudiziale *ex art. 37* CCII.

⁷⁸ Circolare Assonime n. 8 del 17 febbraio 2022 (enfasi mia).

nel soppesare scrupolosamente la effettiva realtà dell'impresa, senza anteporre la propria impunità»⁷⁹.

Ciò, in particolare, alla luce, come si vedrà, dei possibili meccanismi premiali di cui al secondo comma dell'art. 25-octies CCII⁸⁰.

3. La disciplina della segnalazione ex art. 25-octies CCII ed il “procedimento segnalatorio”

Esaminato il presupposto della segnalazione e le modalità della sua rilevazione, occorre ora analizzare la disciplina della segnalazione, partendo dalle sue caratteristiche e giungendo ai riflessi in punto responsabilità dell'organo.

Quanto alle modalità di adozione della relativa decisione e comunicazione, la disposizione richiede che la segnalazione sia (i) adottata collegialmente (per vero lo dice solo implicitamente) e (ii) trasmessa: (ii).(a) per iscritto, (ii).(b) all'organo amministrativo e (ii).(c) mediante mezzi che assicurano la prova dell'avvenuta ricezione.

Quanto ai contenuti della segnalazione, la medesima disposizione prevede che essa debba essere (i) tempestiva, (ii) motivata, (iii) debba contenere l'indicazione della sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto nonché (iv) la fissazione di un congruo termine, non supe-

⁷⁹ S. PACCHI, *Le segnalazioni per la anticipata emersione della crisi*, cit., 20, EAD., *l'allerta tra la reticenza dell'imprenditore e l'opportunità del creditore. Dal codice della crisi alla composizione negoziata*, in *Dir. fall.*, 2022, 501 ss.; per analoghe riflessioni v. M. SCIUTO, *Quel che resta degli obblighi di segnalazione nel codice della crisi*, cit., 1 ss., nonché più recentemente P. BASTIA, *Creditori pubblici qualificati*, cit., 23 ss., V. PETTIROSSI, *Il ruolo dei creditori pubblici qualificati nell'emersione tempestiva della crisi. Implicazioni delle segnalazioni per il governo dell'impresa*, in *Dir. fall.*, 2022, 1186 ss., C. BAUCO, *op. cit.*, 10.

In chiave comparatistica la tesi appare coerente, ancora una volta, con l'ordinamento francese, nel quale si è osservato che i *commissaire aux comptes* devono procedere, onde poi effettuare la segnalazione che attiva la procedura d'allerta, con una valutazione «globale e sintetica» dei fatti riscontrati durante l'attività di vigilanza, verificando che non vi siano circostanze idonee ad attenuare o neutralizzare quei profili di squilibrio che isolatamente potrebbero compromettere la continuità aziendale (D. VIDAL, G.C. GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, Issy-les-Moulineaux, 2016, 62 ss.).

⁸⁰ Giova considerare la discutibile posizione recentemente espressa da Assirevi con riguardo, però, ai soggetti incaricati della revisione legale per cui questi dovrebbero procedere con la segnalazione nei casi in cui riscontrassero i segnali di cui all'art. 3, comma 4, CCII, anche se viene precisato che così non dovranno procedere ove emergano elementi «probativi» che escludano la sussistenza dei presupposti per la segnalazione stessa. Il che pone ulteriore evidenza, come si vedrà, sull'importanza delle interlocuzioni con l'organo amministrativo ed il coordinamento con l'organo di controllo (ASSIREVI, *Documento di ricerca n. 259. L'obbligo di segnalazione da parte del revisore di situazioni di crisi e insolvenza ai sensi dell'art. 25-octies CCII modificato dal d.lgs. n. 136/2024 (“Correttivo ter”)*, dicembre 2024, *passim*, reperibile su www.assirevi.com).

riore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle «iniziative intraprese».

La norma sul punto, come anticipato nella parte introduttiva del presente lavoro, ricalca l'art. 15 d.l. n. 118 del 2021, che, a sua volta conteneva similitudini con il vecchio testo dell'art. 14 CCII. Sicché nel richiamare quanto sopra già illustrato al proposito⁸¹, occorre procedere con alcuni necessari approfondimenti.

3.1. La competenza collegiale

Non sembrano esservi dubbi sulla competenza collegiale in merito alla decisione se effettuare o meno la segnalazione, posto che, come noto, salva diversa specifica disposizione normativa, la collegialità è la modalità ordinaria con cui le decisioni dell'organo di controllo vengono assunte (specie ove relative all'esercizio di poteri reattivi, a differenza dei poteri ispettivi, invece, individuali per espressa previsione di legge)⁸². In questo senso le stesse nuove Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate affermavano, nei criteri applicativi della norma 11.3, prima della versione successiva al Correttivo-ter che «[l]a segnalazione all'organo amministrativo è deliberata collegialmente dal collegio sindacale e deve essere verbalizzata e sottoscritta da ciascun componente». A seguito del Correttivo-ter il punto è stato modificato precisando che «[l]a segnalazione all'organo amministrativo è deliberata collegialmente dal collegio sindacale o a maggioranza dei componenti del collegio medesimo. Il sindaco dissenziente evidenzia nel verbale del collegio i motivi del proprio dissenso».

Peraltro, la scelta di una competenza collegiale pareva già all'epoca dell'approvazione della versione originaria del CCII (l'allora art. 14) la più condivisibile anche per ragioni di opportunità, considerate le necessarie valutazioni che stanno tuttora alla base della segnalazione e che, quindi, potevano essere meglio sviluppate (meditate e ponderate) in una sede collegiale di confronto.

Sempre con riguardo, infine, alla collegialità, occorre domandarsi (come, invece, già fatto anche con riguardo al vecchio art. 14 CCII) se il meccanismo

⁸¹ V. par. 3 e 5 dell'Introduzione.

⁸² A. MIRONE, *op. cit.*, 51, G. BONFANTE, *Le misure di allerta*, in *Giur. it.*, 2019, 1971. In senso dubitativo, invece, P. BENAZZO, *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, 279 mentre in senso opposto v. M.S. SPOLIDORO, *Procedure d'allerta, poteri individuali degli amministratori non delegati e altre considerazioni sulla composizione anticipata della crisi*, in *Riv. soc.*, 2018, 179 ss. Sul tema della collegialità dei poteri v, già, *ante* riforma del diritto societario, G. CAVALLI, *I sindaci*, in *Tratt. SPA Colombo e Portale*, V, Torino, 1988, F. BONELLI, *I poteri individuali del sindaco*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 524, nonché più recentemente, S. AMBROSINI, *I poteri del collegio sindacale*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, III, Torino, 2007, *passim*.

premiale di cui all'art. 25-*octies*, comma 2, CCII⁸³ si applichi al sindaco dissenziente rispetto alla decisione della maggioranza di:

- (i) effettuare una segnalazione dovuta;
- (ii) effettuare una segnalazione non dovuta;
- (iii) non effettuare una segnalazione dovuta;
- (iv) non effettuare una segnalazione non dovuta.

Salve le ipotesi *sub (iv)*, in cui pare già evidente l'irrelevanza del dissenso (posto che la segnalazione non è dovuta e nessuna segnalazione è avvenuta), e *sub (ii)* ove il sindaco dissenziente non potrebbe essere ritenuto responsabile (o "revocabile") per eventuali segnalazioni temerarie o negligenti⁸⁴ (purché abbia verbalizzato il proprio dissenso *ex art.* 2404 c.c.), piuttosto complesse appaiono quelle *sub (i)* e *(iii)*.

Nel primo caso non sembra in effetti chiaro se il sindaco dissenziente (rispetto ad una segnalazione doverosa) possa o meno godere del meccanismo premiale in questione. Sebbene, in realtà, la segnalazione sia, in concreto, effettuata e sebbene la norma parli di un'attenuazione o esclusione di responsabilità per l'intero organo, più di un dubbio potrebbe sorgere in ordine all'estensione del beneficio – avente natura premiale – ad un soggetto non meritevole, dovendosi, infatti, distinguere, a mio avviso, l'ipotesi di assenza di responsabilità a monte (che, come anticipato e meglio si approfondirà, si inquadra, invero, nelle logiche del primo comma dell'art. 25-*octies* CCII) dal riconoscimento del meccanismo premiale del secondo comma (che dovrebbe presupporre, invece, onde operare, proprio la possibile esistenza di una responsabilità).

Ancor più complesso è stabilire, nell'ipotesi opposta [scenario *sub (iii)*], il trattamento da riservare al sindaco dissenziente rispetto alla decisione di non effettuare una segnalazione doverosa. A mio sommesso avviso, questi non potrebbe godere del beneficio: l'applicazione dell'art. 2404 c.c. o, meglio, la sua interpretazione teleologico-sistematica alla luce del combinato disposto di tale norma con l'art. 2392, comma 3, c.c. in tema di esclusione da responsabilità del dissenziente⁸⁵, sembra operare al di fuori dalla fattispecie dell'esonero. In altre parole, occorre nuovamente distinguere il meccanismo premiale in questione dall'assenza a monte di responsabilità: sicché, se dalla mancata segnalazione fosse derivato un pregiudizio, di questo non avrebbe potuto rispondere il sindaco

⁸³ Su cui v. oltre par. 5.

⁸⁴ Cfr. sul tema il successivo par. 3.3.3.4.

⁸⁵ Sul tema, in generale, v. G.U. TEDESCHI, *Il collegio sindacale*, Artt. 2397-2408, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 1992. V. anche S. AMBROSINI, *Collegio sindacale: doveri, poteri e responsabilità*, in AA.VV., *La società per azioni*, a cura di N. Abriani, O. Cagnasso, P. Montalenti, S. Ambrosini, in *Tratt. di dir. comm. Cottino*, IV, Padova, 2010, 794: «non si vede in effetti quale possa essere la *ratio* della disposizione [art. 2404, comma 4, cod. civ.] se non, appunto, quella di esonerare da responsabilità il sindaco che abbia fatto annotare la propria opinione dissenziente».

dissenziante (alla condizione della verbalizzazione del suo dissenso *ex art. 2404 c.c.*); ma ciò sarebbe diverso dal riconoscere il beneficio in questione che, infatti, è legato all'invio effettivo di una segnalazione. Diversamente ragionando, si dovrebbe operare un *fictio iuris* di esistenza della segnalazione, ma solo per il sindaco dissenziente, tesi, questa, che sembra provare troppo, forzando eccessivamente il tenore di una norma, peraltro, speciale.

Conclusivamente, dunque, ferma l'irrilevanza del dissenso con riguardo al caso *sub (iv)* e l'impossibilità di ritenere responsabile o revocabile il sindaco nel caso *sub (ii)* per eventuali segnalazioni temerarie o negligenti (purché si sia provveduto alla verbalizzazione del relativo dissenso *ex art. 2404 c.c.*), in nessuno degli altri due rimanenti [*sub (i)* e *sub (iii)*] pare possibile riconoscere il beneficio in esame. Sul contenuto di tale beneficio si avrà poi modo di tornare al termine del presente capitolo.

3.2. La forma della segnalazione e le modalità di trasmissione

3.2.1. Il requisito della forma scritta

La legge impone anzitutto che la segnalazione avvenga per iscritto e che sia trasmessa all'organo amministrativo mediante metodi che assicurino la prova della ricezione.

All'apparenza sembrerebbe potersi affermare la possibilità di trasmettere la segnalazione con ogni mezzo purché idoneo allo scopo (la prova della ricezione in capo al destinatario, ovverosia all'organo amministrativo).

Se, però, ciò appare vero con riguardo alle modalità di trasmissione (quindi, oltre ai tradizionali canali della raccomandata con avviso di ricevimento e della posta elettronica certificata⁸⁶ anche mediante comunicazione firmata per iscritto per ricevuta dall'organo amministrativo) qualche dubbio può porsi con riguardo alla forma, dovendocisi anzitutto domandare se il riferimento evochi effettivamente una tale necessaria formalità e, quindi, la sottoscrizione in originale del documento analogico – o la firma digitale ai sensi dell'art. 20 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (c.d. "CAD")⁸⁷ – oppure sia sufficiente il raggiungimento dello sco-

⁸⁶ Così anche le recenti Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate (n. 11.3, criteri applicativi).

⁸⁷ Il cui comma 1-*bis* recita «[i]l documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immutabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore. In tutti gli altri casi, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della for-

po di portare all'attenzione dell'organo amministrativo i fatti rilevanti (e quindi la segnalazione) con qualunque mezzo (anche verbale) purché in maniera completa e provando la paternità della segnalazione in capo all'organo di controllo.

In favore della necessità della forma scritta milita, a mio sommo avviso, l'innegabile centralità assunta, nell'attuale sistema di prevenzione della crisi, dalla segnalazione o, meglio, dalla sua "procedimentalizzazione", tenuto conto dell'importanza anche del successivo riscontro dell'organo amministrativo. Sicché la forma scritta sembrerebbe anzitutto necessaria proprio per tale procedimentalizzazione⁸⁸. In tal senso, viste le conseguenze in punto responsabilità derivanti dalla segnalazione⁸⁹, sembrerebbe deporre, *mutatis mutandis*, in via sistematica, anche l'art. 2392, comma 3, c.c. che, come noto, ai fini dell'esenzione di responsabilità dell'amministratore non esecutivo immune da colpa, richiede, tra altro, la verbalizzazione del relativo dissenso: la norma, infatti, non ammette equipollenti a tali formalità⁹⁰.

ma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità. La data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida».

⁸⁸ In questo senso pareva già la Relazione n. 87 dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione del 15 settembre 2022, p. 7 con riguardo all'art. 15 del d.l. n. 118 del 2021: «[l]a segnalazione, ancora, deve essere fatta per iscritto e deve essere motivata, sia per una esigenza di assunzione di responsabilità nell'atto, sia per ragioni di prova e dimostrazione quindi della specificità della stessa, oltre che di controllo della risposta fornita dall'organo amministrativo rispetto ai temi segnalati per iscritto dal o dai sindaci». V. però i successivi approfondimenti nel testo per tracciare le caratteristiche di tale procedimentalizzazione.

⁸⁹ Su cui v. il successivo par. 5.

⁹⁰ Si è, infatti, affermato che la norma prescriverebbe le «condizioni formali affinché il disaccordo con i restanti amministratori possa spezzare la solidarietà: sicché in mancanza di anche una sola di esse, la solidarietà continuerà a comprendere pure il dissenziente» (L. ALBERTINI, Sub art. 2392 c.c., in *Codice civile commentato*, a cura di M. Franzoni, R. Rolli, Milano, 2018, 3456). Invero si suole distinguere tra l'ipotesi in cui l'amministratore ha partecipato alla delibera pregiudizievole e quella in cui non ne ha preso parte: se l'assenza è ingiustificata (sicché l'amministratore non ha potuto far constare il proprio dissenso) l'amministratore dovrebbe risponderne (v., ad esempio, V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979, 211); se è giustificata, l'amministratore dovrebbe comunque informarsi sui contenuti delle deliberazioni e a segnalare il proprio dissenso [così, in giurisprudenza, Trib. Milano, 26 giugno 1989, in *Giur. comm.*, 1990, II, 122], dovendo, per vero, anche impugnarle, ove ne ricorrano i presupposti (sul punto v. Trib. Roma, 18 marzo 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, 592].

Secondo la giurisprudenza di legittimità, l'annotazione (e l'immediata comunicazione scritta al presidente del collegio sindacale) farebbe venire meno sia la responsabilità civile sia quella penale in quanto «gesto di indubbio peso probatorio anche per il versante penale, poiché l'amministratore avrebbe attestato l'interruzione del legame concorsuale con gli altri autori del reato» (Cass., 5 novembre 2008, n. 45513, in *Onelegale*); nello stesso senso Cass., 18 febbraio 2010, n. 17690 e Cass., 3 giugno 2005, n. 44279, ivi). In dottrina si è, tuttavia, precisato che, quantomeno da un punto di vista penale, non potrà ritenersi dirimente l'omessa osservanza delle forme prescritte dall'art. 2392 c.c., ove sia provata l'esistenza di una concreta opposizione alla deliberazione illecita (I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, 170).

Tanto considerato, dovrebbe, tuttavia, evitarsi la richiesta di eccessivi formalismi non necessari allo scopo: ciò che appare tale, in chiave teleologica, è sia la necessaria completezza della segnalazione (che soltanto un supporto duraturo e, quindi, scritto è idoneo a garantire) sia che l'organo di controllo, in effetti, se ne assuma la paternità attraverso la sua sottoscrizione, posta la necessità, nella costruzione della fattispecie, che essa giunga proprio *da* tale organo in ragione della professionalità, della diligenza e dei poteri dei suoi componenti, così da imprimere alla segnalazione quel grado di serietà, attendibilità, autorevolezza e rilevanza idonei a rappresentare un effettivo pilastro dell'*early warning*.

Sicché se, da un lato, non sembra potersi richiamare il severo orientamento della forma (strutturale) scritta *ad substantiam* di cui all'art. 1350 c.c.⁹¹, posto che, quello in esame, non è un atto negoziale cui poter applicare le conseguenze invalidanti dell'art. 1418 c.c.⁹², dall'altro, non potendosi negare il tenore della norma, sembrerebbe ragionevole sostenere che la quella richiesta sia un requisito di forma, non negoziale, ma meramente "funzionale"⁹³, cioè finalizzato e-

Piuttosto pacifico è, di contro, il principio per cui la mera annotazione del "dissenso" seguita dalla comunicazione al collegio sindacale non potrebbe considerarsi sufficiente, non trattandosi di esenzione formale ma di sostanziale assenza di colpa (così, tra molte, Cass., 26 gennaio 2018, n. 2038, in *Giur. it.*, 2018, 1434). Secondo G. FRÉ [Sub art. 2392, *Della società per azioni* (artt. 2325-2461), in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1982, 508-509], tale ipotesi riguarderebbe solo il caso di delibera del consiglio in danno della società: in questa ipotesi l'amministratore si sottrarrebbe alla responsabilità solidale e sarebbe esonerato dall'obbligo di porre in essere ulteriori interventi semplicemente esprimendo il proprio dissenso, segnalando il connesso pericolo ed informando il collegio sindacale. Diverso è, invece, il caso della prova di una scrittura privata ove non sia richiesta la forma scritta *ad substantiam* (su cui v. nota successiva).

⁹¹ Secondo recente giurisprudenza di legittimità, il messaggio e-mail privo di firma elettronica non avrebbe l'efficacia della scrittura privata prevista dall'art. 2702 c.c. quanto alla riferibilità al suo autore apparente, in quanto sarebbe «la sottoscrizione costituita dalla firma del dichiarante, cioè dal nome e cognome scritti di suo pugno o quantomeno da una sigla caratteristica ed identificabile, ovvero, in caso di documento informatico, dalla firma elettronica avanzata, qualificata o digitale» a rappresentare «l'espressione grafica della paternità ed impegnatività della dichiarazione che la precede, la quale in mancanza non comporta la conclusione definitiva di un negozio giuridico allorché la forma scritta sia richiesta *ad substantiam*». Pertanto, conclude la S.C., una e-mail priva della firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, «non integra l'atto scritto richiesto dagli artt. 1350» (Cass., 24 luglio 2023, n. 22012, in *Guida dir.*, 2023, 46).

⁹² Cui corrispondono, secondo la dottrina (v., ad esempio, U. BRECCIA, *La forma*, in *Tratt. Roppo*, I, *Formazione*, a cura di C. Granelli, Milano, 2006, 505 ss.), quattro scopi estranei a quelli della segnalazione: i) la certezza nella circolazione dei diritti immobiliari, notoriamente fondamentali nel modello di circolazione della ricchezza al tempo dell'emanazione del codice; ii) la distinzione tra atti preparatori e contratto definitivo; iii) la ponderazione dei contraenti rispetto al diritto trasferito e agli obblighi assunti; iv) la conoscibilità del testo del regolamento contrattuale.

⁹³ Alla stregua di quanto avviene per esempio nei contratti quadro di investimento bancari (cfr. per tutti Cass., SS.UU., 16 gennaio 2018 n. 898, in *Onelegale*).

Sulla concezione teleologicamente orientata dei requisiti di forma v.: in dottrina, M. GIORGIANNI, (voce) *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, 990 ss.; P. PER-

esclusivamente ad innestare il “*procedimento segnalatorio*” in esame (in particolare la seria dialettica con l’organo amministrativo, su cui v. *infra*). Con la conseguenza che la segnalazione dovrebbe essere incorporata in un supporto duraturo, immodificabile e di cui sia possibile accertarne la paternità in capo all’organo di controllo, con ogni mezzo, senza particolari formalismi⁹⁴.

Ciò, in particolare, al precipuo fine di poter beneficiare del meccanismo premiale di cui al secondo comma dell’art. 25-*octies* CCII, considerato che l’eventuale responsabilità per violazione del dovere di segnalazione (tratteggiato, invece, secondo la tesi qui sostenuta, al comma 1) dovrebbe in ogni caso (quindi, a prescindere dal rispetto della formalità in questione) passare dall’indagine anche sul nesso di causa e sul danno (e una segnalazione completa ed efficace che giunga all’attenzione dell’organo amministrativo, al di là delle specifiche formalità, non pare poter essere irrilevante sotto quest’ultimo profilo).

3.2.2. La sottoscrizione

In secondo luogo, occorre domandarsi se la segnalazione debba essere sottoscritta dal solo presidente o da tutti i membri dell’organo di controllo.

Sul primo interrogativo, posta la condivisibile competenza collegiale della relativa decisione, dovrebbe essere sufficiente, a mio sommosso avviso, la sottoscrizione del solo presidente debitamente a ciò incaricato dal collegio nell’apposita previa delibera di decisione sull’attivazione dello strumento, visto che l’organo di controllo “agisce” verso l’esterno normalmente in persona del suo presidente⁹⁵.

LINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, 131 ss.; R. AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999, 74 ss.; U. BRECCIA, *op. cit.*, 463 ss.; L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, Milano, 2008, 125 ss.; E. FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011, 73 ss.; V. SCALISI, *Forma solenne e regolamento conformato: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti?*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 420; R. DE ROSA, *L’analisi funzionale della forma*, Milano, 2011, 99 ss.; G. BERTI DE MARINIS, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Esi, 2013, 265 ss.; in giurisprudenza, v. Trib. Verona, 23 marzo 2010, in *www.ilcaso.it*; Trib. Torino, 21 gennaio 2011, *ivi*; Trib. Como, 14 febbraio 2012, *ivi*.

⁹⁴ Potendo, pertanto, tali elementi essere riscontrabili secondo il libero convincimento del giudice, come, peraltro, riconosciuto da alcuni orientamenti giurisdizionali anche in materia contrattuale: ad esempio, si è detto che «l’idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità» *ex art. 20 CAD* (così, Cass., 17 luglio 2019, n. 19155, in *Onelegale* con riguardo all’e-mail e al messaggio sms, nonché, più recentemente, Cass., 21 maggio 2024, n. 14046, in tema di contratto di assicurazione).

⁹⁵ Invero, le funzioni e le competenze del presidente dell’organo di controllo sono tutt’altro che certe. Inoltre, occorrerebbe pure distinguere tra organi di controllo: collegio sindacale, consiglio di sorveglianza e comitato per il controllo sulla gestione. Infatti, mentre per il consiglio di sorveglianza è prevista una norma espressa, per quanto generica, sui relativi poteri (art. 2409-*duodecies*, comma 9, c.c.), la legge tace per il secondo.

Tuttavia, ad una prima lettura della Norma di comportamento del collegio sindacale di società non quotate n. 11.3 *ante* Correttivo-ter e, in particolare dei relativi criteri applicativi, sembrava che la segnalazione dovesse essere sottoscritta da tutti i componenti dell'organo di controllo («[l]a segnalazione all'organo amministrativo [...] deve essere verbalizzata e sottoscritta da ciascun componente»). Occorre, però, rilevare che (i) la successiva versione delle Norme in questione non faccia più riferimento alla sottoscrizione di ciascun componente e che (ii) le stesse Norme affermano che: (a) «il presidente *rappresenta* il collegio sindacale nei rapporti con l'organo amministrativo ed i soci» (Norma 2.2), (b) «il presidente interviene nel corso delle riunioni alle quali partecipa [...] specificando che l'intervento è svolto *in nome e per conto* del collegio oppure che sta esprimendo una opinione personale» (criteri applicativi della Norma 2.2), (c) per la firma della procura alle liti al legale nei casi di azioni *ex art.* 2409 c.c., può procedere lo stesso presidente (Norma 6.4). Previsioni che paiono appalesare, anche nell'ambito delle stesse Norme di comportamento del collegio sindacale, quel potere di sostanziale rappresentanza del collegio da parte del presidente, presente anche in più disposizioni⁹⁶, che dovrebbero suggerire la possibilità della firma della segnalazione anche solo da parte di quest'ultimo.

Ad ogni modo, si è osservato che al presidente del collegio sindacale, organo di controllo di riferimento per la normativa in esame, sono attribuiti il potere-dovere di: (i) convocare le riunioni del collegio, (ii) coordinare e dirigere i relativi lavori, (iii) provvedere in merito alla redazione dei verbali delle riunioni ed alle relative trascrizioni nel libro previsto dall'art. 2421, comma 1, n. 5, c.c., (iv) mantenere i contatti con i componenti dell'organo favorendo la continuità dei rapporti tra i medesimi, (v) dichiarare all'esterno la volontà del collegio (e quindi pareri e decisioni) e (vi) essere destinatario delle comunicazioni dirette all'organo di controllo (v., per tutti, U. MORERA, *Il presidente del collegio sindacale*, in AA.VV., *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, a cura di R. Ales-si, N. Abriani, U. Morera, Milano, 2007, 121-123 ed ivi riff.; (in giurisprudenza v., ad esempio, App. Napoli, 17 gennaio 1974, in *Dir. giur.*, 1975, 458, Trib. Milano, 20 marzo 1989, in *Giur. merito*, 1990, I, 755).

Proprio, queste ultime due funzioni [l'ultima peraltro cristallizzata: (i) dall'art. 2385 c.c. per cui l'amministratore che rinuncia all'ufficio deve darne comunicazione scritta al consiglio d'amministrazione e al presidente del collegio sindacale; (ii) dall'art. 2392, comma 3, c.c. che dispone che 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; (iii) dall'art. 2393-bis, comma 3, c.c., secondo cui, nel caso di azione di responsabilità esercitata dalla minoranza, la società deve essere chiamata in giudizio con atto di citazione notificato ad essa anche in persona del presidente del collegio sindacale; (iv) dall'art. 6, comma 1, d.m. 28 dicembre 2012, n. 261 che prevede che devono essere comunicate anche al presidente del collegio sindacale le dimissioni del revisore legale o della società di revisione legale; (v) dall'esaminato art. 25-novies CCII che impone ai creditori pubblici qualificati di comunicare la segnalazione al presidente del collegio sindacale] sembrano ulteriormente dimostrare l'esistenza di una sostanziale forma di rappresentanza dell'organo di controllo (nei termini quantomeno di capacità di manifestare giuridicamente esternamente le decisioni del collegio) in capo al relativo presidente.

⁹⁶ V. nota precedente.

Pertanto, soltanto il verbale relativo alla decisione di procedere con la segnalazione dovrebbe essere sottoscritto da ciascun sindaco, con la conseguenza che una segnalazione firmata dal solo presidente, preceduta da una valida delibera dell'organo sottoscritta da tutti i suoi membri, ben potrebbe ritenersi valida ed efficace, ove trasmessa con i richiesti mezzi idonei ad assicurare la prova della relativa ricezione.

3.3. *Le caratteristiche ed i contenuti della segnalazione (recte, del procedimento segnalatorio)*

3.3.1. *La tempestività della segnalazione: puntualità vs. precocità*

La segnalazione deve essere, anzitutto, «tempestiva».

Tale qualità è ora prevista soltanto nel secondo comma dell'art. 25-*octies* CCII. Tuttavia, si è anticipato come, alla luce del quadro tratteggiato dal legislatore, specie dopo il Correttivo-*ter*, la «tempestività» possa assumere un duplice significato: quello di «puntualità», per indicare l'adempimento di un *dovere*, e quello di «precocità» per delineare l'assolvimento di un *onere*.

Più precisamente, sembra possibile affermare che la norma sia strutturata su due livelli: al primo comma dell'art. 25-*octies* CCII sarebbe disciplinato il *dovere* di segnalazione, la cui omissione potrebbe esporre l'organo di controllo a responsabilità; il secondo comma delineerebbe i contorni di un *onere*, il cui assolvimento consentirebbe all'organo di controllo di beneficiare dell'attenuazione o esclusione da responsabilità ivi previsto nei termini che si illustreranno oltre⁹⁷. Cosicché una segnalazione «puntuale» integrerebbe l'adempimento del dovere di cui al primo comma, mentre una «precoca», l'assolvimento dell'onere del secondo comma. Entrambe («puntualità» e «precocità») sarebbero, dunque, declinazioni del concetto di «tempestività».

La «puntualità» sarebbe così connessa alla rilevazione e segnalazione (dove-rosa) degli stadi della «crisi» e dell'«insolvenza» di cui al primo comma, mentre la «precocità» sarebbe collegata alla rilevazione e segnalazione della «pre-crisi» (ormai riconosciuta – parrebbe, come visto – nel nuovo testo dell'art. 12 CCII⁹⁸) la quale, così, assumerebbe specifica rilevanza esclusivamente sul piano premiale. Ciò in linea, come peraltro già visto, con l'art. 2086 c.c. che prescrive un *dovere* di rilevazione tempestiva (*recte*, quindi, a tal fine, *puntuale*) della sola *crisi* (e della perdita della continuità aziendale) e *a fortiori* dell'*insolvenza* mentre nessun obbligo sembra individuare con riguardo alla *pre-crisi*⁹⁹.

⁹⁷ V. successivo par. 5.

⁹⁸ V. parte I, cap. I, par. 3.1.

⁹⁹ Per ulteriori riflessioni v. parimenti *infra* par. 5.

Sulla base di tale premessa occorre, dunque, comprendere quando la segnalazione possa ritenersi «tempestiva» (e, quindi, «*puntuale*» o «*precoca*» a seconda che ci si riferisca alla segnalazione della *crisi* o dell'*insolvenza* o a quella della *pre-crisi*).

Come si è già cercato di dimostrare al capitolo che precede, sembra chiaro che la norma, richieda implicitamente anche una «tempestività» nella *rilevazione* del presupposto in esame, rilevazione che, a sua volta, imporrebbe un altrettanto «tempestiva» *emersione* dalla realtà aziendale di tutti gli elementi ad essa strumentalmente necessari. E si è visto che una «tempestiva» *segnalazione*, in presenza di assetti adeguati *ex artt.* 2086 c.c. e 3 CCII, potrebbe far presumere non solo la «tempestività» dell'*emersione* ma anche della *rilevazione*, con conseguente presunzione (in presenza poi della comunicazione, altrettanto «tempestiva», della segnalazione) di adempimento/assolvimento da parte dell'organo di controllo ai suoi doveri/oneri (espliciti ed impliciti) di cui all'art. 25-*octies* CCII.

Sembra, quindi, possibile ribadire che una *segnalazione* possa ritenersi «tempestiva» se tra l'*emersione* del dato rilevante e la *segnalazione* stessa (*recte*, la sua comunicazione all'organo amministrativo) sia intercorso un lasso di tempo ragionevolmente contenuto, ovverosia quell'intervallo di tempo che un controllore diligente modello, calato nel caso concreto e, dunque, avuto riguardo della specifica realtà aziendale e del singolo dato aziendale, evento o, in generale, squilibrio rilevante, avrebbe impiegato, una volta *emerso* quest'ultimo dagli assetti¹⁰⁰ a completare il proprio *iter valutativo* e, quindi, a procedere con la *segnalazione*. Fermo restando che tra la decisione di procedere con la segnalazione e la sua successiva comunicazione all'organo amministrativo, non essendovi ulteriori momenti valutativi, dovrebbe passare un arco di tempo prossimo alla immediatezza.

Occorrerà, quindi, onde sindacare la tempestività di intervento, raffrontare il momento in cui è *emerso* il segnale di squilibrio (ricavabile, ad esempio, da apposito verbale dell'organo di controllo), quello della *verbalizzazione* della decisione di segnalare e, in ultimo, quello dell'invio della *segnalazione*.

Occorre, infine, dare ancora atto dell'intervento del Correttivo-*ter* che ha introdotto una precisazione piuttosto rilevante nel secondo comma dell'art. 25-*octies* CCII e, quindi, in particolare, ai fini del meccanismo premiale: «[l]a segnalazione è in ogni caso considerata tempestiva se interviene nel termine di sessanta giorni dalla conoscenza delle condizioni di cui all'articolo 2, comma 1, lettera a) [ovvero quelle della crisi, n.d.r.], da parte dell'organo di controllo o di revisione». Come si è sopra accennato, il Correttivo-*ter* è intervenuto anche sul

¹⁰⁰ La cui adeguatezza rileverà sia in questa parte della «sequenza» (perché gli assetti sono necessari per svolgere gli opportuni approfondimenti) sia in quella anteriore ossia, come visto, per il momento dell'*emersione* del dato o dello squilibrio rilevante rispetto alla sua *materializzazione* o *verificazione* nella realtà aziendale.

primo comma, precisando che il *dovere* di segnalazione deve fare riferimento ai presupposti di cui all'art. 2, comma 1, lett. a) e b), ovvero alla «crisi» e all'«insolvenza».

Mentre, quindi, il *dovere* di segnalazione, di cui al primo comma, richiama entrambi gli stadi della *crisi* e dell'*insolvenza*, la presunzione (che, stante il tenore della norma – «in ogni caso» – appare assoluta) di «tempestività» (o, meglio, essendo prevista nel secondo comma, di «precocità», secondo la tesi qui sostenuta) è agganciata soltanto alla «crisi» [infatti, è richiamato solo lo stadio di cui all'art. 2, comma 1, lett. a), CCII].

In altre parole, sembra potersi dire che la segnalazione potrebbe considerarsi certamente «tempestiva» (o, meglio, «precoca») in ottica premiale solo se trasmessa entro sessanta giorni dalla conoscenza dello stato di *crisi* (*recte*, dalla sua rilevazione o, per i principi generali di diligenza professionale, dalla sua rilevabilità). Non invece se sarà trasmessa entro sessanta giorni dalla rilevazione (o rilevabilità) dell'*insolvenza*¹⁰¹. Il che ben si comprende se si considera questa «tempestività» proprio in termini premiali di «precocità» che non ammette, in quanto strumentale alla premialità, estensioni ad ulteriori ipotesi¹⁰². Anzi essa stessa – in questa prospettiva – rappresenterebbe già un'estensione normativa non minima poiché, se si condivide la tesi proposta, la segnalazione sarà considerata «precoca» in ottica premiale dal momento della *pre-crisi* sino a sessanta giorni dalla rilevabilità della *crisi*.

Pertanto, se la segnalazione giungerà entro sessanta giorni dalla rilevabilità della *crisi*, essa si presumerà «precoca» e, quindi, «tempestiva» ai fini del meccanismo premiale dell'attenuazione o esclusione di responsabilità previsto dal secondo comma dell'art. 25-*octies* CCII. Ciò sul presupposto della «tempestività» di tutta la sequenza giuridicamente rilevante, sopra descritta, dalla *materializzazione* dello squilibrio sino alla *segnalazione* e, quindi, dell'esistenza di adeguati assetti nei termini già descritti¹⁰³.

Tale previsione detta, tuttavia, indirettamente anche talune indicazioni per determinare quando una segnalazione, pur non «precoca», possa ritenersi comunque «puntuale», sempre secondo la tesi qui sostenuta, e, pertanto, rispettosa del *dovere* dell'organo di controllo di cui al primo comma: se, infatti, ai *fini*

¹⁰¹ Sul punto cfr. il parere del Consiglio di Stato n. 00910/2024 del 1° agosto 2024: «[n]on si comprende, al riguardo, se l'intento [...] sia quello di premiare, con una attenuazione o esclusione di responsabilità l'organo di controllo o il revisore legale che segnala in anticipo "solo" lo stato di crisi, svolgendo una diagnosi precoce delle difficoltà dell'impresa. Se così non fosse non appare di immediata evidenza la ragione per cui non venga menzionata in questa sede anche la conoscenza dello stato di insolvenza» (p. 16).

¹⁰² Salvi i casi di insolvenza «improvvisa» derivante da fatti imprevisi e non preceduta da una situazione di crisi, in relazione ai quali forse si potrebbe estendere, in una prospettiva costituzionalmente orientata, la norma.

¹⁰³ V. precedente par. 2.

premiali, è possibile procedere con la segnalazione entro sessanta giorni dalla rilevabilità del presupposto, sarebbe irragionevole esigere un termine inferiore ai fini dell'adempimento di un *dovere*. Sicché, una segnalazione avente ad oggetto la *crisi*, intervenuta entro sessanta giorni dalla sua rilevabilità, sarà al tempo stesso «puntuale» e «precoca» (rappresentando, al tempo stesso, specifico adempimento ad un *dovere*, e assolvimento ad un *onere*), mentre una segnalazione oltre i predetti sessanta giorni, potrà essere considerata solo «puntuale» e, quindi, rappresentare corretto adempimento dei doveri di segnalazione dell'organo di controllo, purché sia effettivamente tale, ovvero che sia intercorso, tra l'*emersione* dei segnali del presupposto e la segnalazione, un lasso di tempo ragionevolmente contenuto nei termini sopra visti. Pertanto, nel caso di segnalazione degli stadi di *crisi* e di *pre-crisi*, la previsione in esame sarà presunzione assoluta, rispettivamente, di «puntualità» e di «precocità», nel senso che non sembra possibile provarne il ritardo; tuttavia, pur trascorso tale termine sembra in ogni caso possibile provare ciononostante la «tempestività», ma in termini di «puntualità»¹⁰⁴ e non di «precocità», ossia onde escludere la responsabilità ma non al fine di beneficiare del meccanismo premiale.

Diverso se la segnalazione ha ad oggetto l'*insolvenza*¹⁰⁵, posto che su di essa alcuna influenza parrebbe poter avere la presunzione in esame (che non a caso non la menziona), stante la maggior gravità di tale stadio rispetto a quello della *crisi*. Conseguentemente, per valutare la «puntualità» di una segnalazione avente ad oggetto l'insolvenza, sarebbe sempre necessario procedere con la predetta verifica sull'intervallo di tempo tra *emersione* e *segnalazione* senza alcun meccanismo “presuntivo” (e senza poter beneficiare di alcun meccanismo premiale¹⁰⁶).

Sul punto, pertanto, qualche perplessità suscitava la Norma di comportamento del collegio sindacale di società non quotate già nel suo tenore del dicembre 2023 (n. 11.3) che, nei criteri applicativi, dopo aver condivisibilmente (seppur, a mio avviso, troppo genericamente) legato la verifica di «tempestività»

¹⁰⁴ In questo senso potrebbe anche deporre il menzionato termine di tre mesi per il dovere di depositare l'istanza di apertura della procedura di insolvenza posto in capo agli organi sociali ipotizzata allo stato dalla proposta di Direttiva di armonizzazione della Commissione europea del 7 dicembre 2022 (ciò naturalmente in una cauta prospettiva interpretativa della norma, trattandosi appunto ancora di proposta). In argomento cfr. P. DE CESARI, *La Proposta di direttiva sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto dell'insolvenza, riflessi sul Codice della crisi*, in *Fall.*, 2023, 581 ss.

¹⁰⁵ Dovrà ovviamente trattarsi di insolvenza *reversibile* o *relativamente irreversibile*, secondo le tesi qui sostenute (v. precedente capitolo).

¹⁰⁶ Salvo ipotizzare l'interpretazione costituzionalmente orientata proposta nelle note precedenti per le insolvenze “improvvisi”. Potendosi inoltre considerare altresì, quale termine indicativo, nuovamente, sebbene ancora non in vigore, il termine di tre mesi per il dovere di depositare l'istanza di apertura della procedura di insolvenza previsto dalla menzionata dalla proposta di Direttiva di armonizzazione della Commissione europea del 7 dicembre 2022.

alla congruità del termine trascorso tra la “conoscenza”¹⁰⁷ di un determinato squilibrio e la segnalazione, descriveva tale squilibrio agganciandolo soltanto alla nozione di *crisi* senza, invero, nemmeno considerare i ben più complessi contorni del presupposto¹⁰⁸. Sicché già si sarebbe potuto condividere il tenore della Norma alla condizione che la stessa intendesse limitare tale indicazione al mero assolvimento del *dovere* di cui al primo comma dell’art. 25-*octies* CCII secondo l’interpretazione qui proposta (ed estendendo, così, la Norma di comportamento, *a fortiori*, anche alla conoscenza o conoscibilità dell’*insolvenza*). Oggi sebbene la Norma sia stata decisamente modificata in conseguenza della revisione dell’art. 12 CCII da parte del Correttivo-*ter*, non sembra che l’impostazione di fondo sia cambiata. Infatti, dopo aver scolasticamente distinto la segnalazione della *crisi* da quella dell’*insolvenza* alcun riferimento viene fatto alla *pre-crisi* né alcuna miglior precisazione viene sviluppata rispetto alla tempestività, se non ripetere pedissequamente la presunzione di legge descritta.

3.3.2. Il contenuto e la motivazione della segnalazione

Quanto al contenuto è chiaro che la segnalazione dovrebbe indicare l’esistenza del presupposto per ricorrere alla composizione negoziata e, quindi, per depositare l’istanza di nomina dell’esperto.

Invero, come si è visto, secondo la tesi del *presupposto cangiante*¹⁰⁹, l’organo di controllo dovrebbe limitarsi ad avvisare quello amministrativo che, sulla base della propria attività istruttoria, potrebbe sussistere il presupposto per richiedere la nomina dell’esperto (in termini, appunto, di *non manifesta irragionevolezza* del risanamento), spettando poi a all’organo amministrativo stesso verificarne l’effettiva esistenza e, in ogni caso, decidere se ricorrere a tale percorso o ricercare altre vie di risoluzione, specie ove ci si trovi in una situazione non già di sola *pre-crisi* ma anche di *crisi* o di *insolvenza*¹¹⁰.

In questo senso sembra deporre l’elasticità dei criteri applicativi della Norma di comportamento del collegio sindacale di società non quotate n. 11.3 anche se – come già sopra rilevato¹¹¹ – forse potrebbe ritenersi maggiormente aderente al

¹⁰⁷ Che, come visto, declinerei più in termini di *rilevazione*.

¹⁰⁸ «Si reputa tempestiva la segnalazione fatta entro un congruo termine dal momento in cui il collegio sindacale è venuto a conoscenza di una evidente e documentata situazione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rende probabile l’insolvenza, ossia l’inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi. In caso di probabilità di crisi, infatti, è da ritenere che la segnalazione dell’organo di controllo assolvà alla funzione di sensibilizzazione dell’organo amministrativo rispetto alla valutazione della situazione e all’eventuale adozione di misure di mitigazione del rischio».

¹⁰⁹ V. parte I, cap. I, par. 4.

¹¹⁰ V. per l’applicazione della *business judgment rule* a tale scelta, parte I, cap. I, par. 4.2.

¹¹¹ Parte I, cap. I, par. 4.

tenore dell'art. 25-*octies* CCII una posizione più netta dell'organo di controllo sulla sussistenza dei presupposti per accedere alla composizione negoziata quantomeno nei limiti della descritta tesi del *presupposto cangiante*¹¹².

Occorre rilevare come i criteri applicativi della stessa Norma di comportamento nella versione del dicembre 2023 precisassero, condivisibilmente, che nella segnalazione l'organo di controllo dovesse indicare «dettagliatamente i quesiti cui l'organo amministrativo d[oveva] rispondere in ordine alle iniziative intraprese»: la precisazione attribuiva in effetti sostanza alla segnalazione ed avrebbe potuto così condurre per mano l'organo amministrativo nella propria discrezionalità “vincolata”¹¹³ sulla scelta dello strumento o del percorso più opportuno, gettando le basi per l'avvio di quell'efficace dialettica interorganica (*recte*, *procedimento segnalatorio*) cristallizzata nel conseguente controllo sul riscontro degli amministratori (su cui v. subito *infra*). Tale precisazione è stata tuttavia espunta dalle nuove Norme di comportamento, successive al Correttivo-*ter*. Esse, infatti, oltre ad una puntuale descrizione della dialettica con il revisore, si limitano a ricordare che la segnalazione: (i) deve essere motivata, (ii) può riportare anche eventuali motivati rilievi formulati dal soggetto incaricato della revisione legale (prendendo anche posizione sulla segnalazione eventualmente effettuata da quest'ultimo), (iii) deve descrivere le attività espletate dall'organo di controllo nell'esercizio delle proprie funzioni e (iv) deve contenere l'invito all'organo amministrativo che, «qualora risulti confermata la sussistenza dei presupposti oggetto della stessa, si attivi senza indugio per l'adozione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi, o per la composizione negoziata».

Quanto alla motivazione, la segnalazione dovrebbe contenere la ricostruzione dell'*iter* logico-giuridico¹¹⁴ che ha portato l'organo a ritenere sussistente il presupposto della composizione negoziata (*recte*, della segnalazione), onde consentire all'organo amministrativo di procedere con gli opportuni approfondimenti anche al fine del proprio effettivo riscontro. Con la conseguenza

¹¹² Ove precisano che «[n]ella segnalazione è formalizzata la necessità che l'organo amministrativo, qualora risulti confermata la sussistenza dei presupposti oggetto della stessa, si attivi senza indugio per l'adozione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi, o per la composizione negoziata». Enfasi aggiunta per sottolineare come, nella formulazione della Norma di comportamento, pare che l'invito a nominare l'esperto per la composizione negoziata sia solo una delle ipotesi percorribili, sufficiente però a ritenere adempiuto il dovere di segnalazione dell'organo di controllo, senza che il medesimo si assuma la responsabilità di suggerire lo strumento più opportuno, essendo questa – correttamente – materia tipicamente ed esclusivamente gestoria. Se ciò è vero, riterrei, tuttavia, che nella segnalazione dovrebbe essere maggiormente esplicitata la sussistenza del presupposto per procedere con la nomina dell'esperto pur nei limiti dei poteri e valutazioni dell'organo di controllo e, quindi, della descritta tesi del *presupposto cangiante*.

¹¹³ Cfr. cap. I, par. 4.2.

¹¹⁴ Così, pur con riguardo all'art. 15 d.l. n. 118 del 2021, C. BAUCO, *op. cit.*, 12.

che non potrà ritenersi valida, anche ai fini degli eventuali meccanismi premiali, non solo una segnalazione apodittica o contenente una motivazione meramente apparente, perplessa o incomprensibile ma anche eccessivamente stringata o dubitativa o, al contrario, disorganica e prolissa, che non consenta di comprendere i passaggi logici, l'istruttoria e le deduzioni dell'organo di controllo. Sembrerebbero, invece, ammissibili richiami a documentazione eventualmente allegata purché chiari e senza che si traducano in meri e generici rinvii ¹¹⁵.

3.3.3. Il procedimento segnalatorio e i poteri dell'organo di controllo

3.3.3.1. Il «congruo termine» assegnato all'organo amministrativo

La segnalazione, come detto, dovrebbe mettere in moto un vero e proprio processo o, meglio, procedimento di interlocuzione caratterizzato da una seria ed efficace dialettica interorganica volta ad ottenere un riscontro fattivo dell'organo amministrativo.

A tal fine l'organo di controllo, a parte quanto già descritto nel paragrafo che precede (descrizione dell'*iter* logico seguito, indicazione della sussistenza del presupposto per ricorrere alla composizione negoziata, degli accertamenti e verifiche svolte nonché degli specifici quesiti cui l'organo amministrativo deve rispondere) deve indicare nella medesima segnalazione, ai sensi della disposizione in esame, un termine entro il quale gli amministratori devono fornire il loro riscontro (indicando le «iniziative intraprese»), termine che la legge precisa dover essere «congruo» (e comunque non superiore a trenta giorni).

Non è agevole comprendere il significato di tale aggettivo anche se la legge stessa sembrerebbe fornire, pur indirettamente, alcune indicazioni.

La prima è implicita e parrebbe rappresentare la «metrica necessaria» di tale termine: l'oggetto del riscontro, ovvero sia le «iniziative intraprese». Con tale locuzione, si potrebbe sostenere che l'organo amministrativo, esclusa la possibilità di formulare mere dichiarazioni di intenti, dovrebbe riferire sia (i) sui «primi» interventi (nel senso più oltre illustrato) posti in essere – dovendo essere questo il significato di «iniziative intraprese», non potendo, in effetti, stante il poco lasso di tempo (trenta giorni al massimo) già riferire su tutte le «misure adottate» (come era, invece, previsto nel precedente art. 14 CCII che, infatti, non a caso prevedeva diverse scansioni temporali per riferire sulle «iniziative» e sulle «misure» intraprese ¹¹⁶) – che (ii) sulle «soluzioni», posto che l'esecuzione di (ancor-

¹¹⁵ In questo senso parrebbero anche deporre i criteri applicativi della Norma di comportamento del collegio sindacale appena riportata. Pur mancando – non condivisibilmente, come già detto – riferimenti alle verifiche sul requisito anche del *ragionevole risanamento*.

¹¹⁶ Il menzionato art. 14 CCII ipotizzava almeno tre riscontri: i) le «soluzioni», nel primo termine assegnato dall'organo di controllo, che erano quelle «individuate», ii) le «iniziative», sempre

ché prime) «iniziative» presuppone almeno un quadro chiaro sulla strategia esistente a monte¹¹⁷.

A ciò, quindi, dovrebbe essere anzitutto parametrata la «congruità» del termine richiesto dalla norma: questo sarà tale solo se, alla luce dell'*urgenza* e della *complessità* della situazione rilevata (valutata anche tenendo conto delle dimensioni e caratteristiche dell'impresa), sia ragionevole attendersi che, entro il suo spirare, un organo amministrativo diligente sia in grado di comunicare tali riscontri.

In tale contesto, giova considerare che tanto più gli assetti saranno adeguati tanto più sarà agevole per l'organo di controllo – quantomeno in astratto – fissare tale termine. Ad ogni modo, lo stesso organo non potrebbe ignorare la situazione concreta in cui versano gli assetti, con la conseguenza che ove gli assetti siano – per ipotesi – inadeguati, onde evitare che la segnalazione resti un inutile passaggio, l'organo di controllo dovrebbe conseguentemente riparametrare (*recte*, estendere) il termine – pur sempre nei trenta giorni – che sarebbe normalmente sufficiente per il riscontro in presenza di assetti adeguati¹¹⁸, fermi gli opportuni inviti o reazioni in ordine all'inadeguatezza degli assetti.

Quindi, si potrebbe in primo luogo affermare che il termine sarà congruo, se, alla luce della *complessità* della situazione riscontrata in concreto e dell'*urgenza* di provvedere (quali variabili minime fondamentali – in termini qualitativi e quantitativi o “spazio-temporali” – della lettura del fenomeno), permetterà all'organo amministrativo di fornire almeno questo primo riscontro¹¹⁹.

entro il primo termine, quali possibili “prime” iniziative intraprese; iii) le «misure» con cui dare attuazione alla strategia adottata, nell'allora secondo termine.

¹¹⁷ In linea, quindi, con l'interpretazione proposta a proposito del tenore dell'art. 14 CCII.

Inoltre in tal senso si era espressa, pur con riguardo all'art. 15 d.l. n. 118 del 2021, la Relazione dell'Ufficio del Massimario n. 87 della Corte di Cassazione del 15 settembre 2022, p. 8: «[l]a risposta a tale sollecitazione da parte dell'organo gestorio deve essere fornita entro un termine fissato dagli stessi sindaci nella propria segnalazione, termine che comunque non può eccedere i trenta giorni. Tale termine non richiede, ad avviso di chi scrive, la compiuta risoluzione dei problemi finanziari, economici o patrimoniali eventualmente oggetto di “allarme”, ma l'individuazione di possibili soluzioni e la pronta attivazione delle iniziative all'uopo previste (del resto la norma dispone che si debba riferire circa “le iniziative intraprese”, volendo con ciò sottolineare la tempestività della conseguente attivazione, posto che non è sufficiente la indicazione di astratte soluzioni, ma l'aver già intrapreso delle iniziative al riguardo, pur se le stesse fossero ancora in corso e non ancora completate)».

¹¹⁸ E la sua responsabilità – se vi sarà – deriverà non già da tale estensione, invece ragionevole, quanto dall'inadeguatezza a monte degli assetti.

¹¹⁹ Manca, rispetto al passato, poi un termine per riferire sulle ulteriori misure, ma riterrei, come si vedrà oltre, la lacuna non insormontabile, dovendo l'organo di controllo continuare a vigilare sul prosieguo ed avendo quindi il legislatore inteso focalizzare l'attenzione sulla fase iniziale, anche in chiave di proporzionalità di intervento nella sfera privata e potendo rivelarsi in effetti complesso – se non controproducente – per una proficua dialettica interorganica dettare i termini per le fasi successive, come era previsto per la precedente fisionomia dell'istituto disciplinata dal precedente art. 14 CCII.

Quanto alla seconda indicazione offerta dalla norma su tale «congruità», occorrerebbe considerare proprio l'estensione massima del termine che segna un limite invalicabile alla discrezionalità dell'organo di controllo nella sua assegnazione. In quanto, appunto, limite massimo, tale termine dovrebbe essere razionalmente e logicamente concesso (e, quindi, dovrebbe ritenersi «congruo») – se ovviamente si conviene che le due variabili in base alle quali determinarlo siano quelle dell'*urgenza* e della *complessità* della situazione riscontrata – soltanto nei casi estremamente complessi e non urgenti.

Sembra, quindi, possibile dire che il termine possa oscillare tra un giorno, nei casi di scuola di estrema urgenza ed evidente semplicità, e trenta giorni, nei casi, appunto, di estrema complessità ma di scarsa urgenza¹²⁰.

Ad ogni modo, al di là della difficoltà di comprendere, nel singolo caso, se l'assegnazione di un giorno in più o di un giorno in meno renda il termine più o meno congruo, riterrei che la «congruità» del termine nei trenta giorni, a tutto voler concedere, possa rilevare principalmente per beneficiare del meccanismo premiale di cui al secondo comma dell'art. 25-*octies* CCII, posto che, in chiave ricostruttiva di una eventuale responsabilità dell'organo di controllo, l'errore sull'assegnazione del termine dovrebbe avere un rilievo tutto sommato assai contenuto, specie con riguardo al nesso di causa, non essendo obiettivamente ragionevole ipotizzare forme di responsabilità nei casi in cui si sia concesso un giorno in più o in meno ad un amministratore per riscontrare la segnalazione, specie ove si consideri che i confini dell'errore siano nell'arco di trenta giorni.

3.3.3.2. *La dialettica con l'organo amministrativo ed il controllo giudiziario ex art. 2409 c.c.*

3.3.3.2.1. *Omesso o inadeguato riscontro, rimedi ed art. 2409 c.c.*

Visto il tenore letterale della norma che, a differenza del precedente art. 14 CCII, non richiede più espressamente la necessaria prosecuzione del dialogo con l'organo amministrativo (sino a giungere al coinvolgimento dell'OCRI), si potrebbe ritenere assolto il dovere (e onere) di cui all'art. 25-*octies* CCII con il semplice invio della segnalazione.

La tesi, però, non sembra convincente.

I doveri di diligenza dell'organo di controllo, in uno con la sua responsabilità

¹²⁰ Nessuna particolare indicazione sembra giungere dalle Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate, che, invero oggi dicono ancor meno rispetto alla versione del dicembre 2023 che almeno precisavano che «[n]ella segnalazione, il collegio sindacale fissa un congruo termine, in ogni caso non superiore a trenta giorni, entro cui l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle iniziative intraprese per porre rimedio alle segnalate condizioni di squilibrio».

(tuttora)¹²¹ concorrente e solidale con l'organo amministrativo *ex art.* 2407 c.c., pare ostare ad un atteggiamento di indifferenza verso il riscontro alla segnalazione. Se è, infatti, vero che nella fisionomia precedente dell'istituto (l'art. 14 CCII vecchio testo)¹²² era prevista un'espressa conseguenza nel caso di omesso o inadeguato riscontro (che avrebbe immesso l'impresa, per il tramite dell'organo di controllo, nel percorso "forzoso" dell'allora composizione assistita), è altrettanto vero che la sua espunzione non può che determinare, a mio avviso, la riesplorazione dei principi generali della vigilanza e responsabilità dell'organo di controllo.

Se, infatti, alla luce del tenore del precedente art. 14 CCII, si poteva dubitare (come si è fatto¹²³) sulla possibilità (*recte*, sul dovere) dell'organo di controllo, in tali circostanze, di attivare, oltre al meccanismo previsto dalla legge di segnalazione all'OCRI, il controllo giudiziario *ex art.* 2409 c.c., onde non eccedere con misure reattive, ora non sembra dubitabile che una omessa o inadeguata risposta alla segnalazione possa legittimare il ricorso al controllo giudiziario¹²⁴, ovviamente nei casi più urgenti ove non sia possibile (o utile) convocare l'assemblea¹²⁵, stante la necessaria attenzione per la dialettica endosocietaria e la sussidiarietà o, comunque, residualità del rimedio¹²⁶.

¹²¹ Sul fatto che, nonostante la recente riforma dell'art. 2407 c.c., la responsabilità dell'organo di controllo possa comunque ritenersi concorrente e solidale con gli amministratori per i fatti e le omissioni di questi (se il danno non si sarebbe prodotto ove avessero diligentemente controllato) v. *supra* Introduzione, par. 7.

¹²² V. Introduzione, par. 2, 3, 4.

¹²³ Sul punto sia consentito rinviare a F. SUDIERO, *Codice della crisi e misure di allerta: nuove frontiere e nuove prospettive in tema di responsabilità del collegio sindacale?*, in *Nuovo dir. soc.*, 2021, 1901 ss. per alcune riflessioni sulla compatibilità tra segnalazione all'OCRI ed attivazione del potere di cui all'art. 2409 c.c.

¹²⁴ Così, in giurisprudenza, già con riguardo al precedente art. 14 CCII, anche Trib. Milano, 18 ottobre 2019, cit., nonché, in dottrina, con riguardo al successivo art. 15 d.l. n. 118 del 2021, pur sinteticamente, C. BAUCO, *op. cit.*, 13. V. anche ASSONIME, Circolare 34/2021, 26 ss.

¹²⁵ Come è noto, non è agevole la distinzione tra le nozioni di «fatti censurabili» che legittimano la convocazione dell'assemblea *ex art.* 2406 e le «gravi irregolarità» alla base del ricorso *ex art.* 2409 c.c. Ai fini delle presenti riflessioni, non sembra che la differenza debba essere sopravvalutata, stante la serietà dell'omissione dell'organo amministrativo. Al più si tratta di capire se l'organo di controllo, prima di agire *ex art.* 2409 c.c., abbia adeguatamente valutato se la convocazione dell'assemblea fosse adempimento utile o meno. Come, ad esempio, non sarebbe, a mio avviso, nel caso di sostanziale coincidenza tra soci e organo amministrativo.

In generale sul rapporto tra le due nozioni si veda la ricognizione di A. BERTOLOTI (*Società per azioni. Collegio sindacale, revisori, denuncia al tribunale*, Torino, 2015, 230) che sintetizza il dibattito in dottrina distinguendo tra chi ritiene i «fatti censurabili» un *minus* rispetto alle «gravi irregolarità» e chi tende ad accostare i due concetti da un punto di vista sostanziale, ponendo l'attenzione sul fatto che il 2409 c.c. sembra limitare i fatti a quelli compiuti unicamente dagli amministratori.

¹²⁶ L'assunto è pacifico (così recentemente anche Trib. Bologna, 19 maggio 2021, n. 64, *www*.

Ciò per le seguenti ragioni.

Come noto il controllo giudiziario¹²⁷, è attivabile dal collegio sindacale allorché vi sia fondato sospetto di: (i) irregolarità, (ii) nella gestione della società, che siano (iii) gravi, (iv) attuali e (v) potenzialmente pregiudizievoli per la società o per società controllate.

Cinque caratteristiche che, a mio avviso, sembrano plasticamente verificarsi nei casi di omessa o inadeguata risposta dell'organo amministrativo alla segnalazione dell'organo di controllo, a prescindere dalla complessità del perimetro degli interessi tutelati dall'istituto¹²⁸.

Infatti, è, anzitutto, innegabile che l'inadeguato o mancato riscontro ad una sollecitazione proveniente dall'organo di controllo (quale è quella ex art. 25-*octies* CCII) rappresenti una «irregolarità» dell'organo amministrativo, non foss'altro perché la legge lo esige espressamente.

Parimenti logico è che tale irregolarità sia avvenuta «nella gestione», posto che, per quanto la norma oggi restringa l'ambito di rilevanza delle irregolarità rispetto al passato (ove faceva riferimento a quelle poste in essere nell'«adempimento dei doveri degli amministratori e sindaci»), di certo il riscontrare una segnalazione sulla possibile sussistenza di una situazione di pre-crisi, crisi o insolvenza, non può che rientrare negli atti gestori o comunque è tale la valutazione che l'organo amministrativo deve effettuare a monte per procedervi: la rilevazione «tempestiva» o, comunque, la prevenzione della crisi e della perdita della continuità aziendale (cui come visto è prospetticamente preordinata anche la segnalazione della pre-crisi) nonché l'adozione di strumenti idonei a superare la

ilcaso.it). In questo senso v. anche E. DE NUCCIO, C. BAUCO, *Ruolo, obblighi e responsabilità dei sindaci alla luce del nuovo Codice della crisi: gestione del rischio, flussi informativi e best practices*, cit., 502, 512 e 515.

¹²⁷ Su cui la letteratura è stata piuttosto copiosa nel passato. V., a titolo esemplificativo, i noti lavori di V. CERAMI, *Il controllo giudiziario sulle società di capitali*, Milano, 1954, 38 ss., G. DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario sulla gestione delle società per azioni*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, Torino, 1985, 591 ss., G.U. TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, in *Tratt. S.p.A. Colombo e Portale*, Torino, 1998, 5, 302-3, e da M.F. GHIRGA, *Il procedimento per irregolarità della gestione sociale*, Padova, 1994, 37 ss., E. DALMOTTO, *Denuncia al tribunale (art. 2409 c.c.)*, in *Il nuovo processo societario*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2004, 1214 ss., F. GALGANO, R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, Padova 2006, 1, 525, Per alcuni lavori post riforma, cfr. L. D'ORAZIO, *Denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c.*, in *Il processo societario. Tutela cautelare, tutela camerale, denuncia al tribunale*, a cura di A. Didone, Milano, 2006, 252 ss., S. AMBROSINI, *Il controllo giudiziario*, in AA.VV., *La società per azioni*, a cura di N. Abriani, O. Cagnasso, P. Montalenti, S. Ambrosini, in *Tratt. dir. comm. Cottino*, IV, Padova, 2010, 818 ss.

¹²⁸ Su cui vi è, oggi, un fitto dibattito specie alla luce della limitazione della legittimazione del pubblico ministero alla quale, però, secondo alcuni Autori, farebbe da contraltare, nelle società chiuse, l'introduzione proprio di quella dell'organo di controllo interno (per un'efficace sintesi del dibattito, v., per tutti, R. RORDORF, *Brevi note in tema di controllo giudiziario sulla gestione delle società previsto dall'art. 2409 c.c.*, in *Soc.*, 2015, 1210).

prima e a recuperare la seconda, derivano direttamente dalla legge (artt. 2086 e 3 CCII) e un omesso o inadeguato riscontro nel termine stabilito dall'organo di controllo appare indubitabilmente un atteggiamento idoneo a compromettere il corretto esercizio dell'attività di gestione dell'impresa¹²⁹.

Non sembra parimenti in discussione che si tratti di irregolarità «grave»¹³⁰, considerando, già solo in una prospettiva teleologica, l'attenzione che il legislatore (anche su spinta europea) con l'impalcatura normativa in esame ripone sull'*early warning*.

Anche da un punto di vista logico-sistematico, l'incapacità di riscontrare (adeguatamente e puntualmente) la segnalazione potrebbe denotare serie criticità nella struttura e, quindi, negli assetti, la cui adeguatezza e concreto corretto funzionamento rappresentano l'impalcatura dell'intero sistema di controllo e delle c.d. misure di «allerta»¹³¹ e dei doveri degli amministratori su cui i sindaci hanno l'obbligo di vigilare *ex art.* 2403 c.c. E, come noto, recenti pronunce hanno ammesso il ricorso all'art. 2409 c.c. proprio nei casi di mancanza o inadeguatezza degli assetti¹³² a consentire la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita di continuità aziendale nonché l'attivazione degli opportuni interventi per il superamento della prima ed il recupero della seconda¹³³.

¹²⁹ Così, in generale, sul significato di «gravi irregolarità nella gestione», recentemente, v. Trib. Roma, 21 luglio 2020, in *De Jure*.

¹³⁰ A mio sommo avviso, anche ove la segnalazione avesse ad oggetto la mera pre-crisi. Se è, vero che, secondo le tesi qui sostenute, l'obbligo di attivazione parrebbe sussistere, *ex art.* 2086 c.c., solo nei casi di «crisi» o di «insolvenza», è altrettanto vero che, una volta attivato il *procedimento segnalatorio* attraverso la segnalazione dell'organo di controllo e, quindi, un rilevante (se non l'unico) strumento interno di *early warning*, il relativo riscontro non potrebbe divenire fatto meramente volontario. Anzi il mancato o inadeguato riscontro potrebbe ragionevolmente nascondere serie inefficienze tali da integrare quantomeno quel «fondato sospetto» di gravi irregolarità richieste dall'art. 2409 c.c. (v. anche nel testo con riguardo alle possibili criticità degli assetti). Certo, occorrerà maggiormente prudenza, ad opera dell'organo di controllo, in questa fase rispetto ai casi in cui la segnalazione abbia ad oggetto una situazione di «crisi» o di «insolvenza» (valutando, attraverso l'opportuno approfondimento istruttorio, il motivo del mancato o inadeguato riscontro).

¹³¹ Se così si intendono ancora chiamare nonostante la diversa impostazione del CCII rispetto al passato.

¹³² Trib. Cagliari, 19 gennaio 2022, in *Soc.*, 2022, 1430, Trib. Catania, 8 febbraio 2023, in *Fall.*, 2023, 6, 817 (anche se in quest'ultimo caso il Tribunale, nonostante numerose aperture in *obiter*, recupera la «gravità» facendo riferimento alla mancanza assoluta di assetti), Trib. Roma 15 settembre 2020, in *Giur. comm.*, II, 2021, 1358, con nota di S. FORTUNATO, *Atti di organizzazione, principi di correttezza amministrativa e Business Judgment Rule*, Trib. Milano, 18 ottobre 2019, in *Giur. it.*, 2020, 363 ss. con nota di O. CAGNASSO, *Denuncia di gravi irregolarità: una primissima pronuncia sul nuovo art. 2086 c.c.*

¹³³ In questo senso: Trib. Roma, 15 settembre 2020, cit., Trib. Milano, 18 ottobre 2019, cit. V. anche ASSONIME, *I doveri degli amministratori e sindaci nella gestione della crisi d'impresa*, in *www.ilcaso.it*, 2021.

Quanto precede appare altresì avvalorato dall'orientamento tradizionale della giurisprudenza che, anche in passato, ha ritenuto sussistenti le gravi irregolarità in molteplici situazioni in rapporto alle quali la violazione in esame non pare essere seconda quanto a gravità e pericolosità¹³⁴.

In tal senso sembrano poi deporre due ulteriori indici sistematici.

Anzitutto, la previsione espressa nelle s.r.l. del potere di cui all'art. 2409 c.c. proprio per il tramite del CCII che ha così modificato l'art. 2477 c.c. Ciò sembrerebbe, in effetti, testimoniare, nemmeno troppo velatamente, l'intima connessione tra il potere reattivo in esame e la necessaria attenzione per l'*early warning*, quale *fil rouge* delle norme del CCII.

In secondo luogo, non sembra potersi trascurare il disposto dell'art. 14, comma 2, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, "TUSP") a mente del quale la mancata adozione di provvedimenti adeguati nei casi di emersione di uno o più indicatori di crisi aziendale nell'ambito dei programmi cc.dd. di "valutazione del rischio" previsti dall'art. 6 del medesimo TUSP, «costituisce grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile»: il fatto che la disposizione sia prevista con riguardo alle socie-

Più recentemente Trib. Cagliari, 19 gennaio 2022, cit. ha espressamente affermato che «gli adeguati assetti, infatti, sono funzionali proprio ad evitare che l'impresa scivoli inconsapevolmente verso una situazione di crisi o di perdita della continuità, consentendo all'organo amministrativo di percepire tempestivamente i segnali che preannunciano la crisi, consentendogli in tal modo di assumere le iniziative opportune». Anzi, prosegue il Tribunale, altrettanto se non più grave sarebbe la mancata adozione di adeguati assetti «di una impresa in situazione di equilibrio economico finanziario. Del resto, una volta manifestatasi la crisi, sfuma la gravità della adozione di adeguati assetti e viene in massimo rilievo, invece, la mancata adozione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per fronteggiarla. In altri termini, la violazione della obbligazione di predisporre adeguati assetti è più grave quando la società non si trova in crisi, anche perché, del resto, proprio in tale fase essa ha le risorse anche economiche per predisporre con efficacia le misure organizzative, contabili, amministrative».

¹³⁴ Sono, infatti, state ritenute gravi irregolarità *ex art.* 2409 c.c., ad esempio: (a) l'omessa o irregolare convocazione degli organi sociali nei casi previsti dagli artt. 2367, 2446, 2447 e 2449 (App. Napoli, 29 gennaio 1988, in *Soc.*, 1988, 736); (b) l'omessa o irregolare esecuzione di deliberazioni assembleari, come l'omesso trasferimento della sede sociale nel luogo deliberato dall'assemblea (Trib. Milano, 17 luglio 1984, in *Soc.*, 1984, 1362); (c) l'omessa pubblicazione del bilancio, ove protratta per più esercizi (Trib. Cassino, 16 febbraio 1990, in *Soc.*, 1990, 1103; Trib. Napoli, 8 ottobre 2008, in *Soc.*, 2010, 207); (d) l'omessa o irregolare tenuta della contabilità sociale (App. Bologna, 19 marzo 1988, in *Soc.*, 1988, 753; Trib. Monza, 17 maggio 2000, in *Mass. Giur. it.*, 2001); (e) la redazione di bilanci falsi (App. Bologna, 19 marzo 1988, in *Soc.* 1988, 753; Trib. Mantova, 15 ottobre 2009, in *www.ilcaso.it.*); (f) l'omessa, irregolare, tardiva o infedele registrazione contabile di fatti sociali nonché, più in generale, la violazione dei principi di redazione del bilancio di esercizio (Trib. Roma, 13 luglio 2000, in *Giur. it.*, 2000, 2103); (g) la violazione del divieto di agire in concorrenza con la società (Trib. Napoli, 9 ottobre 1986, in *Dir. e Giur.*, 1986, 819). Per una raccolta degli orientamenti tradizionali v., in particolare, G. CAVALLI, M. MARULLI, C. SILVETTI, *Le società per azioni*, II, in *Giur. sist.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1996, 1034; F. MAINETTI, *Note in tema di controllo giudiziario delle società: alcune decisioni recenti*, in *Giur. it.*, 1999, 2049.

tà partecipate (e, in particolare, a quelle a controllo pubblico), non sembra rappresentare un ostacolo normativo all'interpretazione qui proposta, non apparendo la qualità di soggetto pubblico o privato rilevante ai fini della considerazione della qualificazione dell'irregolarità come grave o meno¹³⁵. Anzi, sembrerebbe piuttosto introdurre una mera esplicitazione di un principio generale, chiarito in un contesto che evoca interessi pubblici¹³⁶.

Infine, non sembra negabile la sua natura di irregolarità attuale e «potenzialmente pregiudizievole», nel senso che il mancato riscontro non esaurisce, ovviamente, ogni effetto potenzialmente pregiudizievole, non potendo di certo rientrare tra quelle vicende societarie ormai esaurite e non ulteriormente produttive di possibili effetti nocivi, come nei casi in cui l'ordine gestorio sia già stato ripristinato e/o gli effetti delle condotte siano ormai intangibili¹³⁷. Anzi, tale mancato o inadeguato riscontro, specie in presenza di una tempestiva segnalazione, potrebbe rappresentare proprio il primo segnale di un possibile esponenziale tracollo ove non venisse ripristinata la correttezza gestoria, attraverso la nomina, ad esempio, di un amministratore giudiziario in grado di provvedere ed evitare l'insolvenza e la perdita della continuità aziendale o procedere celermente con le misure necessarie per la risoluzione della crisi eventualmente effettivamente in atto. Sicché, potrebbe persino sostenersi che tale circostanza rappresenti uno di quei «casi più gravi» in presenza dei quali il comma 4 dell'art. 2409 c.c. consente la nomina proprio di un amministratore giudiziario.

Sul punto, la recente Norma di comportamento del collegio sindacale di società non quotate n. 11.4¹³⁸ evidenzia il possibile percorso che l'organo di con-

¹³⁵ Tenuto peraltro conto che, in numerosi casi, crisi imprenditoriali «private» potrebbero rivelarsi più socialmente impattanti di crisi di piccole o poco significative società pubbliche.

¹³⁶ Come sopra anticipato, tale ultima previsione potrebbe inoltre offrire lo spunto per distinguere l'inadeguato riscontro in esame nei casi di crisi e insolvenza da quello nei casi di sola crisi: nei i primi due si potrebbe ritenere certamente integrato il requisito della grave irregolarità (alla stregua di una presunzione assoluta, come sembrerebbe dimostrare il tenore del menzionato art. 14 TUSP); nel secondo probabilmente occorrerebbe valutarlo unitamente ad altri elementi. Sul tema v. il recente documento preparato dal CNDCEC, *La crisi nelle società pubbliche tra TUSP e CCII*, 2023, 40.

¹³⁷ Questo è il significato di «attualità» secondo l'orientamento prevalente (v. già, *ante* riforma del diritto societario, Trib. Milano, 7 giugno 2002, in *Giur.it*, 2002, 2098).

¹³⁸ «Nel caso in cui gli amministratori, a seguito della segnalazione del collegio sindacale, non riferiscano in ordine alle iniziative intraprese, il collegio sindacale adotta i rimedi endosocietari che ritiene maggiormente opportuni. Nel caso in cui gli amministratori non assumano le iniziative idonee per il superamento delle condizioni di squilibrio che hanno motivato la segnalazione dei sindaci, ovvero non attuino uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi o dell'insolvenza, il collegio sindacale può convocare l'assemblea ai sensi dell'art. 2406 c.c. Nei casi in cui il ricorso all'assemblea non abbia avuto luogo o i suoi esiti non siano ritenuti adeguati, il collegio sindacale, qualora la condotta degli amministratori integri

trollo dovrebbe seguire nelle ipotesi di mancato o inadeguato riscontro, rispettando anzitutto la dialettica endosocietaria e giungendo, in ultimo, anche alla denuncia di gravi irregolarità *ex art.* 2409 c.c.

Tuttavia, ancora una volta, il tenore della Norma pare suscitare qualche perplessità.

Essa, infatti (oltre a non contemplare la segnalazione della pre-crisi)¹³⁹ distingue l'ipotesi della mancata comunicazione delle iniziative intraprese da quella dell'omessa adozione delle iniziative idonee per il superamento delle condizioni di squilibrio che hanno determinato la segnalazione dell'organo di controllo o della mancata attuazione degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi o dell'insolvenza: nel primo caso, la Norma suggerisce l'attivazione di «rimedi endosocietari», quindi escludendo – sembrerebbe – il ricorso all'art. 2409 c.c.; nel secondo, invece, invita l'organo di controllo, dapprima, a convocare l'assemblea *ex art.* 2406 c.c. e, poi, nei casi in cui ciò non sia avvenuto o gli esiti di tale convocazione siano risultati inadeguati, ad agire *ex art.* 2409 c.c., ma solo «qualora la condotta degli amministratori integri anche i presupposti di gravi irregolarità» e «ove consentito della legge».

Conseguentemente, non solo la Norma di comportamento introduce una distinzione tra i concetti di “iniziative intraprese” e “misure adottate” non più presente nella legge, ma (i) non contempla il ricorso *ex art.* 2409 c.c. per il primo caso (l'unico oggi contemplato dalla legge) e (ii) per il secondo (con riguardo al quale, peraltro, non è così chiaro quando l'organo amministrativo sia in ritardo) subordina il ricorso all'art. 2409 c.c. genericamente alle condizioni di legge. Il che equivale ad escludere – in maniera, a mio sommo avviso, non condivisibile – che il mancato o inadeguato riscontro alla segnalazione rappresenti per ciò solo una grave irregolarità *ex art.* 2409 c.c.

Pertanto, parrebbe più coerente con il tenore della legge e con le argomentazioni anche nella prospettiva teleologica sopra tratteggiate leggere la Norma di comportamento (come peraltro sembrerebbero consentire i relativi criteri applicativi pur anch'essi non del tutto inequivoci¹⁴⁰) nel senso che in entrambi i casi

anche i presupposti di gravi irregolarità, ove consentito della legge, può proporre la denuncia al Tribunale *ex art.* 2409 c.c.».

¹³⁹ Ciò appare in linea con la menzionata (e sopra criticata) Norma 11.3 (cfr. parte I, cap. I, par. 4.1 e cap. II, par. 3.3.1).

¹⁴⁰ «Effettuata la segnalazione, trascorso inutilmente il termine concesso (al massimo trenta giorni) senza che gli amministratori forniscano informazioni circa le iniziative intraprese, ovvero in caso di risposta non adeguata rispetto alle richieste formulate, il collegio sindacale provvede nel più breve termine a riunirsi e a chiedere informazioni all'organo amministrativo. Qualora la segnalazione sia stata trasmessa al soggetto incaricato della revisione legale, il collegio sindacale incontra quest'ultimo per scambiare informazioni e dati. L'inadeguatezza della risposta fornita dagli amministratori in ordine alle soluzioni individuate e alle misure da intraprendere per il supera-

(mancato o inadeguato riscontro alla segnalazione e mancata o inadeguata attuazione delle misure), ove non sia possibile o utile proseguire l'interlocuzione con l'organo amministrativo, vi siano ragioni di peculiare urgenza di provvedere né sia possibile o utile la convocazione dell'assemblea, il collegio sindacale debba procedere ai sensi dell'art. 2409 c.c., se ancora possibile (ovverosia se non occorra piuttosto agire diversamente, ad esempio, depositando ricorso, *ex art. 37 CCII*, per l'apertura della liquidazione giudiziale¹⁴¹ e/o agire in responsabilità *ex art. 2393*, comma 3, c.c.).

mento della crisi andrà valutata in relazione alla ragionevolezza delle scelte assunte rispetto a quanto previsto dall'ordinamento.

Nel caso in cui, l'organo amministrativo non intenda provvedere tempestivamente all'adozione e all'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi, il collegio sindacale, dopo aver fatto annotare il proprio dissenso nel verbale di riepilogo (cfr. Norma 4.3; Norma 5.2) può:

- convocare l'assemblea – previa comunicazione all'organo amministrativo – per informarla sia dell'inerzia degli amministratori sia dello stato di crisi – o dell'insolvenza reversibile – secondo quanto precisato nella Norma 6.2.;
- presentare, sussistendone i relativi presupposti, denuncia al Tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c., secondo quanto precisato dalla Norma 6.4;
- presentare istanza al tribunale per accertare l'intervenuta causa di scioglimento della società *ex art. 2484*, co. 1, n. 4, qualora essa non sia stata accertata dagli amministratori (cfr. Norma 10.11).

Nel dare avvio a tali iniziative appare opportuno, considerate le possibili conseguenze derivanti dall'intervento del collegio sindacale, che esso operi con particolare attenzione nell'evidenziare i fatti ritenuti rilevanti, provvedendo a:

- definire in modo puntuale l'ordine del giorno circoscrivendolo alla situazione di crisi o di insolvenza reversibile;
- esporre in apposita relazione i fatti censurabili e le informazioni acquisite;
- allegare la documentazione di supporto (ad esempio, riscontri effettuati, dati, informazioni o risposte ricevuti dall'organo amministrativo o dall'incaricato della revisione legale, intensificando lo scambio informativo con quest'ultimo)».

¹⁴¹ Il commento alla Norma 11.4, in calce, afferma che «[g]liova osservare come nei casi di insolvenza non reversibile di cui all'art. 2, co. 1, lett. b) d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, il collegio sindacale sia legittimato alla presentazione della domanda di apertura della liquidazione giudiziale (cfr. Norma 6.6. e Norma 11.3.)». A mente della Norma 6.6, infatti, «[n]ello svolgimento delle proprie funzioni, ricorrendone i presupposti di legge ed avendo esperito infruttuosamente altri rimedi, il collegio sindacale presenta domanda di apertura della liquidazione giudiziale». Secondo i relativi criteri applicativi: il collegio sindacale: (i) nei casi di archiviazione dell'istanza di composizione negoziata per l'assenza di concrete possibilità di risanamento della società o nei casi in cui la composizione negoziata non sia stata risolutiva della situazione di crisi e non sia stato attuato alcun altro strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza, può (a) «convocare l'assemblea, previa comunicazione al presidente del consiglio di amministrazione, per informarla dell'inerzia degli amministratori»; (b) «informare dell'esistenza dello stato di insolvenza il P.M., se nel frattempo la società non sia più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni»; (c) «presentare domanda per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale, se nel frattempo la società non abbia attivato altra procedura di regolazione dell'insolvenza e la società non sia più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni»; (ii) fuori da tali ipotesi, qualora dall'attività di vigilanza «risulti evidente lo stato di insolvenza non reversibile della società» può: (a)

3.3.3.2.2. Il perimetro del sindacato dell'organo di controllo

Ciò considerato, occorre ancora chiarire quale sia, fuori dai casi (invero, riterrei, più di scuola) di mancato riscontro, il perimetro del sindacato dell'organo di controllo sul riscontro dell'organo amministrativo.

La risposta al quesito sembrerebbe, nuovamente, dover passare dal più generale tema dell'estensione e dell'oggetto del dovere di controllo nonché dei confini della *business judgment rule*.

Richiamando quanto sopra detto con riguardo all'applicazione della *business judgment rule* alla scelta dello strumento per superare la crisi¹⁴² e richiamando, senza poterlo ulteriormente approfondire in questa sede, il fitto dibattito sull'oggetto ed i limiti dell'attività di controllo del collegio sindacale¹⁴³, riterrei, nel

convocare l'assemblea, previa comunicazione al presidente del consiglio di amministrazione, per informarla dello stato di insolvenza e delle iniziative da intraprendere; (b) presentare domanda per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale, se nel frattempo la società non abbia attivato altra procedura di regolazione dell'insolvenza».

Gli stessi criteri concludono che la «domanda di apertura della liquidazione giudiziale non è preclusa dall'aver depositato ricorso al Tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c. (Norma 6.4.) ovvero dalla presentazione dell'istanza di accertamento della causa di scioglimento della società ai sensi dell'art. 2484 c.c. (Norma 10.11.)».

Sempre in virtù del rispetto della dialettica endosocietaria il commento alla Norma in questione, nella parte finale, afferma condivisibilmente che: «[f]erma restando la residuale ipotesi di insolvenza conclamata, al verificarsi della quale il collegio sindacale può, previa convocazione dell'assemblea, presentare direttamente la domanda di cui all'art. 37 del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 presso il tribunale competente, l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale da parte del collegio sindacale sarà subordinata all'infruttuoso esito del procedimento di composizione negoziata, ovvero alla protratta inattività dell'organo amministrativo rispetto all'adozione di ulteriori provvedimenti che si rendano necessari per prevenire e, se del caso, regolare, l'insolvenza della società (cfr. Norma 11.4.)».

La Norma 11.3 sul punto, per come modificata dopo il Correttivo-ter, precisa che «[i]l collegio valuta, in alternativa alla segnalazione, di presentare istanza per l'apertura della liquidazione giudiziale (cfr. Norma 6.6.). Nel caso in cui decida di procedere con la segnalazione, informato il soggetto incaricato della revisione legale, il collegio sindacale stabilisce un termine non superiore a trenta giorni entro cui gli amministratori devono riferire, chiarendo nella segnalazione medesima che decorso inutilmente tale termine procederà con il deposito dell'istanza per l'apertura della liquidazione».

¹⁴² V. parte I, cap. I, par. 4.2.

¹⁴³ Sul tema e, segnatamente, sulla distinzione tra controllo sul merito, di legittimità o legalità formale o sostanziale la letteratura è copiosa e qualsivoglia riferimento sarebbe incompleto. Basti considerare in questa sede, viste le valutazioni dell'organo di controllo che sembrerebbero richieste dalla legge, le già lungimiranti osservazioni di G. CAVALLI (*I sindaci*, in *Trattato S.p.A. Colombo e Portale*, cit., 1988, 97) per cui «negando ai sindaci ogni potere di intervento sulla bontà della linea amministrativa, risulterebbe impedita ogni valutazione di questi aspetti anche dall'assemblea, che, una volta privata della collaborazione del collegio, si troverebbe spesso nella materiale impossibilità di conoscere e valutare adeguatamente i dati gestori sottoposti a suo giudizio» e che pertanto il controllo del collegio sindacale, pur rimanendo nell'ambito di un controllo di legalità in senso lato, «può e deve estendersi all'osservanza di norme tecniche di oculata amministrazione nel quadro di una tutela globale nell'interesse della società».

solco degli orientamenti prevalenti all'interno di tale dibattito, che anche il sindacato del riscontro debba limitarsi al c.d. controllo di legalità o legittimità sostanziale o, al più, come sostenuto più di recente, di correttezza¹⁴⁴, cioè di rispetto dei principi di corretta amministrazione. Un controllo, pertanto, di correttezza procedurale, di ragionevolezza, razionalità economica e, in ogni caso, nei limiti della *business judgment rule*, tenendo conto della menzionata discrezionalità vincolata¹⁴⁵ (in particolare della preservazione della continuità aziendale e del *best-interest-of-creditors test*)¹⁴⁶, alla luce dei dati e documenti che l'organo di controllo, se del caso attraverso i propri poteri ispettivi e di scambio informativo anche con il revisore, è in possesso¹⁴⁷.

In tal senso si esprime anche la Norma di comportamento del collegio sindacale di società non quotata n. 11.4 i cui criteri applicativi affermano espressamente che «[l']inadeguatezza della risposta fornita dagli amministratori in ordine alle soluzioni individuate e alle misure da intraprendere per il superamento della crisi andrà valutata in relazione alla ragionevolezza delle scelte assunte rispetto a quanto previsto dall'ordinamento».

Fermo restando che l'organo di controllo dovrebbe altresì considerare la dialettica in senso dinamico senza arrestarsi al primo riscontro, posto che ben difficilmente l'organo amministrativo sarà in grado, stante la brevità del termine (massimo di trenta giorni), di riferire sulle «iniziative intraprese», ancorché si tratti di «primi» interventi, come si è tentato di osservare sopra¹⁴⁸. Conseguentemente, anche la valutazione delle «prime iniziative» dovrebbe essere parametrata al termine concesso: nel caso di termine stretto, potrebbe essere sufficiente una delibera del consiglio di amministrazione dal contenuto decisorio e non meramente programmatico su, per ipotesi, la calendarizzazione delle attività, eventuali ispezioni o il conferimento di un incarico ad un professionista con specifi-

¹⁴⁴ Secondo autorevole dottrina, infatti, la generale ripartizione in controllo di legalità (formale e sostanziale) e controllo di merito richiederebbe oggi una rivisitazione sistematica in questi termini: (a) controllo di merito; (b) controllo di correttezza gestionale e di adeguatezza amministrativa; (c) controllo di legalità (formale e sostanziale) (P. MONTALENTI, *Il sistema dei controlli societari*, cit., 2175 ss.).

¹⁴⁵ V., in particolare, parte I, cap. I, par. 4.2.

¹⁴⁶ Nei termini del “trattamento non deteriore” rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale ove si seguisse la tesi qui sostenuta (e, quindi, dell'*insolvenza relativamente irreversibile* o *super-estensiva moderata*), salvo il giudizio di convenienza con riguardo ai crediti tributari (a meno di non sostenere la tesi correttiva proposta per cui il giudizio di convenienza dovrebbe valere solo per i piani meramente liquidatori): v., in particolare, parte I, cap. I, par. 3.2.4.

¹⁴⁷ Così E. DE NUCCIO, C. BAUCO, *Ruolo, obblighi e responsabilità dei sindaci alla luce del nuovo Codice della crisi: gestione del rischio, flussi informativi e best practices*, cit., 515.

¹⁴⁸ Ciò, a ben vedere, parrebbe possibile soltanto ove gli amministratori, già prima della segnalazione, eventualmente nell'ambito della citata “fase zero” (cfr. precedente par. 2.3), avessero ipotizzato soluzioni e posto in essere alcune prime misure.

co *scope of work* o, al contrario, un'analitica presa di posizione per confutare le argomentazioni della stessa segnalazione; nel caso di termine meno contenuto, si potrebbe pretendere un maggiore avanzamento, pur sempre però nella consapevolezza che non potrà che trattarsi di iniziative ad uno stadio ancora embrionale¹⁴⁹.

Occorrerebbe, pertanto, coltivare il dialogo con l'organo amministrativo quantomeno ove il primo riscontro, sulla base dei criteri di valutazione illustrati, si presenti ragionevole e, quindi, fondatamente promettente di una soluzione efficace a breve¹⁵⁰.

Manca, infine, un termine finale per le opportune valutazioni. In altre parole sino a quando sarà ragionevolmente possibile attendere un riscontro fattivo dopo le prime (pur eventualmente condivisibili) risposte? Il nodo non è certamente semplice da sciogliere, tuttavia, sembrerebbe possibile ritenere che in tale fase, l'intensificazione dei controlli, dovrebbe suggerire la conservazione della dialettica sino a quando ciò risulti ragionevole secondo le caratteristiche del caso concreto e della complessità della situazione, fermo che, ove mutino i presupposti e non sia più percorribile, secondo il percorso valutativo descritto, il ricorso alla composizione negoziata, l'organo di controllo dovrebbe procedere col deposito del ricorso per la liquidazione giudiziale *ex art. 37 CCII*¹⁵¹.

In conclusione, dunque, sembra innegabile la sussistenza di un dovere di controllo sulla risposta dell'organo amministrativo alla segnalazione, con la conseguenza che, in caso di mancato (o tardivo) riscontro o, nei limiti visti, di sua inadeguatezza, l'organo di controllo avrà il precipuo dovere di intervenire, se possibile, proporzionalmente con rimedi endosocietari (convocando dapprima

¹⁴⁹ Cfr. in argomento E. DE NUCCIO, C. BAUCO, *op. ult. cit.*, 502.

¹⁵⁰ Cfr. la Norma di comportamento del collegio sindacale di società non quotata 11.4, in particolare i relativi criteri applicativi, che in maniera piuttosto sintetica prevede che: «[e]ffettuata la segnalazione, trascorso inutilmente il termine concesso (al massimo trenta giorni) senza che gli amministratori forniscano informazioni circa le iniziative intraprese, ovvero in caso di risposta non adeguata rispetto alle richieste formulate, il collegio sindacale provvede nel più breve termine a riunirsi e a chiedere informazioni all'organo amministrativo» (salvo poi prevedere l'incerta *escalation* dei rimedi già descritti).

¹⁵¹ *De iure condito* potrebbe considerarsi (in assenza di più gravi situazioni che richiedano maggiore rapidità) il termine di tre mesi dal momento in cui avrebbero dovuto conoscere l'insolvenza, in quanto termine che, allo stato, sembra rappresentare punto di convergenza tra gli Stati Membri, nella proposta di Direttiva di armonizzazione della Commissione Europea del 7 dicembre 2022, per individuare il momento a partire dal quale potrebbe scattare la responsabilità degli organi societari per il ritardato o omesso deposito dell'istanza di liquidazione giudiziale in proprio. Termine che, in effetti, pur ancora ipotizzabile in una cauta prospettiva interpretativa (trattandosi di mera proposta europea), appare coerente con l'attuale impianto normativo in quanto superiore a quello indicato dall'art. 25-*octies* CCII per delineare la tempestività della segnalazione (v. sopra par. 3.3.1 e 5).

l'organo amministrativo e poi, ove utile, in base al caso concreto, l'assemblea *ex art. 2406 c.c.*), o, in caso contrario (o se le predette iniziative non portassero i riscontri auspicati), anche agendo *ex art. 2409 c.c.* e, nei casi di *insolvenza irreversibile* (o *assolutamente irreversibile*, seguendo la tesi *super-estensiva moderata* qui sostenuta), anche depositando istanza per l'apertura della liquidazione giudiziale *ex art. 37 CCII*.

3.3.3.3. *I rapporti e la dialettica con il soggetto incaricato della revisione legale dei conti*

Punto centrale per un efficiente dialogo interorganico e, quindi, per un efficace procedimento segnalatorio è altresì il rapporto con il soggetto incaricato della revisione legale dei conti, posto che, considerata l'evidente complementarietà¹⁵² di funzioni con l'organo di controllo interno¹⁵³, entrambi potrebbero cogliere i presupposti per la segnalazione, dalle rispettive diverse prospettive: il primo in quanto organo nevralgico del sistema dei controlli interni in grado anche di rilevare i fatti gestionali, stanti i suoi poteri ispettivi e, ancor prima, la sua partecipazione alle riunioni del consiglio di amministrazione; il secondo per l'ontologica funzionalità e sensibilità nel riscontrare parametri contabili come il DSCR¹⁵⁴ che, non a caso, era considerato dal Consiglio Nazionale dei Dottori

¹⁵² Cfr. in argomento, recentemente, E. DE NUCCIO, C. BAUCO, *Ruolo, obblighi e responsabilità dei sindaci alla luce del nuovo Codice della crisi: gestione del rischio, flussi informativi e best practices*, cit., 505 ss.

¹⁵³ Il soggetto incaricato della revisione legale dei conti è stato recentemente collocato dalla Suprema Corte in una posizione di vertice, in un'accezione funzionale e non di gerarchia, nel sistema dei controlli, in quanto onerato di valutare anche l'attività, o, meglio, l'affidabilità sia dei singoli uffici interni preposti alla contabilità sia dei professionisti esterni. A tal proposito la stessa Corte ha sostanzialmente escluso il «monopolio» del collegio sindacale nella vigilanza sull'adeguatezza degli assetti e sul loro concreto funzionamento e, più in generale, sul rispetto del paradigma dei principi di corretta amministrazione rilevando come sussista, sul punto, una competenza concorrente tra collegio sindacale e società di revisione (Cass., 2 agosto 2023, n. 23579, in *Soc.*, 2024, 65 ss.). Sulla scorta di tali premesse il commentatore osserva altresì che tale controllo da parte del revisore sugli assetti contabili e, in ogni caso, di quelli «rilevanti ai fini del controllo contabile e della formulazione del giudizio sul bilancio» risulterebbe di portata «ancor più penetrante rispetto alle valutazioni rimesse al collegio sindacale» (F. NIEDDU ARRICA, *Lo scetticismo del revisore sugli assetti contabili*, *ivi*, 72).

¹⁵⁴ V. Introduzione, par. 2. In argomento: A. MIRONE, *op. cit.*, 50; V. DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale*, in *Riv. soc.*, 2017, 311 ss. Si era, tuttavia, precisato che «se è vero, infatti, che i sindaci sono chiamati ad un controllo ad ampio raggio sull'azione degli amministratori, mentre i revisori ne sono dispensati, è altrettanto vero che, avendo riguardo alle sole funzioni attribuite ai revisori, gli stessi si dovrebbero ritenere esentati da qualsivoglia forma di controllo di cui all'art. 14, eccezione fatta per la verifica dell'«equilibrio economico finanziario» in occasione delle verifiche imposte dalla normativa sulla revisione legale» (G. GUERRIERI, *I sindaci nel nuovo sistema concorsuale: gli artt. 2477 c.c. e 14 c.c.i.i.*, cit., 220).

Commercialisti e degli Esperti Contabili un indice ai sensi dell'allora art. 13 CCII¹⁵⁵.

D'altronde altrove (e in particolare nell'ordinamento da cui è stata tratta – si sostiene – la composizione negoziata) il ruolo di “segnalatori” è attribuito proprio ai revisori esterni¹⁵⁶.

Come visto, però, l'art. 25-*octies* CCII, sino al Correttivo-*ter*, era silente sul punto, mentre i revisori erano contemplati nel vecchio testo dell'art. 14 CCII che disciplinava la segnalazione nell'ambito della composizione assistita della crisi¹⁵⁷.

Con il Correttivo-*ter* la norma è stata integrata significativamente menzionando il soggetto incaricato della revisione legale in due passaggi¹⁵⁸: anzitutto, gli si attribuisce la legittimazione alla segnalazione unitamente all'organo di controllo, con la precisazione che ciò dovrà avvenire «nell'esercizio delle rispettive funzioni»; in secondo luogo, si precisa che la tempestiva segnalazione all'organo amministrativo e la vigilanza sull'andamento delle trattative sono valutate ai fini dell'attenuazione o esclusione della responsabilità anche del soggetto incaricato della revisione legale dei conti. A ciò fa poi *pendant* l'art. 17, comma 5, CCII che, proprio nella fase iniziale della composizione negoziata sembrerebbe introdurre un sistema trilaterale di scambio informativo tra organo di controllo, revisore ed esperto per verificare le ragionevoli prospettive di risanamento.

La norma del Correttivo-*ter* ricorda, dunque, il tenore del precedente art. 14 CCII¹⁵⁹, anche se quest'ultimo, a differenza del primo: (i) nel contemplare ulteriori obblighi (ossia, non solo quello di segnalazione degli allora «fondati indizi di crisi», ma anche «di verificare che l'organo amministrativo valut[asse] costantemente» l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, l'equilibrio economico finan-

¹⁵⁵ Senza peraltro considerare la specifica competenza del revisore sulla verifica della continuità aziendale (v., in particolare, il principio OIC 11). Inoltre è altresì nota la rilevanza centrale del principio di revisione 570, che, in virtù del richiamo previsto dall'art. 11 del d.lgs. n. 39 del 2010 parrebbe assumere forza di legge. Così anche la Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione n. 10 del 30 gennaio 2025 (p. 37).

V., per la rilevanza del principio in questo lavoro, parte I, cap. II, par. 2.4.

¹⁵⁶ Così in Francia; analogamente anche in Belgio (v., in particolare, parte I, cap. I, par. 3.3.2 e 3.3.3 e oltre par. 3.3.3.5 di questo capitolo).

¹⁵⁷ Secondo alcuni Autori, tuttavia, si sarebbe potuto comunque sostenere un dovere di segnalazione del revisore all'organo di controllo, *ex art.* 2409-*septies* c.c., affinché questi trasferisse all'organo gestorio le irregolarità contabili riscontrate dal primo (cfr. P. VALENSISE, *Sub art.* 25-*octies*, in *Il codice della crisi. Commentario* a cura di P. Valensise, G. Di Cecco, D. Spagnuolo, Torino, 2024, 194).

¹⁵⁸ V. recentemente S. PACCHI, *Il ritorno del revisore contabile nel mosaico delle segnalazioni della crisi e dell'insolvenza dopo il d.lgs. 136/2024*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 13 novembre 2024, 3 ss. la quale peraltro pone in luce (in nt. 5) come l'estensione dei doveri di segnalazione anche ai revisori sia stata presentata dal CNDCEC.

¹⁵⁹ Su cui v. Introduzione, par. 2, 3, 4.

ziario ed il prevedibile andamento della gestione»), precisava che ciò sarebbe dovuto avvenire non «*nell'esercizio* delle rispettive funzioni» (come, appunto, prevede oggi il CCII dopo il Correttivo-ter) ma «ciascuno *nell'ambito* delle proprie funzioni»; (ii) appariva diverso sul meccanismo premiale in tema di responsabilità (facendo riferimento ai concetti di esclusione o esonero di responsabilità¹⁶⁰); (iii) così come integrato dall'art. 3, comma 3, d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, prevedeva che «[g]li organi di controllo societari, quando effettuano la segnalazione, ne informano senza indugio anche il revisore contabile o la società di revisione; allo stesso modo, il revisore contabile o la società di revisione informano l'organo di controllo della segnalazione effettuata».

Le differenze, invero, non appaiono irrilevanti. Infatti, al di là di quanto si dirà in punto responsabilità¹⁶¹: (i) la locuzione «*nell'esercizio* delle rispettive funzioni», rispetto a quella di «ciascuno *nell'ambito* delle proprie funzioni», se non appare particolarmente rilevante sotto il profilo “individualizzante” (posto che sembra evidente che ci si dovrebbe pur sempre riferire alle funzioni o competenze di «ciascun» organo, senza che possano ipotizzarsi fenomeni di responsabilità oggettiva derivanti da omissioni altrui), si potrebbe valorizzare, invece, la differenza semantica tra «ambito» ed «esercizio» (delle funzioni), considerato che questa seconda parrebbe circoscrivere il contesto in cui rilevare e segnalare il presupposto per l'accesso alla composizione negoziata chiarendo, a mio avviso, sia che i fatti rilevanti a tal fine dovrebbero essere solo quelli appresi nelle sedi ufficiali e non *aliunde* per il solo fatto di rientrare nell'«ambito» delle rispettive funzioni, sia che, nuovamente, l'eventuale omissione dovrebbe essere valutata alla luce dell'«esercizio» delle funzioni, quindi sindacando l'eventuale negligenza dell'organo senza lasciar spazio ad eventuali profili di responsabilità da mera posizione¹⁶²; (ii) la regola di coordinamento tra organo di controllo e

¹⁶⁰ La norma – si ricorda – affermava «[l]a tempestiva segnalazione all'organo amministrativo ai sensi del comma 1 costituisce causa di esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dal predetto organo, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione, a condizione che, nei casi previsti dal secondo periodo del comma 2, sia stata effettuata tempestiva segnalazione all'OCRI. Non costituisce giusta causa di revoca dall'incarico la segnalazione effettuata a norma del presente articolo».

¹⁶¹ Su cui v. *infra*, par. 5.

¹⁶² Escludendo, quindi, che, specie per il revisore, questi debba costantemente ricercare criticità, potendosi limitare a segnalare quelli emersi nello svolgimento della sua attività e dovendosi distinguere il momento del termine del processo di revisione da quello delle verifiche periodiche e, ancora, da quello in cui i presupposti della segnalazione emergano a seguito delle interlocuzioni avvenute con l'organo di controllo *ex art.* 2409-septies c.c. Lato revisore, v., per indicazioni operative sul punto, il recente Documento di ricerca n. 259 di ASSIREVI, *L'obbligo di segnalazione da parte del revisore di situazioni di crisi e insolvenza ai sensi dell'art. 25-octies CCII modificato dal d.lgs. n. 136/2024 (“Correttivo ter”)*, dicembre 2024, *passim*, reperibile su www.assirevi.com.

Così si è interpretata anche l'analoga disposizione prevista nell'ordinamento francese a propo-

soggetto incaricato della revisione – oggi espunta – appariva idonea a limitare possibili sovrapposizioni anche paralizzanti, peraltro incrementate dall'evidente rischio di una "corsa" alla segnalazione per godere dell'esonero di responsabilità contemplato all'epoca genericamente al comma 2 dell'allora art. 14 CCII¹⁶³.

Con riguardo a quest'ultimo aspetto, posto il silenzio sul punto anche da parte del Correttivo-ter, sembra comunque possibile ricavare un dovere di coordinamento tra organo di controllo e revisore già dal tessuto normativo attuale – come peraltro già sostenuto precedentemente prima della descritta revisione dell'art. 14 CCII¹⁶⁴ – e, in particolare, dai doveri di diligenza professionale di entrambi nonché dal dovere di collaborazione ex art. 2409-septies c.c.¹⁶⁵. Con l'unica precisazione di ritenere applicabile l'eventuale meccanismo premiale in punto responsabilità ad entrambi, organo di controllo e soggetto incaricato della revisione legale, a prescindere da chi abbia materialmente effettuato la segnalazione, dovendosi considerare quest'ultima, come visto, alla stregua di un proce-

sito della procedura d'allerta attivata dai *commissaires aux comptes* (E. DU PONTAVICE, *L'information et les partenaires de l'entreprise*, RJ com., 1986, 2, 18 ss.).

Occorre rilevare che, tuttavia, la Relazione Illustrativa al Correttivo-ter valorizza in maniera più contenuta la novità: «[I]a lettera a) modifica il comma 1 con il rafforzamento delle segnalazioni inserendo tra i soggetti tenuti alle segnalazioni anche il soggetto incaricato della revisione legale, nel contesto di adozione da parte dello stesso dei principi di revisione internazionali (ISA Italia), e precisando che esse vanno effettuate dal collegio sindacale e dai revisori nell'esercizio delle rispettive funzioni, e quindi nei rispettivi ambiti di azione e competenza oltre che nell'esercizio della diligenza professionale che caratterizza i medesimi organi».

¹⁶³ Essendovi il (legittimo) dubbio che dell'esonero di responsabilità (allora legato espressamente alla segnalazione) potesse beneficiare solo uno dei segnalanti, ad esempio, il primo e non entrambi. Per una possibile soluzione, valevole forse anche oggi, v. subito nel testo.

¹⁶⁴ V. parimenti sopra nell'Introduzione, par. 2.

¹⁶⁵ Così già A. MIRONE, *op. cit.*, 51. Sul tema v. anche P. VALENSISE, *Sub art. 25-octies*, cit., 192, e, ID., *Organi di controllo nelle procedure di allerta*, cit., 594 ss. Si consideri, in chiave storica, che durante i lavori preparatori e, segnatamente, in una delle prime bozze del CCII (quella del dicembre 2017, reperibile sul sito www.centrocrisi.it) si leggeva, a proposito dell'allerta interna, proprio un riferimento all'art. 2409-septies c.c., poi espunto presumibilmente per non limitare il dovere di collaborazione a questo profilo e, in ogni caso, onde non limitare i doveri dell'organo di controllo a quanto eventualmente emerso dallo scambio di documentazione, stanti i ben più penetranti poteri istruttori dei sindaci: «[g]li organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni e tenuto conto del tempestivo scambio di informazioni di cui all'articolo 2409-septies del codice civile, hanno l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, nel caso assumendo idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato, se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi» (corsivo mio).

Che le informazioni rilevanti ai fini della segnalazione all'organo amministrativo rientrino tra quelle che revisore e organo di controllo debbano scambiarsi ex art. 2409-septies c.c. sembra dato assodato anche nella prassi: cfr. sul punto il recente menzionato Documento n. 259 di ASSIREVI, *L'obbligo di segnalazione da parte del revisore di situazioni di crisi e insolvenza ai sensi dell'art. 25-octies CCII modificato dal d.lgs. n. 136/2024 ("Correttivo ter")*, cit., 16.

dimento ove ciascun soggetto deve contribuire (direttamente o indirettamente) ad una tempestiva reazione: considerando, infatti, la segnalazione come “*procedimento segnalatorio*”, sarebbe influente chi, materialmente, tra i soggetti che per la legge possono beneficiare del meccanismo premiale, abbia effettuato la segnalazione. Il meccanismo “premile” di attenuazione o esclusione dalla responsabilità (come si vedrà oltre) dovrebbe, dunque, ritenersi applicabile ad entrambi a prescindere da chi abbia effettuato la segnalazione purché essa sia avvenuta correttamente (ovverosia «ai sensi del comma 1») e tempestivamente poiché ciò sarà indice presuntivo di un corretto *procedimento segnalatorio* e, quindi, anche di una proficua collaborazione tra organo di controllo e soggetto incaricato della revisione¹⁶⁶.

Già in passato, infatti, sembrava sostenibile che il meccanismo di esonero (*recte*, di esclusione o attenuazione di responsabilità, mutuando le parole del Correttivo-ter) potesse operare sia per il revisore che per l'organo di controllo, a prescindere da chi avesse effettuato formalmente la segnalazione, come sembrava (e sembra tuttora) dimostrato dallo stesso tenore letterale del secondo comma dell'art. 25-octies CCII che valorizza la segnalazione «tempestiva» «ai sensi del comma 1» senza distinguere il soggetto che abbia effettuato la segnalazione. Sicché appare evidente (e in tale prospettiva valorizzabile anche ai fini del meccanismo premiale) l'importante ruolo di entrambi a prescindere da chi abbia effettuato la segnalazione: si pensi, ad esempio, al dovere di collaborazione dell'organo di controllo a seguito ad una segnalazione (o in vista di una sua preannunciata trasmissione da parte del soggetto incaricato alla revisione legale dei conti): in tal caso sarà fondamentale il suo apporto, considerati i relativi poteri informativi, ispettivi e reattivi non posseduti dal revisore, onde approfondire i connessi fatti opportuni e così contribuendo ulteriormente al *procedimento segnalatorio* in esame¹⁶⁷.

Sul punto meritano attenzione le nuove Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate e, segnatamente, la 11.3 che ha dedicato diversi aspetti al rapporto tra collegio sindacale e revisore effettivamente, pur con qualche aspetto critico, dando ulteriore corpo al *procedimento segnalatorio*. Anzitutto il principio, stabilisce, a chiare lettere che «[i]l collegio sindacale, qualora nell'ambito della vigilanza richiesta dalla legge, rilevi l'esistenza dei presup-

¹⁶⁶ V. oltre sulla vigilanza nelle trattative, altro elemento necessario per godere del meccanismo premiale *ex* art. 25-octies, comma 2, CCII, che obiettivamente crea qualche problema di coordinamento con riguardo al revisore, estraneo alla vigilanza sulla gestione.

¹⁶⁷ In questa prospettiva di necessaria reciproca collaborazione, risulta, dunque, poco comprensibile, come anticipato, la mancata indicazione, pur a seguito del Correttivo-ter, del soggetto incaricato della revisione legale tra i destinatari della segnalazione esterna *ex* artt. 25-novies e 25-decies CCII: v. sopra par. 2.5. Ritiene invece il mancato richiamo coerente con il diverso ruolo dell'organo di controllo, quale unico collettore delle segnalazioni, S. PACCHI, *Il ritorno del revisore*, cit., 15.

posti di crisi o di insolvenza della società, scambia informazioni con il soggetto incaricato della revisione legale e, all'esito, provvede tempestivamente alla segnalazione». Così, il criterio applicativo, precisa infatti, che il collegio dovrebbe scambiare informazioni con il soggetto incaricato della revisione legale, «[p]rima di effettuare la segnalazione», proprio per (i) evitare sovrapposizioni di segnalazioni senza opportuno coordinamento e (ii) condividere con quest'ultimo le proprie conclusioni.

In secondo luogo viene considerata l'ipotesi che una segnalazione vi sia già stata proprio da parte del soggetto incaricato della revisione legale e precisa che, in tali casi, il collegio sindacale: (i) se condivide le conclusioni del primo, dovrebbe in ogni caso ratificarla, formalizzando una propria segnalazione agli amministratori (da inviare per conoscenza anche al revisore¹⁶⁸) e riportando anche eventuali motivati rilievi formulati da quest'ultimo a seguito delle verifiche periodiche programmate oggetto di scambio informativo; (ii) se, invece, non condivide, dovrebbe promuovere nel più breve termine un incontro con il revisore informando l'organo di amministrazione e riferendo a quest'ultimo in ordine alle informazioni e ai dati acquisiti dal primo con riferimento all'assetto organizzativo amministrativo e contabile adottato dalla società e alla valutazione della continuità aziendale.

Le precisazioni appaiono condivisibili alla luce dell'opportunità di coordinamento tra i protagonisti della segnalazione, salvo che per la ridondante richiesta della ratifica da parte dell'organo di controllo¹⁶⁹, specie ove la si volesse valorizzare per il meccanismo premiale di responsabilità. Dovendo ritenersi sufficienti, proprio per la tesi del *procedimento segnalatorio*, una effettiva e corretta segnalazione, a prescindere da chi la effettui.

3.3.3.4. Segnalazione, riservatezza e revoca

A chiosa del descritto *procedimento segnalatorio* merita menzione il tema della riservatezza e dell'ipotesi di segnalazioni inidonee ad attivarlo perché infondate o temerarie.

¹⁶⁸ Si osservi che nel citato Documento di ricerca n. 259, viene parimenti consigliato di inviare la segnalazione per conoscenza anche all'organo di controllo; inoltre, lo stesso Documento suggerisce, condivisibilmente, di invitare, nella segnalazione stessa, gli amministratori a riferire sulle iniziative intraprese anche all'organo di controllo [ASSIREVI, *L'obbligo di segnalazione da parte del revisore di situazioni di crisi e insolvenza ai sensi dell'art. 25-octies CCII modificato dal d.lgs. n. 136/2024 ("Correttivo ter")*, cit., 15].

¹⁶⁹ Pari ridondante adempimento è previsto anche nel citato Documento di ricerca n. 259 per il revisore per cui anch'egli, ove a conoscenza dell'invio della segnalazione da parte dell'organo di controllo, se condivisa, dovrebbe provvedere alla segnalazione [ASSIREVI, *L'obbligo di segnalazione da parte del revisore di situazioni di crisi e insolvenza ai sensi dell'art. 25-octies CCII modificato dal d.lgs. n. 136/2024 ("Correttivo ter")*, cit., 16].

Quanto al primo aspetto, vista la natura tendenzialmente riservata della composizione negoziata appare condivisibile l'espunzione dalla norma in esame della deroga all'obbligo di riservatezza dell'organo di controllo, come era invece previsto nel vecchio testo dell'art. 14 CCII.

Quanto al secondo profilo, sembra invece doversi richiamare quanto in passato già sostenuto¹⁷⁰ con riguardo all'art. 15 d.l. n. 118 del 2021 ed alle critiche sull'espunzione della precisazione per cui la segnalazione «a norma» non avrebbe rappresentato giusta causa di revoca anche per le connesse interpretazioni *a contrario*: infatti, una negligente, dolosa o abusiva segnalazione (magari volta a beneficiare del meccanismo premiale del secondo comma della norma in esame), non potendosi ritenere «a norma», avrebbe potuto esporre il segnalante (non solo, ove se ne fosse dimostrato il carattere pregiudizievole, a responsabilità esclusiva ma anche e soprattutto) a revoca per giusta causa.

Sicché rimane oggi obiettivamente incerto cosa debba accadere nei casi di segnalazione erronea o abusiva, dovendosi forse optare, teleologicamente, per la revoca solo in questo secondo caso estendendolo, eventualmente, alla colpa grave, stante l'importanza e la delicatezza dell'*early warning*¹⁷¹, mentre la corretta segnalazione non potrebbe, già per i principi generali, rappresentare giusta causa di revoca. In via sistematica depone in tale senso anche l'art. 120-*bis* CCII che addirittura prevede che per la scelta di accedere ai ben più penetranti «strumenti di regolazione della crisi» gli amministratori non siano revocabili: ciò, dunque, dovrebbe valere *a fortiori* per i sindaci per i quali non solo la legge prevede di regola una maggiore stabilizzazione, ma, in tal caso, si limitano meramente a segnalare¹⁷²

¹⁷⁰ V. Introduzione, par. 5.

¹⁷¹ In chiave comparatistica sembra interessante rilevare, nuovamente, come, in Francia (che, come visto ha ispirato le procedure di allerta in Europa) vi sia un dibattito sul punto che però sembra essere stato composto nel focalizzare l'attenzione sulla mala fede: Cass. comm., 14 novembre 1995, *JCP E* 1995, n. 5 ammise la revoca di un *commissaire aux comptes* che aveva attivato la procedura di allerta in mala fede; analogamente Cass. comm., 3 dicembre 1991, *Bull. civ.*, IV, n. 376, 259 per cui, peraltro (di qui la necessità di confinare i casi di erronee segnalazioni alla mala fede), «*una fausse alerte vaut mieux qu'un dépôt de bilan*». Per una recente ricognizione dei diversi orientamenti dottrinali sul punto v. C. HOUIN-BRESSAND, M.H. MONSÉRIÉ-BON, C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, cit., 124 che suggerisce parimenti una risposta ponderata che pare avvicinarsi a quella proposta nel testo, facendo riferimento proprio al dolo o alla colpa grave come confini di legittimità della segnalazione.

Si segnala, tuttavia, un più recente orientamento giurisprudenziale in cui alcuni *commissaires aux comptes* furono ritenuti responsabili nei confronti dei creditori sociali per aver erroneamente indotto gli amministratori ad interrompere l'attività d'impresa e richiedere, sotto la pressione delle procedure di allerta, l'accesso ad una procedura concorsuale in una fase eccessivamente anticipata (CA Aix-en-Provence, 1^{er} décembre 2011, *Leden*, 2012, 6).

Per una "responsabilizzazione" della segnalazione in tale prospettiva (e, in particolare, della revoca), v. già, pur con riguardo al precedente sistema dell'allerta, R. RANALLI, *Le misure di allerta. Dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'OCRI*, Milano, 2019, 97.

¹⁷² E, d'altronde, una segnalazione inascoltata non produce necessariamente effetti a differenza

la possibilità di ricorrere al ben più “tenue” percorso della composizione negoziata per giunta nei termini illustrati nel presente lavoro secondo la tesi del *pre-supposto cangiante*¹⁷³.

3.3.3.5. Un conforto comparatistico: il procedimento segnalatorio francese dell'allerta attivata dai commissaires aux comptes

In conclusione, un ulteriore conforto comparatistico. Anche nell'ordinamento che più ha ispirato l'allerta e l'*early warning* è prevista una sorta di *procedimento segnalatorio*.

Appare, dunque, opportuno un suo esame, pur per cenni.

L'allerta francese è articolata in quattro fasi¹⁷⁴ (preceduta dall'eventuale c.d. «*phase zero*»¹⁷⁵).

Come visto¹⁷⁶, tale allerta è attivabile, tra altri, dai *commissaires aux comptes*, revisori esterni, dotati di particolari poteri istruttori¹⁷⁷.

La prima fase (riservata e priva di formalità) inizia con la segnalazione del revisore che, ove abbia rilevato, nell'esercizio del proprio ufficio, «*faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation*» deve informare il presidente del consiglio di amministrazione o del *Directoire*. Salvo i casi di urgenza¹⁷⁸, nei quali

di quanto previsto nella prima versione del CCII che imponeva il coinvolgimento forzoso dell'OCRI.

¹⁷³ V. parte I, cap. I, par. 4.1. Così, con riguardo all'art. 15 d.l. n. 118 del 2021, analogo sul punto, C. BAUCO, *op. cit.*, 20.

¹⁷⁴ V. per una sintesi C. HOUIN-BRESSAND, M.-H. MONSERIE-BON, C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, cit., 112 ss.

¹⁷⁵ V. comunicato del 19 marzo 2020 (*Haut Conseil du Commissariat aux comptes*) pubblicato su *h3c.org* che auspica una previa interlocuzione informale tra revisori e organo amministrativo in merito all'avvio delle verifiche da parte dei primi sui presupposti per attivare l'allerta. Sulla rilevanza della “fase zero” v. parte I, cap. II, par. 2.3.

¹⁷⁶ Parte I, cap. I, par. 3.3.2.

¹⁷⁷ Sulla distinzione tra i *commissaire aux comptes* ed i sindaci v. la recente ricognizione di R. RUSSO, *Collegio sindacale e impresa in crisi*, cit., 180 ss. il quale mette in luce: (i) le somiglianze, date, anzitutto, da una progressiva richiesta ai revisori esterni francesi, da parte della dottrina e giurisprudenza francese, di non limitare la loro attività all'esame periodico delle scritture contabili, ma di estenderla al controllo di legalità (cristallizzato dalla previsione normativa della loro «missione permanente» e non più «intermittente»), dagli analoghi poteri istruttori e dalla nomina assembleare; (ii) le differenze, derivanti, in particolare, non solo dal fatto che i *commissaire aux comptes* sono soggetti esterni alla società e i sindaci interni, ma dal più penetrate dovere di controllo sugli aspetti contabili dei primi e dal dovere di controllo sulla gestione e dalla maggiore stabilità dei secondi rispetto ai primi in punto revoca.

¹⁷⁸ Inoltre, in tali casi (o quando l'organo amministrativo informa il revisore che sta per assumere iniziative che quest'ultimo ritiene insufficienti), l'art. 611-2-2 *Code de Commerce*, introdotto dall'*ordonnance* 2021-1193 del 15 settembre 2021, ha previsto che si possa direttamente informare il presidente del tribunale senza passare dalla seconda fase di cui subito

la reazione deve essere immediata, quest'ultimo ha quindici giorni per riscontrare in maniera soddisfacente la segnalazione.

Diversamente (ovvero in caso di omesso riscontro o di risposta insoddisfacente a parere del revisore), si dà avvio alla seconda fase in cui il *commissaire aux comptes* chiede¹⁷⁹, entro i successivi otto giorni, al presidente del consiglio di amministrazione o del *Directoire* la convocazione del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza, informando il presidente del tribunale di commercio. La convocazione deve avvenire entro i successivi otto giorni e la riunione dell'organo deve avvenire nei successivi quindici giorni. La delibera conseguente è trasmessa agli stessi revisori, al *comité d'entreprise* ed al presidente del tribunale di commercio (in questa seconda fase si perde, dunque, il carattere riservato della procedura).

Se non avviene la convocazione dell'organo o non viene adottata alcuna decisione oppure questa è ritenuta insoddisfacente a rimuovere il presupposto di avvio del percorso in esame, si passa alla terza fase. In tal caso, entro otto giorni dal relativo invito da parte del *commissaire aux comptes*, deve essere convocata da parte dell'organo amministrativo (o in caso di sua inerzia, dallo stesso *commissaire aux comptes*) una riunione dell'assemblea generale a cui sarà presentato un «*rapport spécial*» del *commissaire aux comptes*¹⁸⁰, all'esito della quale potranno essere adottati i provvedimenti più opportuni per la continuità aziendale e potrà anche procedersi con la revoca dell'organo amministrativo e l'esercizio delle azioni di responsabilità verso gli organi sociali. Tuttavia, rimane fermo il divieto di ingerenza (gestoria) del *commissaire aux comptes*, che non potrà proporre soluzioni al riguardo¹⁸¹.

Se all'esito dell'assemblea, le decisioni, ad avviso del *commissaire aux comptes*, non saranno ancora soddisfacenti per assicurare la «*continuité de l'exploitation*», quest'ultimo dovrà informare tempestivamente per iscritto il presidente del tribunale di commercio sui risultati della procedura e sulle motivazioni della ritenuta insufficienza delle misure adottate dagli organi sociali, aprendo così definitivamente l'ultima fase. Conseguentemente il presidente del tribunale convocherà l'organo amministrativo e nel caso in cui ritenga sussistente uno stato di insolvenza (o, meglio, «*de cessation des paiements*») potrà informare il pubblico

nel testo. Inoltre la stessa *ordonnance* ha previsto che i *commissaires aux comptes* possano richiedere in ogni momento al presidente del tribunale di essere ascoltati con l'organo amministrativo.

¹⁷⁹ Le comunicazioni devono avvenire per iscritto e con lettera raccomandata con avviso di ricevimento.

¹⁸⁰ Da trasmettersi anche al presidente del *comité d'entreprise*.

¹⁸¹ Così già D. VIDAL, «*Le principe de non-immixtion*», *Rev. commissaires aux comptes*, 1984, n. 8, nonostante i numerosi dubbi sorti sull'inscalfibilità del principio proprio nei casi di allerta (su cui v., per tutti, G. BLANC, *La situation de commissaires aux comptes après la loi du 1er mars 1984*, *JCP ed. E.*, 1984, 14304).

ministero che potrà valutare di depositare una richiesta di apertura di una «*procédure de redressement*» o di «*liquidation judiciaire*».

Sicché se, da un lato, sono evidenti le differenze rispetto al nostro ordinamento, appare piuttosto coerente – e, quindi, ancora una volta non avulso dal contesto europeo¹⁸² – con l'ordinamento francese, l'interpretazione qui proposta di una necessaria procedimentalizzazione della segnalazione, supportata, anziché da strumenti reattivi provenienti dal diritto della crisi (come poteva apparire un tempo l'OCRI e la connessa interlocuzione con il tribunale) da quelli societari, tra cui, come si è tentato di sostenere sopra, il ricorso di cui all'art. 2409 c.c., sulla base dei principi generali.

4. Il dovere di vigilanza in pendenza di trattative e la dialettica con l'esperto

Nell'ambito della disciplina della segnalazione, visti anche i riflessi in punto responsabilità (su cui v. paragrafo successivo), non sembra potersi ignorare l'atteggiamento dell'organo di controllo nel periodo delle trattative¹⁸³, una volta

¹⁸² Sulla rilevanza metodologica di tale aspetto nell'interpretazione delle norme in questo settore v. *supra*, parte I, cap. I, par. 3.3.

¹⁸³ Esorbita, invece, dall'ambito della presente trattazione la vigilanza dell'organo di controllo sull'esecuzione delle soluzioni individuate a valle della composizione negoziata. Sembrerebbe, in ogni caso condivisibile la tesi per cui l'organo debba vigilare *ex art.* 2403 c.c. anche sull'adempimento alle soluzioni individuate come esito della composizione negoziata.

In argomento, v. la sintesi di C. BAUCO, *op. cit.*, 27 ss., pur con riguardo al d.l. n. 118 del 2021, nonché, con riguardo all'art. 25-*octies* CCII, la Norma di comportamento del collegio sindacale di società non quotate n. 11.5, per cui, una volta concluse le trattative, il collegio sindacale deve vigilare «sull'attuazione delle soluzioni individuate che siano idonee al superamento della situazione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario della società o del ricorso agli altri strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza disciplinati dall'ordinamento».

I relativi criteri applicativi affermano che: «[c]essate le trattative, il collegio sindacale:

- prende visione della relazione finale redatta dall'esperto ed inserita nella piattaforma unica telematica;

- monitora l'esecuzione da parte dell'organo amministrativo delle soluzioni individuate per la composizione negoziata come esplicitate nella relazione finale dell'esperto;

- monitora le iniziative assunte per addivenire alla soluzione della crisi tramite altri strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza prescelti dall'organo amministrativo, come esplicitate nella relazione finale dell'esperto».

In altre parole, «[c]oncluse le trattative, il collegio sindacale prosegue la propria tradizionale attività vigilando sull'esecuzione delle soluzioni individuate dalle parti – contratto con uno o più creditori, convenzione di moratoria, accordo sottoscritto dalla società, dai creditori e dall'esperto, come disciplinati nell'art. 23, co. 1, lett. a), b) e c), d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14 – ovvero sull'esecuzione degli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza individuati in alternativa dalla predetta disposizione» (Commento alla Norma).

che l'organo amministrativo abbia deciso di ricorrere alla composizione negoziata, quale sostanziale appendice del *procedimento segnalatorio*.

Sul punto, l'art. 25-*octies* CCII prevede, al primo comma, che, in pendenza di trattative, rimane «fermo il dovere di vigilanza di cui all'articolo 2403 del codice civile», mentre, al secondo comma, che la «vigilanza sulle trattative» è «valutata», unitamente alla tempestività della segnalazione, ai fini «dell'attenuazione o esonero dalla responsabilità prevista dall'art. 2407 del codice civile».

La norma anche su tale versante continua, a mio sommo avviso, a rimanere oscura.

Essa potrebbe rappresentare, anzitutto, uno sviluppo, di quell'inciso escluso dall'art. 14 CCII (vecchio testo) nel corso dei lavori preparatori – ancora prima del d.l. n. 118 del 2021 – che stabiliva che, nonostante la segnalazione, sarebbe rimasta ferma la prosecuzione dell'esercizio delle funzioni di controllore. Il che, però, se così interpretata, si rivelerebbe una norma meramente pleonastica¹⁸⁴.

Parrebbe, invece, più convincente l'interpretazione per cui il richiamo all'art. 2403 c.c. starebbe ad evocare il noto dovere di controllo di legalità sostanziale escludendo, quindi, un controllo di merito, ma, a mio sommo avviso, con una necessaria precisazione ricavabile, in via sistematica, nuovamente¹⁸⁵, dall'art. 21 CCII, che si occupa della posizione dell'imprenditore in pendenza delle trattative.

Tale norma, dopo aver precisato che «[n]el corso delle trattative l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa», distinguendo la finalità della gestione a seconda che si trovi in stato di crisi o di insolvenza, al suo comma 3 precisa che l'organo di controllo debba essere avvisato dall'esperto allorché quest'ultimo ritenga che un «atto» – sembrerebbe, stando al tenore del secondo comma della medesima norma¹⁸⁶, di straordinaria amministrazione o consistente nell'esecuzione di pagamenti non coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento – che l'imprenditore prospetti di compiere possa «arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento».

La norma presenta profili di dubbia interpretazione e, per quanto qui rileva, pare:

(i) considerare le finalità cui deve tendere la gestione nel corso delle trattative in chiave anzitutto conservativa;

¹⁸⁴ Così, invero, si era pronunciata, in merito all'art. 15 d.l. n. 118 del 2021, la Relazione dell'Ufficio del Massimario n. 87 della Corte di Cassazione del 15 settembre 2022, p. 8.

¹⁸⁵ Sul rilievo sistematico dell'art. 21 CCII, ma ad altri fini, v., in particolare, parte I, cap. I, par. 3.

¹⁸⁶ L'imprenditore, ai sensi del comma 2 dell'art. 21 CCII, deve, infatti, informare l'esperto «del compimento di atti di straordinaria amministrazione nonché dell'esecuzione di pagamenti che non sono coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento».

(ii) polarizzare l'attenzione sul compimento di atti pregiudizievoli, in sostanza, per i creditori, per il buon esito delle trattative e per il risanamento.

Essa pone, anzitutto, in evidenza gli atti di «straordinaria amministrazione» e i «pagamenti non coerenti».

Due le possibili conseguenti interpretazioni del riferimento da parte della disposizione soltanto a questi due «atti»: (a) quelli di ordinaria amministrazione, diversi dai pagamenti, non andrebbero mai segnalati dall'esperto anche se incoerenti con le trattative o le prospettive di risanamento e persino pregiudizievoli per i creditori, le trattative e le prospettive di risanamento stesso oppure (b) a prescindere dal tipo di atto (se di ordinaria o straordinaria amministrazione), ciò che rileva è il potenziale effetto negativo per i creditori, le trattative e le prospettive di risanamento stesso.

In una prospettiva teleologica, sembrerebbe quest'ultima l'interpretazione più convincente, tenuto, peraltro, conto della difficoltà di immaginare un atto così rilevante (come sarebbe quello, appunto, idoneo a ripercuotersi negativamente su creditori, trattative e prospettive di risanamento) da non potersi ritenere né un pagamento incoerente con le trattative né, appunto, un atto di straordinaria amministrazione.

Appare, quindi, ragionevole ritenere che l'atto di ordinaria amministrazione¹⁸⁷ (diverso dal pagamento «non coerente»¹⁸⁸) possa presumersi, salvo prova

¹⁸⁷ Sulla differenza tra atto di ordinaria amministrazione e di straordinaria amministrazione appare opportuna una succinta ma utile digressione ai fini che ci occupano. Il significato di ordinaria amministrazione è variamente inteso in dottrina e giurisprudenza (v., per una recente ricostruzione M.G. MUSARDO, *Ordinaria e straordinaria amministrazione nell'esercizio dell'attività d'impresa*, nota a Trib. Milano, 19 maggio 2018, in *Giur. it.*, 2019, 879 e, più esaustivamente, F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.*, Torino, 2013, 96 ss.). Secondo un primo orientamento, gli atti di ordinaria amministrazione sarebbero tutti quelli strumentali al conseguimento dell'oggetto sociale, indipendentemente dalla loro rilevanza economica, ad esempio, la stipula di un contratto di *leasing* avente ad oggetto beni strumentali all'attività sociale, la compravendita di immobili per una società esercente attività edilizia ed il raggiungimento di un accordo transattivo nell'interesse della società (fra le molte, v. Cass., 3 marzo 2010, n. 5152, Cass., 5 maggio 2004, n. 8538, Trib. Roma, 29 settembre 2004, in *Dir. e prat. soc.*, 2005, 93). In quest'ottica si è giunti a ritenere prive di significato le clausole statutarie limitative dei poteri di gestione all'ordinaria amministrazione considerando che i poteri di gestione sarebbero «già limitati agli atti di ordinaria amministrazione, intesi come tutti quelli rientranti nell'oggetto sociale» (Cass., 3 marzo 2010, n. 5152, in *Onelegale*). Sul versante opposto si colloca altro orientamento, secondo il quale il criterio discrezionale tra ordinaria e straordinaria amministrazione dovrebbe essere individuato nel parametro della «normalità» dell'atto di gestione in rapporto alle caratteristiche strutturali e dimensionali della singola impresa (così, ad esempio, Cass., 5 dicembre 2011, n. 25952 con riguardo in particolare alla stipula di compromessi arbitrali; recentemente Trib. Milano, 23 gennaio 2017, in *www.giurisprudenza.delleimprese.it*, Trib. Milano, 19 maggio 2018, cit.). In base a questa opinione, l'oggetto sociale è solo un elemento da considerare unitamente ad altri attinenti alla struttura ed all'organizzazione dell'impresa onde stabilire in concreto la natura *normale* o meno dell'atto di gestione. Conseguentemente si è affermato che la distinzione fra la natura ordinaria e straordinaria dell'atto di gestione

deve essere fondata «sulla relazione in cui l'atto si pone con la gestione normale di un'impresa delle dimensioni di quella di specie, tale per cui devono reputarsi atti di straordinaria amministrazione solo quelli che modificano la struttura economico-organizzativa dell'impresa»: Trib. Milano, 19 maggio 2018, cit., che ha escluso, stanti le dimensioni dell'impresa, la natura straordinaria della sottoscrizione di contratti derivati, per una s.p.a. con capitale sociale di € 2,8 milioni e 35 dipendenti, operante anche sui mercati internazionali e solita ricorrere a normali strumenti di copertura sui rischi di variazione dei tassi (i contratti avevano provocato una perdita di circa € 1 milione). V. anche F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.*, cit., 98 e *ivi* riff., che individua come atti di straordinaria amministrazione, a titolo esemplificativo, «un finanziamento molto rilevante rispetto all'ammontare del capitale sociale; l'apertura o chiusura di sedi o stabilimenti; il rinnovo radicale degli impianti; l'inizio di un'attività di produzione diversa da quella prima esercitata, anche se indicata nell'oggetto sociale statutario; gli atti diretti a modificare l'azienda sociale, o i suoi elementi costitutivi, a sostituirne gli impianti, ad allargarne la sfera di attività, a creare nuovi collegamenti attraverso partecipazioni o altrimenti, o ad assumere impegni finanziari per la realizzazione di tali operazioni, o a modificare la struttura economico-organizzativa dell'impresa»; ritiene invece atti di ordinaria amministrazione «la sottoscrizione di cambiali; l'acquisto di un immobile; il conferimento di un ramo aziendale; la nomina di intermediari per la stipula di contratti; il conferimento di procura a un difensore per un ricorso in Cassazione; la stipulazione di una clausola compromissoria». Entrambi gli orientamenti concordano in ogni caso sul fatto che in materia societaria la distinzione diverge dal diritto civile generale (laddove l'ordinaria amministrazione impedisce il compimento di atti dispositivi o non meramente conservativi: cfr. Trib. Milano, 19 maggio 2018, cit.).

A mio sommo avviso è il secondo orientamento ad essere maggiormente condivisibile per le seguenti ragioni. Anzitutto, quello opposto si scontra con il principio dell'autonomia contrattuale, escludendo peraltro in radice la possibilità di interpretare la volontà delle parti laddove una tale distinzione abbiano previsto in statuto. In secondo luogo, in una prospettiva anche solo meramente logica, determinerebbe l'inammissibilità stessa degli atti di straordinaria amministrazione (in quanto appunto estranei all'oggetto sociale). Inoltre, da un punto di vista sistematico, sembra trovare un insormontabile ostacolo nell'art. 2386 c.c. che, nei casi di “vacanza” dell'organo amministrativo, limita i poteri dell'organo di controllo appunto all'ordinaria amministrazione, il che rende improbabile che il legislatore abbia inteso consentire ai sindaci di porre in essere qualsiasi atto inerente all'oggetto sociale. Parimenti la distinzione sembra trovare riconoscimento anche con riguardo ai poteri dell'amministratore giudiziario nominato *ex* art. 2409 c.c. (art. 92, comma 2, disp. att., c.c.).

In effetti, sembra oggi prevalente l'opinione che identifica l'ordinaria amministrazione nel concetto di «normalità rispetto ad una determinata attività di impresa ed alle dimensioni con cui essa viene esercitata», dovendo rientrare nella straordinaria amministrazione quegli atti «che modificano le caratteristiche strutturali dell'impresa (quali ad esempio, la modifica degli elementi costitutivi dell'azienda, un significativo allargamento dell'attività produttiva, la cessione dell'azienda o di rami significativi della stessa) o che determinano l'assunzione di impegni o di rischi molto rilevanti rispetto al patrimonio sociale» (V. CALANDRA BONAURA, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, in *Tratt. Dir. comm.*, fondato da V. Buonocore e diretto da R. Costi, Torino, 2019, 252). Quindi, la nozione di ordinaria amministrazione risulterebbe anche più ampia di quella prevista dagli artt. 2323, comma 2, 2386, comma 5 e art. 92, comma 2, disp. att. c.c.

Ciò dunque per le imprese *in bonis*.

Quanto invece alle altre, nel CCII si trovano numerose indicazioni per la distinzione in questione, tra cui, per quanto qui rileva, proprio quella in esame che parrebbero tratteggiare un concetto dai contorni più rigidi e conservativi nell'interesse del ceto creditorio. Così indicazioni in tal senso si potevano riscontrare già nel decreto dirigenziale del 28 settembre 2021 che, a titolo d'esempio, indicava tra gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione ai fini dell'art. 21 CCII:

contraria, inidoneo ad arrecare tali pregiudizi, così escludendo che l'imprenditore debba informare l'esperto sostanzialmente di ogni atto compiuto. Interpretazione che sarebbe anche coerente con l'assenza di spossessamento e con la natura tendenzialmente volontaristica della composizione negoziata.

Tuttavia, ove tale atto – e ciò rileva nella prospettiva dell'organo di controllo – per quanto qualificato di “ordinaria amministrazione” sia idoneo a produrre i menzionati effetti negativi¹⁸⁹, allora dovrebbe essere posto all'attenzione del-

-
- le operazioni sul capitale sociale e sull'azienda;
 - la concessione di garanzie;
 - i pagamenti anticipati delle forniture;
 - la cessione pro soluto di crediti;
 - l'erogazione di finanziamenti a favore di terzi e di parti correlate;
 - la rinuncia alle liti e le transazioni;
 - le ricognizioni di diritti di terzi;
 - il consenso alla cancellazione di ipoteche e la restituzione di pegni;
 - l'effettuazione di significativi investimenti;
 - i rimborsi di finanziamenti ai soci o a parti correlate;
 - la creazione di patrimoni destinati e forme di segregazione del patrimonio in generale;
 - e, persino «gli atti dispositivi in genere».

L'elencazione è ripresa anche dal decreto dirigenziale del 23 marzo 2023.

¹⁸⁸ Il medesimo decreto dirigenziale del 28 settembre 2021 fornisce un'indiretta individuazione di tali pagamenti evidenziando quelli che, al contrario, appaiono coerenti, ovvero sia i:

- pagamenti delle retribuzioni ai dipendenti;
- pagamenti delle provvigioni ad agenti e dei compensi ai collaboratori coordinati e continuativi;
- pagamenti dei debiti fiscali e contributivi;
- pagamenti dei debiti commerciali, in favore di coloro che non siano parti correlate e comunque nei termini d'uso o se finalizzati a non pregiudicare il ciclo degli approvvigionamenti di beni o servizi;
- pagamenti delle rate di mutuo e dei canoni di *leasing* alle scadenze contrattuali, quando non sia in essere una moratoria dei pagamenti;
- nonché «tutte le ipotesi in cui il mancato pagamento determini la perdita del beneficio del termine in caso di rateazione».

Anche i «finanziamenti eseguiti in favore di società controllate oppure sottoposte a comune controllo, in qualsiasi forma pattuiti dopo la presentazione dell'istanza [...] sono esclusi dalla postergazione di cui agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. a condizione che l'imprenditore abbia informato preventivamente l'esperto e questi non abbia iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese» previa segnalazione all'organo amministrativo. Si precisava altresì che «[n]on vi è pregiudizio, ad esempio, quando i finanziamenti siano necessari ad assicurare la continuità aziendale e l'impresa sia in grado di rimborsare i finanziamenti attraverso i soli flussi derivanti dalla continuità stessa. Vi è viceversa pregiudizio, ad esempio, quando le utilità per i creditori vengano compromesse, anche solo parzialmente, dalla maggiore esposizione debitoria derivante dal finanziamento».

Il decreto del 23 marzo 2023 ha recepito quanto precede, aggiungendo alla predetta elencazione: «[s]i suggerisce, inoltre, di fare particolare attenzione anche ai pagamenti effettuati a favore di soggetti con i quali sono in corso trattative, dei quali è opportuno informare l'esperto».

¹⁸⁹ Secondo quanto si evince dalla sezione III, par. 7.6. del decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia del 21 marzo 2023, nel valutare il pregiudizio ai creditori, l'esperto tiene conto an-

l'esperto e, se non lo fa l'imprenditore (così, più in generale, se questi non comunichi gli atti espressamente menzionati dall'art. 21 in questione), dovrebbe farlo l'organo di controllo.

Ciò anche se la norma non lo prevede, poiché questo sembra, in effetti, derivare direttamente dal dovere di diligenza di cui all'art. 2407 c.c. e, più in generale dall'art. 2403 c.c., richiamato, non a caso, dall'art. 25-*octies*, comma 1, CCII¹⁹⁰.

Inoltre, se è vero che il potere di rivolgersi direttamente all'esperto non appare direttamente contemplato dalla norma in questione, è altresì vero che questo sembra potersi ricavare da un sotteso principio di necessaria interlocuzione tra esperto e controllore derivante dalla norma stessa che, come visto, impone che sia l'esperto ad informare l'organo di controllo dell'esistenza di atti pregiudizievoli. Con la conseguenza che sarebbe piuttosto irragionevole un sistema che contemplasse soltanto un flusso univoco, senza badare alla sostanza del "bene protetto" dal complesso di norme in esame, ovvero sia il buon esito delle trattative e la preservazione dei diritti dei creditori e delle prospettive di risanamento¹⁹¹.

Non solo. Dinnanzi ad atti di cui si ha il sospetto che possano compromettere le trattative o pregiudicare la prospettiva di risanamento o i creditori, sarebbe parimenti irragionevole imporre ai sindaci di azionare immediatamente i loro poteri reattivi senza previamente interloquire con l'esperto che più da vicino ha il "polso" delle trattative.

Pertanto, sembra doversi concludere che:

(i) il combinato disposto di queste norme (artt. 25-*octies*, comma 1 e 21, CCII) sancirebbe i profili ed i limiti del controllo dei sindaci nell'ambito della composizione negoziata, perimetrando altresì i confini della *business judgment rule* e, quindi, della insindacabilità degli atti gestori anche da parte dell'organo di controllo;

(ii) con la conseguenza che il *dovere* di vigilanza¹⁹² dell'organo di controllo in

che della circostanza che «non vi è di norma pregiudizio per la sostenibilità economico-finanziaria quando nel corso della composizione negoziata ci si attende un margine operativo lordo positivo, al netto delle componenti straordinarie, o quando, in presenza di margine operativo lordo negativo, esso sia compensato dai vantaggi per i creditori, derivanti, secondo una ragionevole valutazione prognostica, dalla continuità aziendale (ad esempio, attraverso un miglior realizzo del magazzino o dei crediti, il completamento dei lavori in corso, il maggior valore del compendio aziendale rispetto alla liquidazione atomistica dei beni che lo compongono)».

¹⁹⁰ Il comma 2, a mio avviso, dovrebbe rivestire altro significato: sul punto v. par. successivo.

¹⁹¹ Ritiene opportuna, sul punto, l'instaurazione di un intenso dialogo tra organo amministrativo, organo di controllo ed esperto anche V. DE SENSI, voce *Composizione negoziata della crisi d'impresa*, in *Enciclopedia del Diritto. Crisi d'impresa*, diretto da F. Di Marzio, 3, 2024, 135 ss. L'A., tuttavia, come si vedrà oltre, ridimensiona il ruolo reattivo e proattivo dell'organo di controllo in questa fase.

¹⁹² E non l'*onere* di vigilanza sull'andamento delle trattative che, come si vedrà al successivo paragrafo, parrebbe evocato dal secondo comma dell'art. 25-*octies* CCII ad altri fini.

pendenza delle trattative non potrebbe estendersi al merito di queste¹⁹³ e delle scelte effettuate dall'imprenditore con l'ausilio dell'esperto, dovendo esclusivamente verificare che gli atti (sia di ordinaria che di straordinaria amministrazione) compiuti dall'imprenditore, avvengano, se in stato di *crisi*, in modo tale da «evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività», se in stato di *insolvenza*, «nel prevalente interesse dei creditori» (art. 21 CCII) e, in ogni caso (quindi, anche nello stadio della *pre-crisi*), in coerenza con le trattative e le prospettive di risanamento e non in pregiudizio di questi e dei creditori sociali;

(iii) nel caso di sospetto, l'organo di controllo dovrebbe rivolgersi all'esperto per richiedere il relativo parere se l'atto (a) sia coerente con le trattative, (b) sia coerente con la prospettiva di risanamento, (c) possa pregiudicare le prime o la seconda oppure i creditori;

(iv) in caso di parere negativo dell'esperto sul compimento dell'atto così come nelle ipotesi di segnalazione di questo a mente dell'art. 21, comma 3, CCII, l'organo di controllo dovrebbe reagire mediante i poteri previsti dall'ordinamento (approfondendo, ove possibile, mediante adeguata istruttoria l'importanza dell'atto compiuto in relazione alle trattative, alle prospettive di risanamento ed agli interessi dei creditori), incluso quello di cui all'art. 2409 c.c.¹⁹⁴;

¹⁹³ Fermo quanto si dirà oltre con riguardo al meccanismo premiale di cui al secondo comma dell'art. 25-*octies* CCII.

¹⁹⁴ Sull'esercizio di tali poteri nel corso della composizione negoziata anche a seguito delle interloquzioni con l'esperto, v. C. BAUCO, *op. cit.*, 25 ss. Stanti, tuttavia, le rilevanti ricadute che la denuncia ex art. 2409 c.c. può avere sull'organizzazione della società la stessa A. ipotizza la necessità di supplemento di indagine (A. BAUCO, *op. cit.*, 26).

Quanto alla natura di irregolarità gravi, attuali e potenzialmente pregiudizievoli (quali requisiti del ricorso ex art. 2409 c.c.) v. le argomentazioni sopra illustrate a proposito del *procedimento segnalatorio* (par. 3.3.3.2.1) valevoli qui a *fortiori* per atti, quali quelli di specie, idonei a pregiudicare le trattative, il risanamento dell'impresa e i creditori. Sembra ritenere, invece, necessaria a tali fini, oltre al compimento dell'atto pregiudizievole, anche l'assenza di «programmazione dell'attività di amministrazione finalizzata alla soluzione della crisi», C. BAUCO, *op. cit.*, 27. A mio avviso, invece, il compimento di un tale atto – sempre che, a causa di esso, non sia sfumato comunque il requisito dell'attualità – potrebbe rappresentare proprio uno di quei casi «più gravi» che dovrebbero indurre il Tribunale a nominare un amministratore giudiziario per tentare di preservare con tempestività il percorso di risanamento in atto, posto che la «segnalazione» dell'esperto è già frutto di una rilevante attività di ponderazione e, se ancora possibile, non sembra sostenibile che quello stesso *management*, secondo l'*id quod plerumque accidit*, sia «idoneo» a proseguire tale percorso.

In senso contrario cfr. V. DE SENSI, *op. ult. cit.*, 147 ss. secondo cui il collegio sindacale non potrebbe procedere autonomamente ad atti di indagine ex art. 2408 c.c. né ex art. 2409 c.c. perché, quanto alla prima norma, i poteri-doveri di indagine sarebbero giustificati da una dinamica «censoria» attivata dalla denuncia ai soci, quanto alla seconda, la denuncia di gravi irregolarità non potrebbe essere attivata per rischi di pregiudizi ai creditori come sarebbero gli atti in esame. La tesi non pare convincente. Con riguardo all'art. 2408 c.c., infatti, occorre rilevare come si tratti di norma che prevede specifici obblighi di indagine nel caso in cui i rischi non siano già noti ai sindaci, ma appunto appresi da questi per il tramite dei soci: ove, invece, fossero già noti sembrerebbe piut-

(v) nel caso, invece, di mancanza di rilievi dell'esperto, purché, ove interpellato, abbia risposto in maniera coerente e ragionevole, sull'organo di controllo non dovrebbero gravare ulteriori obblighi rispetto a tale atto¹⁹⁵.

In altre parole, il combinato disposto delle norme in esame (artt. 25-*octies*, comma 1, CCII e 21) sembra introdurre un dovere di vigilanza dell'organo di controllo tradotto come dovere di dialettica professionale con l'esperto¹⁹⁶.

tosto contraddittorio non ritenere che gli stessi non siano chiamati ad indagare ed approfondire i relativi fatti. In merito all'art. 2409 c.c., richiamato quanto appena visto sui relativi presupposti, l'interpretazione dell'A. appare meramente formalistica posta la tendenziale intima connessione esistente tra danno (di un certo rilievo, specie se si tratta di società in crisi) al patrimonio sociale (pacificamente rilevante *ex* art. 2409 c.c.) e quello ai creditori, ma soprattutto alle trattative ed alle prospettive di risanamento, rilevanti proprio nella prospettiva dell'art. 21 CCII e dell'art. 2409 c.c. (non si vede infatti, a mio sommesso avviso, come il pericolo del risanamento possa risultare indifferente ai sensi di tale norma). La tesi che ritiene non applicabile il controllo giudiziario ad atti idonei ad arrecare pregiudizi ai creditori, come fa la giurisprudenza portata dall'A. a sostegno della propria tesi, sembra piuttosto da limitare ai casi di danni cc.dd. "diretti" al ceto creditorio come, ad esempio, alla *par condicio creditorum* (aspetto che, in ogni caso, potrebbe essere rilevante sul piano dell'art. 21 CCII ossia delle trattative e del risanamento). Non è d'altronde un caso che lo stesso A., al termine del paragrafo dedicato a tale aspetto, ritenga di non escludere del tutto il rimedio dell'art. 2409 c.c. anche a tali fattispecie ove integrino sintesi di una cattiva gestione (p. 148).

¹⁹⁵ Sembrerebbe di questa opinione, sebbene non proceda alle diverse distinzioni illustrate nel testo, anche V. DE SENSI, *op. cit.*, 144.

¹⁹⁶ Che, invero, inizia già prima, ovvero sia al momento dell'accettazione dell'incarico *ex* art. 17, comma 5, CCII: «[l]esperto, accettato l'incarico, convoca senza indugio l'imprenditore per valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento, anche alla luce delle informazioni assunte dall'organo di controllo e dal revisore legale, ove in carica». Nel senso illustrato nel testo, seppur genericamente, sembrano deporre anche le nuove Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate. La norma n. 11.5 (rubricata «Vigilanza del collegio sindacale durante la composizione negoziata») afferma che, per quanto qui interessa, «[i]l Collegio sindacale svolge le funzioni *riconosciutegli dalla legge* e verifica che l'esperto nominato sia in possesso dei requisiti di indipendenza previsti dalla legge. In *pendenza delle trattative*, il Collegio sindacale *scambia informazioni* con l'esperto indipendente e intensifica lo scambio di informazioni con l'organo amministrativo» (enfasi mia).

Va, tuttavia, rilevato che i criteri applicativi sembrano, invece, richiedere un'iniziativa dell'esperto. Infatti, secondo questi ultimi: «[a] seguito della accettazione della nomina da parte dell'esperto, il collegio sindacale, *ove richiesto dall'esperto*, scambia con quest'ultimo e il soggetto incaricato della revisione legale informazioni e dati in suo possesso che possano dimostrarsi di utilità per l'attività dello stesso esperto finalizzata alla verifica della perseguibilità del risanamento della società e all'analisi di coerenza del piano di risanamento predisposto dalla società. Il collegio sindacale chiede, all'organo amministrativo e all'esperto, di poter presenziare al primo incontro tra esperto e organo [di] amministrazione al fine di acquisire informazioni circa le valutazioni iniziali di perseguibilità del risanamento della società. A seguito della accettazione della nomina da parte dell'esperto, nei tre giorni successivi alla convocazione della (prima) riunione con l'organo amministrativo indetta dall'esperto, il collegio sindacale prende atto delle dichiarazioni di accettazione e di indipendenza inserite nella piattaforma telematica dall'esperto medesimo» (enfasi mia).

Come visto, tuttavia, non sembra possibile ritenere che l'organo di controllo possa limitarsi ad attendere le sollecitazioni dell'esperto.

Diverso appare, invece, a mio avviso, il significato di «vigilanza sull'anda-

Inoltre «[d]urante la conduzione delle trattative il Collegio sindacale vigila che l'organo amministrativo:

- gestisca la società in stato di crisi in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività;
- gestisca la società in stato di insolvenza reversibile ma con concrete prospettive di risanamento, nel prevalente interesse dei creditori.

Il collegio vigila che la gestione della società sia finalizzata alla realizzazione del piano di risanamento (cfr. Norma 11.10.).

Nel caso in cui l'amministrazione della società sia affidata a un amministratore unico, durante le trattative il collegio sindacale chiede informazioni dettagliate con tempistica ritenuta adeguata in relazione al caso concreto (cfr. Norma 4.4).

Durante le trattative, il collegio sindacale *vigila che l'organo amministrativo informi*, per iscritto e preventivamente, l'esperto del compimento di atti di straordinaria amministrazione o di pagamenti che non sono coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento, di cui sia venuto a conoscenza.

Nel caso in cui l'esperto abbia segnalato un atto di straordinaria amministrazione o il pagamento privo di coerenza rispetto alle menzionate esigenze tramite la piattaforma telematica al collegio sindacale e all'organo amministrativo perché lo ritenga potenzialmente pregiudizievole per i creditori, per le trattative o per le prospettive di risanamento, *il collegio sindacale richiede all'organo di amministrazione ulteriori informazioni, dati e documenti* (cfr. Norma 4.3.). Il collegio sindacale è informato delle eventuali richieste di chiarimenti formulate dall'esperto all'organo amministrativo.

Qualora l'organo amministrativo non fornisca pertinenti informazioni, ovvero riferisca al collegio sindacale di aver intenzione di procedere con il compimento dell'atto ritenuto pregiudizievole, il collegio sindacale o ciascun sindaco *può far constare il proprio motivato dissenso a verbale* e, nei dieci giorni successivi alla data in cui ne viene a conoscenza, il collegio sindacale può:

- *convocare* l'assemblea – previa comunicazione all'organo amministrativo – per informarla delle circostanze (cfr. Norma 6.2.);
- preannunciare l'intenzione di impugnare la deliberazione dell'organo amministrativo, confidando nella sua revoca;
- preannunciare l'intenzione di denunciare i fatti al tribunale ex art. 2409 c.c., sussistendone i relativi presupposti (cfr. Norma 6.4.).

Qualora, nonostante l'attivazione del collegio sindacale, l'atto sia compiuto e l'esperto iscriva il proprio dissenso nel registro delle imprese perché lo ritenga pregiudizievole all'interesse dei creditori, il collegio sindacale:

- *intensifica le verifiche e lo scambio di informazioni* con l'organo amministrativo, chiedendo notizie, dati e chiarimenti, in ordine al compimento dell'atto pregiudizievole e con riferimento alle ulteriori iniziative, tra quelle individuate nell'ordinamento e differenti dalla composizione negoziata, che l'organo amministrativo intenda adottare per superare la crisi (cfr. Norma 5.2.);
- in assenza di programmazione da parte dell'organo amministrativo circa le iniziative che intende assumere per superare la crisi e al ricorrere dei presupposti previsti dall'ordinamento, *presenta denuncia ex art. 2409 c.c.*

Se, nel corso delle trattative, la società formuli una proposta di accordo transattivo alle agenzie fiscali e all'Agenzia delle entrate-Riscossione di cui all'art. 23, comma 2-bis, d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, il collegio sindacale verifica che la proposta sia ritualmente presentata con allegata la relativa documentazione. A tali fini, il collegio sindacale vigila che il professionista indipendente attesti la convenienza della proposta rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale e che il soggetto incaricato della revisione legale della società rilasci una relazione sulla completezza e sulla veridicità dei dati aziendali» (enfasi mia).

mento delle trattative» contenuto nel secondo comma dell'art. 25-*octies* CCII, necessario per ottenere, secondo la tesi che si intende qui sostenere, il beneficio dell'attenuazione o esclusione da responsabilità: un conto è, infatti, affermare che l'organo di controllo non è responsabile ove abbia diligentemente vigilato in pendenza di trattative (come sostanzialmente emerge dal combinato disposto del primo comma dell'art. 25-*octies* CCII nei termini esaminati con i principi generali e, in particolare, con l'art. 2407 c.c.), altro è sostenere che un determinato comportamento possa determinare un “*meccanismo premiale*”.

Il punto sarà subito approfondito.

5. *Il meccanismo premiale in punto responsabilità*

Come noto, esistono almeno tre tipologie di responsabilità del collegio sindacale: (i) quella “esclusiva” *ex* art. 2407, comma 1, c.c., (ii) quella “concorrente” con gli amministratori, espressamente contemplata all'art. 2407, comma 2 c.c. prima della riforma di quest'ultimo da parte della legge 14 marzo 2025, n. 35¹⁹⁷; (iii) quella “aggiuntiva” per aver «preso parte al fatto lesivo» *ex* art. 2497, comma 2, c.c.¹⁹⁸.

Come parimenti noto, quella *sub* (ii) tradizionalmente si differenzia ulteriormente a seconda dei soggetti danneggiati (società, creditori, soci o i terzi).

Per quanto qui interessa, visto anche il noto *trend* di severità della giurisprudenza con riguardo alla responsabilità dei sindaci per omesso esercizio dei relativi poteri¹⁹⁹ non sembra affatto peregrino sostenere una responsabilità concorrente e solidale dei sindaci nei casi di ritardo nella segnalazione²⁰⁰ per perdita di

¹⁹⁷ Sul fatto che, nonostante tale riforma, la responsabilità dell'organo di controllo, fuori dai casi di responsabilità c.d. esclusiva, dovrebbe continuare a ritenersi solidale e concorrente con quella degli amministratori v. Introduzione, par. 7.

¹⁹⁸ Quello della responsabilità del collegio sindacale è tema istituzionale che, dunque, non occorre qui ripercorrere se non nei limiti di quanto necessario per l'indagine sul secondo comma della norma in esame. Conseguentemente ogni tentativo di ricognizione bibliografica sul tema sarebbe incompleto e peraltro non necessario. Pertanto, si si limiterà nel prosieguo a richiamare la letteratura strettamente necessaria alle riflessioni qui sviluppate.

¹⁹⁹ Per un quadro recente sulla severità impressa dai tre formanti del diritto sia concesso il rinvio a F. SUDIERO, *Responsabilità del sindaco senza (con)fine. Rischio di un'attività di controllo difensiva?*, cit., 289 ss. Sulla nota e ormai invalsa espressione «poteri-doveri» dei sindaci v., per tutti, G. CAVALLI, *Osservazioni sui doveri del collegio sindacale di società per azioni non quotate*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, 3, Torino, 2007, 55-56.

²⁰⁰ Mi permetto di rinviare per una ricognizione sul punto alla letteratura e alle considerazioni già illustrate, sin dall'art. 15 d.l. n. 118 del 2021, in F. SUDIERO, *Codice della crisi e misure di allerta: nuove frontiere e nuove prospettive in tema di responsabilità del collegio sindacale?*, cit., 1901 ss.

*chances*²⁰¹ o per aggravamento del dissesto, ferma naturalmente la complessità di ricostruire analiticamente e minuziosamente il nesso di causa. Infatti, in un eventuale giudizio di responsabilità (non necessariamente esercitato dalla curatela della liquidazione giudiziale²⁰²) si potrebbe sostenere che il ricorso tempestivo alla composizione negoziata avrebbe consentito:

- (i) di evitare l'insolvenza oppure
- (ii) di conseguire una soluzione della crisi o dell'insolvenza a migliori condizioni (nel caso anche liquidatorie²⁰³) rispetto agli esiti poi verificatisi.

Ferma restando, in ogni caso, appunto la difficoltà probatoria che forse dovrebbe avere come riferimento un ipotetico (concreto e fattibile) programma di composizione al momento dell'insorgenza del presupposto per ricorrere alla composizione negoziata.

Sicché l'eventuale attore secondo una recente ricostruzione della metodologia in punto accertamento del nesso di causa²⁰⁴, dovrebbe dimostrare: (1) l'illecito degli amministratori (ad esempio, il ritardo nel ricorrere alla composizione negoziata o nell'adozione di uno strumento di regolazione della crisi), (2) l'omessa o ritardata condotta dell'organo di controllo (nei termini visti nelle precedenti pagine²⁰⁵ in punto *rilevazione e segnalazione* del presupposto o inad-

Così, v., anche ASSONIME, circolare 34/2021, 26 ss. ed espressamente la relazione Illustrativa del d.l. n. 118 del 2021 per cui la segnalazione dell'organo di controllo al debitore circa la presenza di una situazione di squilibrio patrimoniale o economico finanziario costituisce un «dovere che rientra nella previsione dell'articolo 2403 del codice civile». In argomento recentemente anche E. DE NUCCIO, C. BAUCO, *Ruolo, obblighi e responsabilità dei sindaci alla luce del nuovo Codice della crisi: gestione del rischio, flussi informativi e best practices*, cit., 516.

²⁰¹ Per un'ipotesi di responsabilità per perdita di *chance* mi permetto di rinviare a F. SUDIERO, *La responsabilità cangiante del gestore della crisi: una prima panoramica*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 1043.

²⁰² Non può in questa sede affrontarsi l'interessante ulteriore profilo di ricerca sulle diverse posizioni tutelabili nella crisi. Non sembra, tuttavia, *prima facie* potersi escludere pretese risarcitorie non solo dei creditori e della società (e, quindi, del curatore della liquidazione giudiziale), ma anche di terzi, inclusi i soci (e i titolari di strumenti finanziari), *ex art.* 2395 c.c., per il danno c.d. "diretto", o *ex art.* 2497 c.c., per il danno c.d. "riflesso", vista l'attenzione che il CCII sembra riconoscere in numerosi rilevanti aspetti alla loro posizione (cfr. ad esempio, non solo le norme in tema di effetti delle diverse procedure sulla posizione dei soci, in tema di postergazione dei finanziamenti ma anche gli artt. 120-*bis* ss. CCII e spec. l'art. 120-*quater* che prevede possibili distribuzioni del valore di ristrutturazione ai soci nonché gli artt. 285 ss. in tema di gruppi e limitazioni ai relativi diritti). Sul tema delle possibili classificazioni e spazi di tutela del danno diretto e del danno riflesso in ambito societario sia concesso rinviare a F. SUDIERO, *La tutela risarcitoria del socio tra danno diretto e danno riflesso*, Torino, 2020, *passim*.

²⁰³ Ove si condividessero naturalmente le tesi sopra esposte con riguardo all'ammissibilità di piani meramente liquidatori nella composizione negoziata (v. parte I, cap. I, par. 3).

²⁰⁴ Ricostruzione che ho tentato di proporre in F. SUDIERO, *Il nesso di causalità nella responsabilità concorrente dell'organo di controllo: note per un nuovo tentativo ricostruttivo*, in *Giur. comm.*, 2023, I, 246 ss.

²⁰⁵ V. precedente par. 2.

guatezza degli assetti, fermi i meccanismi presuntivi ivi ipotizzati), (3) l'idoneità della segnalazione (*recte*, dell'insaturazione di un *procedimento segnalatorio* puntuale, se del caso supportato dal ricorso ai rimedi reattivi visti quali l'art. 2406 c.c. e l'art. 2409 c.c.), secondo massime di esperienza applicabili al caso concreto o, in ogni caso, elementi gravi, precisi e concordati, ad attivare l'organo amministrativo e che (4) il ragionevole sviluppo della composizione negoziata tempestivamente (*recte*, come si vedrà subito, "puntualmente") attivata avrebbe limitato il danno arrecato nei termini illustrati (di perdita di *chance* o di aggravamento del dissesto).

Pertanto, particolare attenzione suscita il secondo comma dell'art. 25-octies CCII che, quantomeno testualmente, sembrerebbe introdurre un peculiare meccanismo premiale i cui confini e contenuti sono, invero, tutt'altro che chiari.

5.1. *Tra dovere e onere. Una possibile interpretazione dei due commi dell'art. 25-octies CCII*

L'art. 25-octies, comma 2, CCII, a seguito del Correttivo-ter, prevede che «[l]a tempestiva segnalazione all'organo amministrativo ai sensi del comma 1 e la vigilanza sull'andamento delle trattative sono valutate ai fini dell'attenuazione o esclusione della responsabilità prevista dall'articolo 2407 del codice civile o dall'articolo 15 del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39. La segnalazione è in ogni caso considerata tempestiva se interviene nel termine di sessanta giorni dalla conoscenza delle condizioni di cui all'articolo 2, comma 1, lettera a), da parte dell'organo di controllo o di revisione».

La norma è da salutare con favore poiché (re)introduce (senza, tuttavia, riprodurre esattamente il testo dei precedenti artt. 14 CCII e 15 d.l. n. 118 del 2021, *ante* legge di conversione), espressamente un meccanismo premiale di attenuazione o esclusione della responsabilità dell'organo di controllo (e del revisore) connesso alla segnalazione.

Ciononostante, la sua interpretazione rimane oscura²⁰⁶. Da un lato, la stessa

²⁰⁶ Di non particolare aiuto appare la relazione al Correttivo-ter (e quella dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione 30 gennaio 2025, n. 10 che a p. 37, invero, ne recepisce in sostanza le indicazioni) per cui «[s]i prevede che la tempestiva segnalazione in caso di crisi o insolvenza è valutata ai fini "dell'attenuazione o esclusione" della responsabilità degli organi di controllo, al fine di meglio delineare i termini della valutazione demandata al giudice delle azioni risarcitorie. È inoltre aggiunto un secondo periodo che, al fine di fornire puntuali indicazioni ai soggetti segnalanti e quindi di evitare segnalazioni frettolose (oppure tardive), chiarisce che la segnalazione si considera tempestiva se interviene nel termine di 60 giorni dal momento in cui l'organo di controllo è venuto a conoscenza della sussistenza dello stato di crisi, sempre che la conoscenza sia avvenuta nell'esercizio diligente dei doveri di verifica e controllo del medesimo organo. In altre parole, la data di effettiva conoscenza della crisi è parametro che rileva ai fini della

potrebbe apparire pleonastica ove interpretata nel senso che in caso di adempimento tempestivo ad un dovere (quello appunto di segnalazione) non vi sarebbe responsabilità, dall'altro, ove se ne cercasse un significato diverso (appunto, non pleonastico) e volto a coglierne il profilo "premiale", non sarebbe, in ogni caso, agevole comprendere sino a che punto la segnalazione rappresenti un *dovere*, la cui violazione potrebbe comportare, secondo i principi generali e, segnatamente, l'art. 2407 c.c. e l'art. 15 d.lgs. n. 39 del 2010, la responsabilità dell'organo di controllo e del revisore, o un *onere*, il cui assolvimento determinerebbe, invece, l'esclusione o l'attenuazione di responsabilità.

Esclusa la prima interpretazione riterrei possibile sostenere, come anticipato nelle precedenti pagine, una diversa tesi, volta a ricercare una lettura geometrica dell'intero sistema, in particolare, valorizzando sistematicamente e teleologicamente sia le modifiche introdotte dal Correttivo-ter al comma 1 della medesima disposizione ed all'art. 12 CCII, in relazione, quindi, rispettivamente ai presupposti della segnalazione e della composizione negoziata, sia il tenore della l. delega n. 155 del 2017 che aveva indicato, tra i principi ispiratori del Governo, quello della determinazione dei «criteri di responsabilità del collegio sindacale» in modo che, in caso di segnalazione, «non ricorra la responsabilità solidale dei sindaci con gli amministratori per le conseguenze pregiudizievoli dei fatti o delle omissioni successivi alla predetta segnalazione»²⁰⁷.

5.1.1. La «tempestività» della segnalazione ai sensi del secondo comma dell'art. 25-octies CCII

In tale prospettiva, almeno due potrebbero essere le conseguenti letture.

Secondo una prima interpretazione, partendo dall'assunto per cui tutte le obbligazioni devono essere adempiute «tempestivamente» (nel senso di «puntualmente»), si potrebbe sostenere che la funzione della specificazione del secondo comma starebbe a sancire l'irrilevanza del ritardo ai fini della responsabilità. In altre parole, il significato della norma non sarebbe altro che quello di evidenziare come il rispetto dell'obbligo di segnalazione (e quindi la sua «tempestività») possa essere considerato solo ai fini dell'esclusione o attenuazione della responsabilità, con conseguente irrilevanza dell'eventuale ritardo.

Questa tesi mi pare in contrasto, in chiave teleologica, con la funzione della segnalazione, poiché, in tal caso, l'organo di controllo non avrebbe alcun incen-

tempestività solo se gli organi di controllo non hanno tenuto un comportamento negligente e quindi non hanno preso cognizione effettiva della situazione di difficoltà per loro colpa (ad esempio, perché hanno omissso o ritardato il compimento delle necessarie verifiche o l'acquisizione della documentazione utile)» (pp. 25-26).

²⁰⁷ In questo senso, infatti, parevano muoversi, pur con le incertezze dei relativi tenori letterali, sia l'art. 14 CCII sia l'art. 15 d.l. n. 118 del 2021 (ante legge di conversione). V., in particolare, i par. 4 e 5 del capitolo introduttivo.

tivo a procedervi ed anzi il relativo ritardo sarebbe pure irrilevante ai fini della responsabilità. Quindi, si tratterebbe di una norma destinata a rimanere lettera morta.

Inoltre, la tesi sembrerebbe anche scontrarsi con le intenzioni espresse dalla l. delega (cui anche il legislatore del Correttivo-*ter* deve naturalmente adeguarsi²⁰⁸) che, invece, espressamente contemplavano un meccanismo “premiale” di sostanziale esclusione di responsabilità per l’organo di controllo che si fosse attivato tempestivamente²⁰⁹.

Infine, tale lettura non convince nemmeno da un punto di vista letterale e sistematico in quanto, se davvero così si intendesse interpretare la norma (i) non avrebbe particolare significato introdurre, come, invece, fa il nuovo testo, una presunzione assoluta di «tempestività»²¹⁰ (posto che se la funzione della norma fosse soltanto quella di rendere irrilevante il ritardo della segnalazione, non avrebbe alcun senso tracciare i confini di tale «tempestività»)²¹¹, (ii) non si comprenderebbe la previsione, accanto all’«esclusione» di responsabilità, anche di una forma di sua «attenuazione», così inducendo a ritenere in ogni caso ammissibili forme di responsabilità – ancorché attenuata – pure in caso di tempestività.

Secondo un’altra interpretazione, si potrebbe ritenere che la «tempestività» della segnalazione, ai sensi del secondo comma in esame, innesti un meccanismo “premiale” o, meglio, appunto, di esclusione o attenuazione di responsabilità senza limitarsi a ribadire principi già impliciti nel sistema. Tuttavia, onde addivenire a questa conclusione si dovrebbe, a mio avviso, ricercare una lettura alternativa del concetto della «tempestività» evocata dalla norma rispetto al suo tradizionale significato giuridico, posto che normalmente l’adempimento, come

²⁰⁸ V. il Parere del Consiglio di Stato n. 00910/2024 del 1° agosto 2024 il quale peraltro precisa che il correttivo in questione avrebbe potuto soltanto emendare disposizioni attuative introdotte dal legislatore delegato del 2019 ma non introdurre nuove disposizioni attuative di principi di delega rimasti inattuati. Nonostante il silenzio del legislatore, era in ogni caso parso possibile, infatti, ritenere che il comma 2 in esame, ante Correttivo-*ter*, contenesse già implicitamente il riferimento ad un meccanismo premiale per la tempestiva segnalazione (v. ancora capitolo introduttivo, par. 4 e 5).

²⁰⁹ Così – si è già sopra visto – la l. delega aveva demandato al Governo di determinare «criteri di responsabilità del collegio sindacale» in modo tale che «non ricorra la responsabilità solidale dei sindaci con gli amministratori per le conseguenze pregiudizievoli dei fatti o delle omissioni successivi alla predetta segnalazione» art. 4, comma 1 lett. f)].

²¹⁰ V. il secondo periodo del comma 2 dell’art. 25-*octies* CCII: «[l]a segnalazione è in ogni caso considerata tempestiva se interviene nel termine di sessanta giorni dalla conoscenza delle condizioni di cui all’articolo 2, comma 1, lettera a), da parte dell’organo di controllo o di revisione».

²¹¹ A meno che non si intenda ritenere irrilevante ai fini del ritardo il periodo di tali sessanta giorni. Tuttavia, l’argomento sarebbe non solo circolare e comunque inidoneo a superare gli altri argomenti illustrati, ma incompatibile con la stessa struttura della norma che (i) ipotizza in ogni caso forme di responsabilità anche in tale periodo (seppur «attenuata»: v. subito nel testo) e (ii) sembra consentire la prova della tempestività anche oltre il termine di sessanta giorni.

detto, per essere tale, deve essere «tempestivo» (un adempimento intempestivo è, infatti, già inadempimento).

Per far ciò sembrerebbe necessario sostenere che il Correttivo-ter abbia definitivamente creato una netta spaccatura tra i due commi dell'art. 25-octies CCII²¹².

In particolare, si potrebbe attribuire al concetto di «tempestività» del secondo comma quello di «precocità», distinguendo quindi una segnalazione meramente «puntuale» (quindi, «doverosa»), prevista al primo comma, da una «tempestiva» e, quindi, «precoca», disciplinata nel secondo comma.

In questo modo verrebbe valorizzato dal secondo comma un comportamento non richiesto ma ciononostante opportuno, ossia, un comportamento (dunque, una segnalazione) utile nell'ottica dell'*early warning* in quanto idoneo a sollecitare, in chiave anticipatoria, il ricorso alla composizione negoziata. Il che ben si concilierebbe con la *ratio* del conseguente meccanismo “premiale” in termini di «attenuazione o esclusione» di responsabilità.

Sembrerebbe, così, possibile distinguere una segnalazione “doverosa”, ossia quella che, ai sensi del primo comma, scatterebbe nei casi di rilevazione di situazioni di «crisi» o «insolvenza» compatibili con la composizione negoziata²¹³, la cui omissione o il cui ritardo potrebbe esporre l'organo di controllo a responsabilità *ex art.* 2407 c.c. (ad esempio, per perdita di *chances*²¹⁴ o per aggravamento del dissesto), da una segnalazione (quella del secondo comma) definita dal medesimo secondo comma «tempestiva» e che si potrebbe, dunque, correttivamente interpretare come «precoca», che più che un *dovere* rappresenterebbe un *onere*, in quanto il suo intervento potrebbe costituire una causa di attenuazione o esclusione di responsabilità.

Si tratterebbe, quindi, di una segnalazione (quella del secondo comma) che, per essere ritenuta «tempestiva» in tal senso, dovrebbe (logicamente) precedere il momento in cui essa diviene *doverosa* ai sensi del primo comma, ma che, cionondimeno (e ovviamente), dovrebbe avere ad oggetto uno stadio compatibile con la composizione negoziata. Poiché, però, il primo comma si riferisce testualmente allo stadio della *crisi* e dell'*insolvenza* e poiché, secondo la tesi che si intende qui seguire, specie alla luce delle modifiche apportate dal Correttivo-ter

²¹² Ritiene, invece, che il Correttivo-ter si sia limitato a posticipare il momento che fonda il dovere di segnalazione, ossia la crisi e l'insolvenza, ma non la pre-crisi, e quello della connessa responsabilità S. PACCHI, *Il ritorno del revisore contabile nel mosaico delle segnalazioni della crisi e dell'insolvenza dopo il d.lgs. 136/2024*, cit., 13 novembre 2024, 3 e 11. Nello stesso senso parrebbero, almeno ad una prima lettura, come sopra visto, le Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate nella versione successiva al Correttivo-ter (cfr., in particolare, la Norma 11.3 e Prefazione a p. 12).

²¹³ E, quindi, al più di insolvenza *reversibile* o, se si intendesse seguire la tesi qui proposta c.d. *super – estensiva moderata*, di insolvenza *relativamente irreversibile*. V. parte I, cap. I, par. 3 e 4.

²¹⁴ Su cui v. succintamente *supra*.

anche all'art. 12 CCII, alla composizione negoziata sembra potersi ricorrere «anche soltanto»²¹⁵ in presenza di uno stadio di *pre-crisi*²¹⁶, sembra potersi dire che sia proprio l'inizio di questo stadio a rappresentare il momento a partire dal quale una segnalazione dovrebbe intervenire per essere giudicata «tempestiva» (*recte*, quindi, «precocce») ai sensi del secondo comma dell'art. 25-*octies* CCII ed attivare così il meccanismo premiale di attenuazione o esclusione da responsabilità.

Pertanto, potrebbe dirsi che il perimetro di tale segnalazione *non doverosa* inizi con la *pre-crisi* e termini allorquando diventi *doverosa* e, quindi, nel momento in cui si materializzi lo stadio della *crisi* o dell'*insolvenza*²¹⁷. A tal proposito, si potrebbe anche portare a sistema la presunzione introdotta dal legislatore in favore dell'organo di controllo o del revisore, presunzione per cui si considera «in ogni caso» «tempestiva» la segnalazione intervenuta «nel termine di sessanta giorni dalla conoscenza» (cui dovrebbe equipararsi, a mio avviso, come già detto²¹⁸, in considerazione della diligenza professionale dell'organo di controllo e del revisore, la conoscibilità o, ancor meglio, la *rilevabilità*²¹⁹) dello stadio di «crisi»²²⁰: si potrebbe infatti affermare che, vista la complessità della *rile-*

²¹⁵ Così l'art. 12 CCII *post* Correttivo-*ter*.

²¹⁶ V. parte I, cap. I, par. 1 e 3.

²¹⁷ A prima vista, invero, tale interpretazione non sembrerebbe condivisibile alla luce della Relazione illustrativa del Correttivo-*ter* (confermata dalla Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione n. 10 del 30 gennaio 2025 che a p. 37, invero, sostanzialmente ne recepisce le indicazioni) per cui «[a]ncora al comma 1, si precisa che oggetto di segnalazione è la sussistenza di uno stato di crisi o di insolvenza e non l'esistenza di meri segnali di difficoltà (o di pre-crisi), al fine di evitare segnalazioni non utili, effettuate dall'organo di controllo per esclusivi fini di autotutela». Al di là del noto contenuto valore interpretativo di una relazione di accompagnamento [cfr., da ultimo Cass., 2 ottobre 2018, n. 23950, in *De Jure*, che ne afferma l'utilità in chiave interpretativa solo ove «sia del tutto conforme all'enunciato ed al significato fatto palese dalla consecuzione delle parole usate», come spesso fatto dalla Corte costituzionale: ad esempio, Corte cost., 20 novembre 2017, n. 241; 15 febbraio 2017, n. 36; 14 luglio 2016, n. 174], l'affermazione, da un lato, potrebbe essere condivisibile in astratto (onde evitare segnalazioni abusive), ma dall'altro si scontra con gli argomenti sistematici e teleologici illustrati (uno su tutti: la segnalazione della pre-crisi è tutt'altro che «non utile»). Inoltre sembrerebbe impreciso, se non erroneo, il riferimento alla «pre-crisi» contenuto tra le parentesi, concetto che, come si è visto sopra e come è ormai abbondantemente studiato in dottrina, non coincide con i «meri segnali di difficoltà». Sicché si potrebbe ritenere, al più, che l'affermazione della relazione debba essere confinata, nella prospettiva della tesi qui sostenuta, all'adempimento del solo *dovere* di segnalazione (descritto appunto al primo comma), mentre l'*onere* di cui al secondo comma, potrebbe, invece, essere assolto dalla segnalazione precoce anche della *pre-crisi* purché non abusiva o gravemente negligente (cfr. *supra*, par. 3.3.3.4).

²¹⁸ V. sopra par. 3.3.1.

²¹⁹ V., in particolare, le considerazioni di cui al precedente par. 2.

²²⁰ Si è consapevoli che la norma potrebbe leggersi anche diversamente, oltretutto, come visto, riconoscendo al concetto di «tempestività» il significato tradizionale di «puntuale adempimento»

vazione dello stadio in esame ed in ottica premiale, sia possibile presumere la sussistenza della «tempestività», nel senso, quindi, anzitutto, della «precocità», sino a sessanta giorni dalla rilevabilità dello stato di *crisi*.

Inoltre, parrebbe possibile, anche cogliendo le osservazioni del Consiglio di Stato²²¹, onde non ingenerare differenze di trattamento ingiustificabili, che analoga presunzione “premile” possa verificarsi nei casi di insolvenza “improvvisa”, ovvero senza previa crisi, così ipotizzando che tale «tempestività» possa sussistere sino ai sessanta giorni dalla rilevabilità dell’insolvenza (purché *reversibile* o, come sostenuto nel presente lavoro, *relativamente irreversibile*²²²)²²³.

È poi chiaro che se entro tale termine la segnalazione potrà considerarsi «precoca», *a fortiori*, ai fini però del *dovere* di segnalazione di cui al primo comma, dovrà ritenersi anche «puntuale».

In conclusione, secondo la tesi qui proposta, una segnalazione potrebbe dirsi «tempestiva» (e, quindi, «precoca») ai fini del secondo comma dell’art. 25-octies CCII (e, pertanto, idonea a far scattare il meccanismo premiale in esame, solo se intervenuta tra il momento della *pre-crisi* e i sessanta giorni successivi alla rilevabilità della «crisi» o, nei casi di insolvenza “improvvisa” (purché *reversibile* o *relativamente irreversibile*), dalla rilevabilità di quest’ultima. Oltre tale termine, non potrebbe più considerarsi «precoca» e, quindi, «tempestiva» ai sensi del secondo comma²²⁴; ciononostante, come già sopra osservato²²⁵, potrebbe comun-

e che tale secondo periodo del secondo comma introdurrebbe semplicemente un mero meccanismo presuntivo idoneo ad escludere o attenuare comunque la responsabilità. Tuttavia, salvi gli argomenti già illustrati che sembrano ostare a questa interpretazione e fermo che il significato della presunzione descritta non cambierebbe nella sostanza anche in tale caso, la norma, ove così interpretata, sembrerebbe meramente pleonastica.

²²¹ Parere n. 00910/2024 del 1° agosto 2024: «[n]on si comprende, al riguardo, se l’intento [...] sia quello di premiare, con una attenuazione o esclusione di responsabilità l’organo di controllo o il revisore legale che segnala in anticipo “solo” lo stato di crisi, svolgendo una diagnosi precoce delle difficoltà dell’impresa. Se così non fosse non appare di immediata evidenza la ragione per cui non venga menzionata in questa sede anche la conoscenza dello stato di insolvenza» (pag. 16).

²²² V. parte I, cap. I, par. 3.

²²³ Di contrario avviso, ma invero apoditticamente, è l’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione n. 10 del 30 gennaio 2025 che a p. 37, osserva che «[s]eguendo la sollecitazione contenuta sul punto nel parere reso dal Consiglio di Stato, è stato chiarito che la tempestività della segnalazione, che rileva ai fini della attenuazione della responsabilità prevista in capo agli organi di controllo o di revisione legale, è disciplinata solo in relazione allo stato di crisi in considerazione del fatto che la segnalazione che ha ad oggetto lo stato di insolvenza non è per definizione tempestiva e quindi non può essere di per sé considerata in favore dell’organo di controllo».

²²⁴ Ci si potrebbe, invero, domandare se sia immaginabile una segnalazione «precoca» oltre tali sessanta giorni, come ad una prima lettura sembrerebbe consentire il testo della disposizione. Riterrei che la risposta debba essere negativa stante il carattere di specialità ed eccezionalità che dovrebbe assumere una previsione, come quella di specie, che attribuisce un beneficio. Mentre, in-

que essere provata la relativa «puntualità» (e, dunque, «tempestiva» ai sensi del comma 1). Con la conseguenza che, ove «puntuale» ma non «precoce» l'organo, pur non potendo beneficiare del meccanismo premiale²²⁶, non potrà ritenersi in ritardo e, quindi, inadempiente.

In altre parole, quella che si propone è una lettura nettamente separata dei due commi: il primo descriverebbe il *dovere* di segnalazione ed opererebbe sulla ricostruzione del fatto eventualmente foriero di responsabilità; il secondo esprimerebbe un *onere* e rappresenterebbe uno dei requisiti (insieme, come si vedrà subito, alla «vigilanza sull'andamento delle trattative») per beneficiare del meccanismo “premiante” ivi contemplato.

Tale lettura, in effetti, appare in linea con l'istituto della composizione negoziata, che parrebbe accessibile, secondo l'interpretazione qui proposta, sin dal momento della *pre-crisi*, e con i doveri generali degli organi di attivarsi per la risoluzione della crisi ed insolvenza, *doveri* che, infatti, sembrano scattare solo a partire dalla sussistenza dello stadio di *crisi*, come chiaramente esprime lo stesso art. 2086 c.c. [che prevede, appunto, il dovere dell'imprenditore di *rilevare* la «crisi» (e, *a fortiori*, l'insolvenza) e «di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il *superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale*»]: sino alla *pre-crisi*, quindi, il ricorso alla composizione negoziata sarebbe, in effetti, una scelta volontaria e, specularmente, dovrebbe essere, quindi, “premiante” per l'organo di controllo segnalante.

Resta poi fermo che la segnalazione dovrebbe in ogni caso essere completa e diligentemente articolata secondo quanto visto nelle pagine che precedono²²⁷; in questo senso riterrei di interpretare il richiamo, parimenti contenuto al secondo comma, alla «segnalazione [...] ai sensi del comma 1».

5.1.2. La «vigilanza sull'andamento delle trattative»

5.1.2.1. La necessità del ricorso alla composizione negoziata e l'estensione del meccanismo premiale: la tesi del “procedimento di vigilanza integrato”

Ai fini dell'attenuazione o esclusione di responsabilità la legge richiede un'ulteriore condizione: «la vigilanza sull'andamento delle trattative».

vece, l'organo di controllo ben potrà dimostrare la «tempestività», in termini di «puntualità», della segnalazione ai fini dell'assolvimento del proprio *dovere* di segnalazione ai sensi del comma 1 e così escludere in radice la responsabilità. Ma ciò è diverso dal consentire di dimostrare la «tempestività», in termini di «precocità», ai fini del comma 2 quale meccanismo premiale (dai contenuti più oltre illustrati).

²²⁵ V., in particolare, il precedente par. 3.3.1.

²²⁶ Sui cui contenuti v. successivo par. 5.2.

²²⁷ V. precedente par. 3.

Il primo quesito da porsi è se, quindi, onde beneficiare del meccanismo premiale in questione, l'impresa debba aver fatto ricorso alla composizione negoziata.

La risposta non è agevole. La previsione della congiunzione copulativa «e» tra la tempestività della segnalazione e la vigilanza sull'andamento delle trattative, unitamente, come si vedrà nel paragrafo successivo, al significato del beneficio in esame (perimetrato, a mio avviso, dalla legge delega che lo limita ai fatti funzionalmente collegati alla composizione negoziata), sembra in effetti suggerire questa necessaria connessione. Inoltre, anche da un punto di vista storico, tali conclusioni apparirebbero in continuità con la prima versione del CCII (in particolare, dell'allora art. 14) che prevedeva una causa di esonero da responsabilità nel caso di perfezionamento del *procedimento segnalatorio* sfociato nel ricorso all'OCRI (che apriva una parentesi che, ancorché diversa da quella odierna, era pur sempre volta alla composizione della crisi). Sicché sembra potersi dire che tale forma di meccanismo premiale sia, anzitutto, limitato all'ipotesi di accesso alla composizione negoziata.

Tuttavia, riterrei ragionevolmente (e, invero, anche costituzionalmente²²⁸) corretto che l'organo di controllo possa beneficiare di tale meccanismo premiale, quantomeno per l'eventuale aggravio del dissesto, anche nei casi in cui l'organo amministrativo decida di non ricorrere alla composizione negoziata. Ciò però, nei limiti del danno prodottosi nel (ragionevole) tempo occorrente all'organo gestorio per riscontrare la segnalazione e decidere lo strumento alternativo per risolvere la crisi o l'insolvenza (o, in ogni caso, di non ricorrere alla composizione negoziata). Ciò, in quanto si tratterebbe pur sempre di atti o omissioni «successivi»²²⁹ (ossia, come si vedrà, «teleologicamente ed etiologicamente connessi»²³⁰) alla segnalazione (e, quindi, in linea con la legge delega) ed al di fuori dalla sfera di controllo dell'organo segnalante.

In secondo luogo, occorre domandarsi come declinare il requisito ove non sia possibile vigilare sull'andamento delle trattative e, in particolare, con riguardo al revisore che non ha notoriamente poteri di vigilanza e di indagine sulla gestione e, quindi, sulle trattative. Detto altrimenti, occorre valutare se sia possibile, in qualche misura, anche con riguardo alla vigilanza sulle trattative, ragionare analogamente a quanto sopra fatto a proposito della possibilità di estendere il beneficio anche al «soggetto» (organo di controllo o revisore) che non abbia materialmente effettuato la segnalazione (ma alla condizione di effettiva partecipazione al *procedimento segnalatorio*) e, quindi, anche in tal caso, estendere il beneficio a prescindere da chi in concreto abbia svolto l'attività di vigilanza sulla trattative²³¹.

²²⁸ Quantomeno ex art. 3 Cost.

²²⁹ Così l'art. 4, comma 1, lett. f), l. delega n. 155 del 2017.

²³⁰ Sul cui significato v. *infra* al par. 5.2.

²³¹ V., in particolare, il precedente par. 3.3.3 e specialmente 3.3.3.3.

Riterrei di poter dare una risposta positiva al quesito. Un conto è, infatti, considerare necessario, onde beneficiare del meccanismo premiale, per le ragioni testuali, teleologiche, sistematiche e storiche, poc'anzi esposte, l'accesso effettivo alla composizione negoziata, altro è, invece, ritenere altrettanto indispensabile che entrambe le attività necessarie per godere del beneficio (segnalazione e vigilanza) debbano essere svolte dal medesimo soggetto, specie nei casi in cui ciò, in concreto, non risulti possibile (si pensi, proprio al caso del revisore).

Si potrebbe, infatti, sostenere che, una volta correttamente avviato e coltivato il *procedimento segnalatorio* (quale fattispecie complessa nei termini sopra esaminati), presumendo una efficiente collaborazione tra organi, sia possibile ipotizzare la successiva attività di vigilanza parimenti alla stregua di un "procedimento", ossia un "*procedimento di vigilanza integrato*" basato sui medesimi doveri di collaborazione tra organo di controllo e revisore, anche qui «ciascuno nell'esercizio delle proprie funzioni», e, dunque, ai sensi dei rispettivi doveri di diligenza professionali e dell'art. 2409-septies c.c.

Così, in presenza di un *procedimento segnalatorio* «precoco» e di un efficace ed effettivo *procedimento di vigilanza integrato* sull'andamento delle trattative (nei termini che vedremo subito), il meccanismo premiale in esame potrebbe estendersi ad entrambi (organo di controllo e revisore) a prescindere da chi, tra i due, abbia (i) effettuato la segnalazione e (ii) materialmente potuto dimostrare l'attività di vigilanza sull'andamento delle trattative, anche se che, in tale ultimo caso, solo l'organo di controllo ne ha sostanziale facoltà (stanti i suoi poteri), ma cionondimeno potrebbe avere la necessità di effettiva collaborazione da parte del soggetto incaricato della revisione legale²³².

5.1.2.2. Il significato dell'onere di «vigilanza sull'andamento delle trattative»

Ciò considerato, occorre domandarsi il significato della locuzione «vigilanza sull'andamento delle trattative».

Fermo, infatti, il dovere generale di vigilanza pendenti le trattative, nei limiti della legalità sostanziale *ex* art. 2403 c.c., richiamato, come visto²³³, nel primo comma dell'art. 25-octies CCII, dove appunto si delineano, come qui sostenuto, i *doveri* dell'organo di controllo, sembra potersi sostenere che, an-

²³² Che, dunque, ove non collaborativo potrebbe non beneficiare di tale meccanismo premiale. Il recente già citato Documento di ricerca n. 259 di Assirevi, dedicato alla segnalazione del revisore, afferma che poiché il revisore non ha alcuna competenza né alcun potere di interlocuzione sulle trattative, l'organo amministrativo dovrebbe informarlo sullo stato delle trattative quantomeno affinché questi possa valutarne gli effetti con riguardo all'attività sul bilancio [ASSIREVI, *L'obbligo di segnalazione da parte del revisore di situazioni di crisi e insolvenza ai sensi dell'art. 25-octies CCII modificato dal d.lgs. n. 136/2024 ("Correttivo ter")*, cit., 14].

²³³ V. sopra par. 4.

che in tal caso, alla stregua di quanto appena sostenuto con riguardo alla tempestività della segnalazione, il secondo comma della norma in esame richiama all'organo di controllo, ai fini premiali, di fare qualcosa in più di quanto "semplicemente" gli sarebbe richiesto ai sensi del primo comma. Potendo, quindi, sostenere che la richiesta «*vigilanza sull'andamento delle trattative*» prevista al secondo comma abbia un significato differente rispetto al richiamo all'art. 2403 c.c. contenuto al primo comma in relazione alla sua persistenza durante le trattative.

Poiché si è sopra visto che quest'ultimo richiamo intende precisare la permanenza del dovere di vigilanza dell'organo di controllo nel corso delle trattative, introducendo, in particolare, un dovere di diligente dialettica professionale con l'esperto²³⁴, sembra possibile sostenere che la vigilanza «sull'andamento delle trattative» abbia un precipuo riferimento al controllo diretto su queste ultime che si estenda, quindi, non solo al rispetto della legge e, in particolare, della buona fede (evocata in generale dall'art. 4 CCII), ma anche alla loro conduzione con ragionevolezza, raziocino, con un supporto informativo e organizzativo adeguato e, persino, in maniera proficua²³⁵. D'altronde, sempre in chiave sistematica, la norma non precisa nemmeno che debba trattarsi di un controllo sul «generale» loro andamento, come avviene, ad esempio, nell'ambito dell'individuazione dei doveri informativi degli amministratori delegati *ex art.* 2381, comma 5, c.c. (laddove si precisa che essi debbano riferire ai deleganti ed al collegio sindacale, sull'«andamento generale della gestione»), così confermando in quella sede il limite del controllo di legalità sostanziale in capo ai sindaci.

Sicché, pare potersi dire che, fermi i *doveri* di «vigilanza» di cui al primo comma dell'art. 25-*octies* CCII «in pendenza» delle trattative (ossia nei limiti della legalità sostanziale e del dovere di dialettica professionale con l'esperto nei

²³⁴ Così le conclusioni del precedente par. 4.

²³⁵ Come a dire che in presenza di una precoce gestione dello squilibrio e di una effettiva attività di negoziazione il legislatore tolleri il compimento di errori (ma sul contenuto del beneficio v. subito il successivo paragrafo) e ciò sia perché ancora, appunto, in fase precoce sia perché, presumibilmente, nella filosofia dell'*early warning*, sarebbe meglio osare, in fase precoce, che rimanere inerti. Tolleranza, invece, non più ammessa (di qui la non applicabilità del beneficio) nei casi di segnalazione «soltanto» *puntuale* ai sensi del primo comma ma non «precoce» ai sensi del secondo comma. In tale caso, peraltro, l'*onere* di vigilanza sarebbe comunque assorbito dal dovere di vigilanza di (sola) legalità sostanziale espressamente previsto, non a caso, nel primo comma.

Così si ripropone, anche su tale versante, la netta distinzione tra il primo comma (che descrive i *doveri* dell'organo di controllo) ed il secondo (che descrive gli *oneri*).

Che il significato di vigilanza «sull'andamento delle trattative» richieda un certo penetrante approfondimento è sostenuto anche da V. DE SENSI, *op. ult. cit.*, 145 ss. il quale, pur non giungendo a sostenere la tesi qui seguita, ritiene necessario che: (i) il collegio sindacale conosca i verbali di tutte le riunioni con l'esperto; (ii) sia informato tempestivamente delle decisioni oggetto delle riunioni (a monte e a valle); (iii) venga reso partecipe dei suggerimenti, indicazioni e osservazioni dell'esperto, dovendo in ogni caso interloquire con organo amministrativo ed esperto specie ove non adeguatamente informato.

termini sopra visti), l'assolvimento del doppio *onere* (i) di una segnalazione «*precocce*» e (ii) di un monitoraggio effettivo sull'andamento delle trattative di cui al secondo comma, potrebbe attribuire il beneficio dell'attenuazione o esclusione di responsabilità in esame²³⁶.

5.2. *Il possibile significato della locuzione «dell'attenuazione o esclusione della responsabilità»*

Ove si intendesse seguire la tesi proposta, rimarrebbe in ogni caso non agevole comprendere il significato del meccanismo premiale in esame e, segnatamente, della locuzione «attenuazione o esclusione della responsabilità di cui all'articolo 2407 c.c. o dall'articolo 15 del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39», al di là dell'ovvia constatazione che il richiamo a queste ultime due norme vada ad abbracciare tanto la responsabilità dell'organo di controllo quanto quella del soggetto incaricato della revisione legale dei conti.

I dubbi riguardano almeno tre aspetti:

- (i) l'ambito di applicazione di tale meccanismo premiale, ovverosia rispetto a quale responsabilità e a quali atti o fatti esso possa trovare applicazione,
- (ii) il concreto significato dei concetti di «attenuazione» ed «esclusione» della responsabilità,
- (iii) l'individuazione dei parametri in base ai quali applicare l'«esclusione» e quelli in base ai quali la sola «attenuazione».

Quanto al punto (i), una lettura in linea con la legge delega potrebbe suggerire che l'ambito dell'attenuazione o esclusione di responsabilità riguardi quella solidale²³⁷ per gli atti e le omissioni posti in essere dall'organo amministrativo successivamente alla segnalazione (*recte*, al *procedimento segnalatorio*), da intendersi non in senso meramente *cronologico* (interpretazione che pare potersi escludere in virtù dello stesso primo comma dell'art. 25-*octies* CCII che richiama nel corso delle trattative il dovere di vigilanza *ex* art. 2403 c.c.), ma in senso *funzionalmente* inteso, ossia con riguardo a quegli atti *teleologicamente* ed *etiologicamente* connessi all'esito del *procedimento segnalatorio*, come peraltro già sembrava potersi sostenere con riguardo al precedente testo dell'art. 14 CCII²³⁸.

²³⁶ Sul cui contenuto v. subito il par. 5.2.

²³⁷ Tuttora esistente, a mio avviso, come visto, nonostante la riforma dell'art. 2407 c.c. (v. Introduzione, par. 7).

²³⁸ Anche se oggi non è più prevista la precisazione per cui tali atti non potrebbero essere la conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione. A tal proposito, infatti, mi era già parso possibile sostenere che, da un lato, il significato dell'esonerazione non potesse essere quello di quello di privare sostanzialmente la società di un organo di controllo a seguito della segnalazione, dall'altro, si dovesse comunque valorizzare il riferimento temporale impiegato dalla norma per

Ovviamente, poiché l'interpretazione più coerente sembra essere quella per cui l'attenuazione o l'esclusione di responsabilità riguardi gli atti o le omissioni conseguenti alla conclusione del *procedimento segnalatorio*, sembra necessario precisare che, onde godere di tale beneficio, l'organo di controllo debba continuare a verificare diligentemente, nei termini già sopra illustrati, il riscontro dell'organo amministrativo alla segnalazione (onde, appunto, completare il *procedimento segnalatorio*). L'eventuale esclusione o attenuazione di responsabilità opererà, quindi, dall'espletamento di tale controllo in avanti.

Quanto ai punti (ii) e (iii), quattro potrebbero essere, a mio sommesso avviso, le possibili interpretazioni della locuzione «attenuazione o esclusione della responsabilità».

Secondo una prima lettura, già sostenuta a seguito dell'approvazione dell'art. 14 CCII e dell'art. 15 d.l. n. 118 del 2021, prima dell'intervento della legge di conversione, si potrebbe sostenere che si tratti di un criterio di graduazione (doverosa per il giudice, visto l'impiego del verbo «sono valutate» all'indicativo presente²³⁹) della responsabilità al variare presumibilmente dell'intensità quantomeno della «tempestività»: tanto più precoce sarà stata la segnalazione tanto più intensa sarà l'attenuazione sino all'esclusione. Pertanto, al di là della differenza dei termini impiegati²⁴⁰, il giudice non godrà di alcuna discrezionalità sull'*an*, nel senso che sarà obbligato a tenere conto della tempestiva segnalazione e della vigilanza sull'andamento delle trattative ai fini dell'attenuazione/esclusione di responsabilità, mentre una certa ed insopprimibile discrezionalità vi sarà sul *quantum* di tale meccanismo premiale, dovendosi presumibilmente far riferimento a criteri generali evincibili dagli artt. 1218 ss. e 2055 c.c.

Secondo altra interpretazione, fermi gli assunti di quella precedente (in particolare sulla *doverosità* per il giudice di tener conto, per l'*an*, della segnalazione tempestiva e della vigilanza a tali fini), si potrebbe interpretare la locuzione di

qualificare le conseguenze pregiudizievoli degli atti e le omissioni poste in essere dall'organo amministrativo coperte dall'esonero, ovverosia quelle «successive» alla segnalazione, attribuendogli il significato di conseguenze «teleologicamente ed etiologicamente successive» ad essa: in questo modo il meccanismo premiale sarebbe valso specificamente per questi ultimi atti o omissioni, senza privare la società dell'attività dell'organo di controllo. Si sarebbe dovuto trattare, in sostanza, di un esonero per fatti successivi, ma limitati e connessi alle misure poste in essere dall'organo amministrativo a seguito della segnalazione o, nei casi di cui al secondo periodo del comma 2 dell'art. 14 CCII, successivi alla procedura di allerta e di composizione della crisi. Su tutti gli altri atti gestori e, in generale, della società, gli organi di controllo (e il revisore) avrebbero dovuto continuare a svolgere la propria attività con piena responsabilità. V. par. 4 del capitolo introduttivo e F. SUDIERO, *Codice della crisi e misure di allerta: nuove frontiere e nuove prospettive in tema di responsabilità del collegio sindacale?*, in *Nuovo dir. soc.*, 2021, 1901 ss.

²³⁹ È previsto, infatti, che la tempestività della segnalazione e la vigilanza sull'andamento delle trattative «sono» valutate ai fini dell'attenuazione o esonero e non che «possono essere valutate».

²⁴⁰ Tra «esonero» (termine utilizzato dal d.l. n. 118 del 2021) ed «esclusione» (impiegato dall'art. 25-*octies* CCII), differenza che, tuttavia, ad una lettura sistematica e teleologica della norma non sembra, per le riflessioni qui sviluppate, allo stato, da sopravvalutare.

«attenuazione o esclusione» della responsabilità come un concetto unitario, alla stregua di un'endiadi, il cui significato sarebbe polarizzato dal concetto di «attenuazione». In tal caso, nella determinazione del *quantum* dell'attenuazione (sino quindi alla sua esclusione) si potrebbe far riferimento agli altri casi di attenuazione della responsabilità previsti dall'ordinamento, ovverosia, principalmente, quelli connessi alle prestazioni gratuite del mandatario (art. 1710 del c.c.) e quelle del professionista intellettuale quando la prestazione implica la soluzione di problemi «tecnici di speciale difficoltà» (art. 2236 c.c.). In entrambe queste ultime ipotesi normative, pur con differenze significative tra loro, sembra trasparire, quale *quid* comune, l'applicazione di un criterio di responsabilità meno rigoroso che potrebbe individuarsi, stante la tipologia di obbligazioni in esame, in un abbassamento della soglia dell'entità della diligenza (o, meglio, di innalzamento del grado e della tipologia di colpa) richiesta²⁴¹ (criterio mutuato da alcune interpretazioni sul mandato gratuito)²⁴² o, quantomeno per i profili dell'imperizia²⁴³, nella limitazione della responsabilità al dolo o alla colpa grave (criterio mutuato dall'art. 2236 c.c.). Sicché si potrebbe sostenere, secondo que-

²⁴¹ Vista, in chiave teleologica, la maggior attenzione richiesta dal legislatore anche all'organo di controllo verso le trattative, ovvero un aspetto che normalmente sta al di fuori della sfera di competenza dello stesso organo di controllo.

²⁴² Secondo alcuni, ad esempio, al mandato gratuito si applicherebbe un criterio di responsabilità più tenue, v., già, F. DOMINÈDÒ, *Mandato* (diritto civile), in *Nov. dig. it.*, X, Torino, 1964, 125; A. LUMINOSO, *Il mandato e la commissione*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 12, Torino, 1985, 389, nt. 5; C. SANTAGATA, sub artt. 1710-1721, *Del mandato. Delle obbligazioni del mandatario. Delle obbligazioni del mandante*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1998, 65]. Altri, però, hanno negato che la diligenza richiesta al mandatario a titolo gratuito sia inferiore al parametro della diligenza del buon padre di famiglia, potendosi soltanto attenuare le conseguenze dell'inadempimento sul piano puramente risarcitorio (così, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, Milano, 1967, 122).

In giurisprudenza si è espressamente individuata la *ratio* dell'istituto: «[l']art. 1710, comma 1, c.c. nel prevedere per il mandato gratuito una valutazione della responsabilità per colpa del mandatario con minor rigore, è ispirato ad un riguardo verso la posizione del mandatario, cui non sarebbe equo fare carico di una colpa di entità trascurabile nell'esecuzione dell'incarico prestato per amichevole favore» (Cass., 3 aprile 1980, n. 2200, in *Mass. Giur. it.*, 1980; la stessa Cassazione ha però precisato che il predetto minor rigore «non importa che, accertata la colpa del mandatario, in ordine all'inadempimento del mandato, sia pure attraverso una valutazione di minor rigore, lo stesso non debba rispondere dell'intero danno sofferto dal mandante, che sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, secondo il principio generale di cui all'art. 1223 c.c.»). Precedentemente era stato altresì precisato, focalizzando il riferimento dell'incidenza dell'attenuazione di responsabilità, che la mitigazione di questa dovrebbe effettuarsi allorché si ponga un problema valutativo del grado di diligenza usato dal mandatario nell'esecuzione del mandato (e non anche quando si versi nell'ipotesi di eccesso dai limiti del mandato) (Cass. n. 95/1957).

²⁴³ In ambito concorsuale (in particolare con riguardo ai «gestori» della crisi) v., *ex multis*, Trib. Bologna, 9 maggio 2014, n. 1432, in *DeJure*; Cass., 1° agosto 1996, n. 6937, in *Mass. Giust. civ.*, 1996, 1091. In dottrina, anche per rilievi critici, cfr. A. TENCATI, *La r.c. nelle procedure concorsuali*, Torino, 2013, 864 ss.; L. ABETE, *Commento all'art. 38 l. fall.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2006, I, 433.

sta lettura che, assolti gli *oneri* di segnalazione e di vigilanza nei termini descritti, l'organo di controllo potrebbe ritenersi responsabile, nel corso della composizione negoziata, per gli atti inerenti (o, meglio, teleologicamente e etiologicamente connessi) ad essa e alle trattative (che, in effetti, paiono evocare criteri di perizia più che di diligenza), solo nei limiti del dolo o della colpa grave.

Secondo una terza interpretazione, fermi gli assunti delle precedenti, si potrebbe ritenere che l'endiadi polarizzi il significato della «esclusione» e non della «attenuazione». Nel senso che, per determinati atti, l'organo di controllo non sarebbe sostanzialmente responsabile (così, limitatamente ad essi, attenuandone la responsabilità in senso lato). In tal caso, l'organo di controllo potrebbe andare esente da responsabilità, in particolare:

(i) per l'aggravamento del dissesto dal momento della segnalazione sino alla conclusione delle trattative (ancorché naufragate per fatto o colpa dell'organo amministrativo)²⁴⁴ e/o

(ii) per, alla luce di una interpretazione sistematica che consideri il tenore dell'esaminato art. 21 CCII²⁴⁵, i danni derivanti dal compimento di atti, pur dannosi per la società, comunque inidonei ad arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento.

Infine, come quarta possibile interpretazione, potrebbe sostenersi una sostanziale sintesi di quelle precedenti. In particolare, ferma la *doverosità* per il giudice di considerare ai fini premiali la «tempestività» (*recte*, «precocità») del *procedimento segnalatorio* e l'effettiva vigilanza sull'andamento delle trattative (*recte*, l'effettività ed efficacia del *procedimento di vigilanza integrato*), ferma altresì la natura di endiadi della locuzione «attenuazione o esclusione» di responsabilità e ferma l'applicazione dei principi generali di cui agli artt. 1218 ss. e 2055 c.c., si potrebbe affermare che con tale locuzione il legislatore abbia inteso abbassare la soglia di diligenza richiesta per la vigilanza sugli atti compiuti *in funzione e nel corso* delle trattative nell'ambito della composizione negoziata²⁴⁶, passando non solo da una di tipo professionale a una ordinaria, ma limitando la responsabilità, invero, ai soli casi di dolo o colpa grave.

Ciò in quanto la vigilanza nel merito delle trattative (nei termini sopra visti) in un contesto di *pre-crisi*, rappresentando un'attività connotata da particolare straordinarietà rispetto a quella ordinaria di sindaco e di particolare difficoltà, evocherebbe, da un lato, i principi accennati del mandato gratuito²⁴⁷ (l'organo

²⁴⁴ V. sul punto la già menzionata (al precedente par. 4) Norma di comportamento del collegio sindacale di società non quotate n. 11.5.

²⁴⁵ V. precedente par. 4.

²⁴⁶ Così declinando quei «fatti o omissioni successivi alla predetta segnalazione» ai sensi della l. delega [art. 4, comma 1, lett. f)], ovvero sia *teleologicamente* ed *etiologicamente* connessi ad essa.

²⁴⁷ Non perché ovviamente si tratterebbe di attività amichevolmente svolta ma in quanto consisterebbe in attività ordinariamente non dovuta.

di controllo, in effetti, non ha, se si segue la tesi qui sostenuta, né il *dovere* di segnalare con «precocità» né di vigilare nel merito delle trattative), dall'altro, il concetto di «speciale difficoltà» di cui all'art. 2236 c.c.

Il che renderebbe, quindi, il meccanismo premiale in esame anche in armonia con il tessuto normativo civilistico nel quale naturalmente si innesta.

Di conseguenza ciò equivarrebbe, in sostanza, a rendere l'organo di controllo (e il revisore) che abbia *precocemente segnalato* ed abbia diligentemente vigilato sul generale andamento delle trattative, responsabile esclusivamente per i danni derivanti da atti o omissioni palesemente riscontrabili nel corso della composizione negoziata, e, quindi, pressoché soltanto per gli atti "segnalati" dall'esperto ex art. 21 CCII²⁴⁸.

Infine, occorre considerare l'ampio tenore dell'art. 25-*octies*, comma 2, CCII, rispetto, in particolare, al suo principale "antenato", l'art. 14 CCII vecchio testo, con la duplice conseguenza di, a differenza di quanto sostenibile in passato²⁴⁹: (i) poter estendere il meccanismo premiale in questione a tutte le tipologie di responsabilità dell'organo di controllo²⁵⁰ (verso la società, i creditori, i soci, i terzi e, come si vedrà nella parte finale del presente lavoro, anche quelle connesse all'attività di direzione e coordinamento²⁵¹), (ii) poter rilevare, se si condivide la relativa interpretazione qui proposta, sul piano della condotta e dell'elemento soggettivo, con possibili riflessi anche a fini penalistici.

Tuttavia poiché la norma, sempre a differenza del vecchio art. 14 CCII, non fa più espresso riferimento ad un esonero o esclusione dalla «responsabilità solidale», sembra essere venuto meno un argomento letterale che, unitamente al tenore dell'art. 4, comma 1, lett. f) l. delega n. 155 del 2017, avrebbe potuto consentire di declinare il meccanismo premiale in termini di trasformazione della responsabilità solidale dell'organo di controllo per gli atti o le omissioni di quello amministrativo²⁵² in responsabilità parziaria.

Ciò detto, fuori dagli atti *teleologicamente* ed *etiologicamente* connessi alla segnalazione, la responsabilità rimarrebbe, invece, piena, giusto il richiamo, contenuto al primo comma dell'art. 25-*octies* CCII, all'art. 2403 c.c., la cui (parziale) deroga qui illustrata parrebbe potersi giustificare, dunque, proprio grazie al secondo comma del medesimo art. 25-*octies* CCII ed al meccanismo premiale ivi previsto²⁵³.

²⁴⁸ Su cui v. sopra par. 4.

²⁴⁹ Cfr. Introduzione, par. 4.

²⁵⁰ Aspetto che, invero, occorrerebbe vagliare in termini di eccesso di delega, in ragione del tenore dell'art. 4, comma 1, lett. f) l. delega n. 155 del 2017.

²⁵¹ Cfr. parte II, cap. II, par. 6.

²⁵² Solidarietà, come detto, che riterrei tuttora esistente nel regime generale di cui all'art. 2407 c.c. nonostante la sua recente riforma (cfr. Introduzione, par. 7).

²⁵³ Per il resto della disciplina dovrebbero valere, anche a seguito del Correttivo-*ter*, gli analo-

Sicché, in conclusione, tale meccanismo premiale, anche alla luce della l. delega n. 155 del 2017, potrebbe:

(i) intervenire sino ad escludere tutte le responsabilità dell'organo di controllo ex art. 2407 c.c. (ossia verso la società, i creditori, i soci, i terzi e quelle connesse all'attività di direzione e coordinamento ex art. 2497, comma 2 c.c.), e non solo a fini civilistici,

ii) valere solo per gli atti e le omissioni degli *amministratori* e solo se *teleologicamente* ed *etiologicamente* connessi alla segnalazione, fermi restando gli altri doveri e poteri dell'organo di controllo,

iii) operare (a) solo in caso di *precoce* e *completo* adempimento (secondo un meccanismo di presunzioni illustrati nel presente capitolo) ad un articolato *procedimento segnalatorio* e ad un altrettanto articolato *procedimento di vigilanza integrato* sull'andamento delle trattative, (b) in termini di attenuazione del regime di diligenza richiesta con conseguente responsabilità nei soli limiti del *dolo* e della *colpa grave*.

Infine, sul punto, occorre ancora una succinta riflessione con riguardo alla già menzionata²⁵⁴ recente modifica dell'art. 2407 c.c. da parte della legge 14 marzo 2025, n. 35 che, tra altro, introduce appositi limiti di responsabilità connessi al compenso percepito.

Poiché la locuzione «*attenuazione o esclusione della responsabilità*» contenuta nel secondo comma dell'art. 25-*octies* CCII è preceduta (analogamente a quanto accaduto, *mutatis mutandis*, già per l'art. 15 d.l. n. 118 del 2021, prima della legge di conversione), non da un generico articolo indeterminativo, ma da una preposizione articolata («*dell'*») con ciò apparentemente alludendo a non meglio precisati istituti già noti o comunque presenti nell'ordinamento, riterrei sin d'ora opportuno porre in evidenza il rischio di un possibile equivoco interpretativo potenzialmente derivante dal mettere in connessione proprio tale locuzione con il nuovo testo dell'art. 2407 c.c., come se, appunto, la prima alludesse alle limitazioni di responsabilità contemplate dal tenore di quest'ultima.

Al di là dell'opportunità (*de jure condendo*), prima di chiudere troppo frettolosamente il cantiere delle riforme sul punto, di rimodulare forse più precisamente il tenore dell'art. 25-*octies* CCII, prendendo spunto, se si ritiene, da alcuni dei possibili risultati ermeneutici sopra proposti, e della problematicità, sotto più versanti, del nuovo art. 2407 c.c.²⁵⁵, riterrei non condivisibile, *de jure condi-*

ghi interrogativi già posti in precedenza con riguardo al precedente testo dell'art. 14 CCII ed al raffronto con le successive previsioni degli artt. 15 d.l. n. 118 del 2021 – ante intervento della legge di conversione – e 25-*octies* CCII ante Correttivo-*ter* (esclusi ovviamente quelli non evocati dal nuovo testo). V. Introduzione, par. 4 e 5.

²⁵⁴ V. le prime considerazioni svolte sul tema della solidarietà al paragrafo 7 dell'Introduzione.

²⁵⁵ Che non possono qui essere ulteriormente esplorate e su cui v. le recenti riflessioni, pur an-

to, l'interpretazione appena ipotizzata. Non sembra, infatti, possibile, a mio avviso, sia da un punto di vista storico (essendo la genesi delle norme in questione completamente diverso) sia teleologico - sistematico (l'art. 2407 c.c. è norma generale su cui al massimo può innestarsi l'art. 25-*octies* CCII e non il contrario) mettere in connessione le due norme sotto questo profilo e, quindi, ritenere che i limiti di responsabilità previsti dal nuovo testo dell'art. 2407 c.c. siano condizionati – anche solo nei casi di accesso alla composizione negoziata – al rispetto del secondo comma dell'art. 25-*octies* CCII (ossia all'avvenuta «precoca» – o «tempestiva» che sia – segnalazione e alla «vigilanza sull'andamento delle trattative»), posto che il meccanismo premiale di quest'ultima, integrati i relativi presupposti, dovrebbe aggiungersi al regime generale di cui all'art. 2407 c.c. piuttosto che sostituirsi o condizionarne l'operatività.

teriori al 12 marzo 2025, di L. MUTTINI, *La proposta di riforma del regime di responsabilità dei componenti del collegio sindacale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2024, 2058 ss. e di G. GUIZZI, *Lobbying e diritto societario: note critiche intorno alla proposta di riforma dell'art. 2407 c.c.*, cit., 251 ss. Oltre alla discutibilità, quantomeno in parte, delle premesse su cui si fonda l'intervento (presunta assenza di poteri reattivi dei sindaci, difficoltà assicurative, sproporzione tra compensi e responsabilità, ...), posto che non atterrebbero ad elementi normativi (ma più ad aspetti fattuali rilevanti più che altro per l'analisi economica del diritto), né appaiono del tutto corrette (come appunto l'assenza di poteri reattivi) né proprie dei sindaci (riguardando anche gli amministratori non esecutivi), il testo presenta evidenti criticità tecniche riassunte dai citati Autori ne: (i) l'irragionevolezza di escludere la colpa grave; (ii) il parametrare il *cap* di responsabilità al compenso «annuo» - e non di quello «complessivo» che, quindi, tenga conto della durata della carica di ciascuno - e «percepito», col paradosso dell'assenza di responsabilità in caso di mancato incasso del compenso; (iii) la scomparsa di qualsiasi riferimento alla responsabilità solidale (su cui v., però, le riflessioni succintamente sviluppate nel presente lavoro al paragrafo 7 dell'Introduzione); (iv) l'estensione del regime di prescrizione previsto per i revisori (foriero invero di per sé di aspetti problematici come mi è parso di poter sostenere a commento della recente sentenza della Corte costituzionale 1° luglio 2024, n. 115: *La prescrizione dell'azione sociale verso i revisori: "il re è nudo?"*, in *Giur.it.*, 2025, 583 ss.) anche ove il collegio sindacale non svolga tale funzione e, in ogni caso, anche per fatti non attinenti alla revisione legale dei conti; (v) la conseguente irragionevole disparità di trattamento tra la disciplina della responsabilità del collegio sindacale e quelle del consiglio di sorveglianza e del comitato per il controllo sulla gestione (ma anche – riterrei - del revisore non essendo stato modificato l'art. 15 del d.lgs. n. 39 del 2010 nonostante peraltro le note esigenze di limitazione di responsabilità di cui alla Racc. Comm. 2008/473/CE si riferissero proprio a questi ultimi).

Parte II

La segnalazione interna degli altri «organi di controllo» e nei gruppi di società

Capitolo I

La segnalazione interna degli altri «organi di controllo»: nei sistemi alternativi di *governance*, nella s.r.l. e nelle imprese «sotto soglia»

SOMMARIO. 1. La segnalazione interna nel sistema dualistico e nel sistema monistico. – 1.1. Premessa ed estensione analogica dell'art. 25-*octies* CCII. – 1.2. Il presupposto della segnalazione: valutazione e rilevazione nei sistemi alternativi di *governance*. – 1.3. La disciplina. – 1.3.1. La collegialità e la centralità della “*fase zero*” per il comitato per il controllo sulla gestione. – 1.3.2. Il procedimento segnalatorio. – 1.3.3. La vigilanza in pendenza delle trattative. – 1.3.4. Il meccanismo premiale in punto responsabilità. – 2. La segnalazione interna nella s.r.l. – 2.1. Nel sistema tradizionale. In particolare: il sindaco unico, il revisore legale e l'organo di controllo “atipico”. – 2.1.1. Il sindaco unico. – 2.1.2. Il revisore “unico”. – 2.1.3. L'organo di controllo “atipico”. – 2.2. Nei sistemi alternativi di *governance*. – 3. Nelle “altre” imprese (cenni). In particolare quelle cc.dd. «sotto soglia».

1. La segnalazione interna nel sistema dualistico e nel sistema monistico

1.1. Premessa ed estensione analogica dell'art. 25-*octies* CCII

Occorre ora proseguire l'analisi degli «organi di controllo» di società monade e, segnatamente, quelli dei sistemi alternativi di *governance* e della s.r.l. con un cenno finale alle imprese cc.dd. «sotto soglia» quale categoria concettuale trasversale, tra i diversi tipi societari e, quindi, di controllori, presa in specifica considerazione dal CCII, in una apposita norma (l'art. 25-*quater*).

Quanto ai primi, non sembrano sussistere dubbi sull'applicazione anche ad essi dell'art. 25-*octies* CCII¹.

Ciò, anzitutto, per l'incontrovertibile tenore letterale, posto che il richiamo all'«organo di controllo»², previsto espressamente dalla norma, inclusa la relati-

¹ Così già, in merito all'art. 15 d.l. n. 118 del 2021, la Relazione dell'Ufficio del Massimario n. 87 della Corte di Cassazione del 15 settembre 2022, p. 8.

² Non sembra, invece, possibile interpretare così estensivamente la locuzione tanto da farvi rientrare anche i consiglieri deleganti (in quanto tali) o particolari comitati interni al consiglio di amministrazione (così, seppur con riguardo al vecchio testo dell'art. 14 CCII, anche G. RIOLFO, *Codice della crisi d'impresa, meccanismi di allerta interni e sistema monistico: luci e ombre del modello alla luce di*

va rubrica, appare sufficientemente ampio e generico da riferirsi a qualunque organo (istituzionalmente disciplinato nel codice civile nell'ambito dei tre sistemi di *governance*) che rivesta tale funzione.

Inoltre, da un punto di vista teleologico, l'esigenza unionale dell'*early warning* appare comune a tutte le imprese a prescindere dal sistema di *governance* e dal tipo societario prescelti.

A tale interpretazione non sembra poter ostare, a mio sommosso avviso, non solo il tenore letterale della legge delega che, specie con riguardo, come si è visto, al meccanismo premiale sulla responsabilità menziona espressamente i «sindaci» [art. 4, comma 1, lett. f), l. n. 155 del 2017], ma anche lo stesso CCII allorché, con riguardo alla segnalazione dei creditori pubblici qualificati, fa espresso riferimento al «presidente del collegio sindacale» (art. 25-*novies* CCII): sarebbero, infatti, nuovamente i medesimi argomenti teleologici (e, invero, nel primo caso, anche una lettura costituzionalmente orientata della norma volta ad evitare disparità di trattamento irragionevoli in punto responsabilità), a suggerire l'estensione analogica della norma ai controllori dei sistemi alternativi di *governance*, peraltro avallata, in via sistematica, nell'ambito più generale del Codice civile, anche dall'art. 223-*septies* disp. att. c.c.³.

Se ciò, dunque, potrebbe anche apparire piuttosto scontato, più incerta sembra, tenuto conto della diversità dei poteri di collegio sindacale, consiglio di sorveglianza e comitato per il controllo sulla gestione, la declinazione della *tesi del presupposto cangiante* e, più in generale, la disciplina dell'istituto in esame, nei modelli alternativi di *governance*.

tali novità normative, in *Contr. e impr.*, 2021, 108 ss. che, in ogni caso, ritiene opportuno sviluppare qualche riflessione sul dovere degli organi deleganti di segnalare gli indizi della crisi ai delegati) o altri soggetti (eventualmente introdotti nell'apparato aziendale) deputati al controllo interno. Il richiamo all'«organo» contenuto nella norma (e non solo nella rubrica) ed il riferimento all'art. «2407 c.c.» nel suo secondo comma, unitamente alla ricostruzione storica della genesi della norma, a partire dalla legge delega che contempla i «sindaci» [ricostruzione da ultimo corroborata dalla relazione illustrativa al Correttivo-*ter* che espressamente fa riferimento al «collegio sindacale»: (p. 26)], suggeriscono, invece, lo stretto riferimento al collegio sindacale ed agli organi istituzionalmente deputati al controllo nei vari tipi societari e nei tre sistemi di *governance* esistenti (su cui v. subito nel testo).

³ A mente del quale, come noto, «[s]e non diversamente disposto, le norme del codice civile che fanno riferimento agli amministratori e ai sindaci trovano applicazione, in quanto compatibili, anche ai componenti del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza, per le società che abbiano adottato il sistema dualistico, e ai componenti del consiglio di amministrazione e ai componenti del comitato per il controllo sulla gestione, per le società che abbiano adottato il sistema monistico.

Ogni riferimento al collegio sindacale o ai sindaci presente nelle leggi speciali è da intendersi effettuato anche al consiglio di sorveglianza e al comitato per il controllo sulla gestione o ai loro componenti, ove compatibile con le specificità di tali organi».

Norma che, seppur già presente nell'impianto del Codice civile al momento dell'approvazione del CCII, in effetti, esprime un concetto di analogia tra organi di controllo nei limiti della compatibilità: e la funzione di controllo appare certamente il minimo comun denominatore tra collegio sindacale, consiglio di sorveglianza e comitato per il controllo sulla gestione.

1.2. Il presupposto della segnalazione: valutazione e rilevazione nei sistemi alternativi di governance

In primo luogo, occorre esaminare i criteri e le modalità di rilevazione del presupposto della segnalazione e, quindi, la tipologia di valutazioni richieste ai componenti di tali organi, declinando, pertanto, in tali sistemi di *governance* la descritta tesi del *presupposto cangiante*.

Come sopra visto⁴, alla luce dei dati tecnici ricavabili dagli assetti, dalle interloquazioni con l'organo amministrativo (a partire della c.d. “fase zero”) ed eventualmente dalle apposite ispezioni *ex art.* 2403-*bis* c.c. nonché dagli scambi di informazioni con il revisore *ex art.* 209-*septies* c.c., l'organo di controllo, in presenza del requisito dello *squilibrio significativo* (lo stadio della *pre-crisi*, della *crisi* o dell'*insolvenza*), dovrebbe ritenere sussistente anche quello del *ragionevole risanamento* e, quindi, procedere con la segnalazione *ex art.* 25-*octies* CCII, tutte le volte in cui non risulti manifestamente *irragionevole* che, all'esito della composizione negoziata:

(i) se si segue la tesi “*super-estensiva moderata*”⁵, possa conseguirsi un *risanamento anche solo soggettivo* dell'imprenditore;

(ii) se si segue la tesi “*estensiva*”, possa conseguirsi un *risanamento oggettivo* (anche in termini di continuità indiretta) dell'impresa.

In entrambi i casi purché ciò avvenga nel rispetto del *best-interest-of-creditors test* descritto, ossia in maniera non deteriore (o, per i crediti tributari, migliore⁶) rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale.

Così, si è anche sopra sostenuto che a ciò non osterebbe la condivisibile osservazione per cui la sussistenza del requisito del *ragionevole risanamento* richiederebbe una valutazione positiva in termini di concretezza (arg. *ex art.* 17, commi 5 e 21, CCII) e non di mera assenza di manifesta inettitudine⁷, posto che tale valutazione positiva dovrebbe orientare, per la tesi del *presupposto cangiante*⁸, il gestore e non l'organo di controllo.

Ebbene, questa impostazione, che si è sostenuta a proposito del collegio sindacale, parrebbe dover valere *a fortiori* per il consiglio di sorveglianza.

Infatti, si potrebbe sostenere che tale organo presenti, nella sua versione di *default*, persino un possibile depotenziamento del momento valutativo e, ancor

⁴ Parte I, cap. I, par. 4.3.

⁵ Parte I, cap. I, par. 3.2.4, 3.3.

⁶ Sempre ove non si seguisse l'interpretazione correttiva suggerita del nuovo comma 2-*bis* dell'art. 23 CCII così come modificato dal Correttivo-*ter* per cui il giudizio di «convenienza» dovrebbe ritenersi limitato ai piani meramente liquidatori (v. parte I, cap. I, par. 3.3 e 4.3).

⁷ Così v. Trib. Lecco, 2 gennaio 2023, in *Diritto della crisi*.

⁸ V. parte I, cap. I, par. 4.

prima, dell'effettiva rilevazione del presupposto della segnalazione. Ciò in quanto l'art. 2409-*quaterdecies* c.c., nel richiamare il comma secondo e terzo dell'art. 2403-*bis* c.c., appare (volutamente⁹) escludere il relativo comma primo che prevede il potere dei sindaci di procedere individualmente con atti di ispezione¹⁰. Per questa ragione la tesi del *presupposto cangiante* potrebbe ricevere, in tale modello di *governance*, una più intensa connotazione, imponendo presumibilmente un minor rigore nell'illustrato giudizio di *non (manifesta) irragionevolezza del risanamento*, non potendo i consiglieri di sorveglianza, in assenza di diverse previsioni statutarie, approfondire mediante ispezioni quanto emerge dagli assetti e dalle informazioni ricevute dall'organo amministrativo e dal revisore ai sensi degli artt. 2403-*bis*, comma 2, e 2409-*septies*, c.c. richiamati – questi sì – dall'art. 2409-*quaterdecies* c.c.

A tali conclusioni non sembrano ostare né le competenze di c.d. “alta direzione” eventualmente affidate statutariamente al consiglio di sorveglianza¹¹ né, più in generale, il loro istituzionale potere di revoca dei consiglieri di gestione *ex* art. 2409-*terdecies*, comma 1, lett. a), c.c.¹².

Ciò per le seguenti ragioni.

In primo luogo, dovrebbe essere considerato l'espresso richiamo all'art. 2403 c.c. da parte dell'art. 2409-*terdecies*, comma 1, lett. c), che evoca, pur sempre, il controllo di legittimità sostanziale o, al più di correttezza e adeguatezza amministrativa, dei sindaci¹³.

In secondo luogo, anche a voler ampliare le maglie di tale controllo al merito gestorio, giusto il potere di revoca dei consiglieri di gestione, dovrebbe pur sempre essere valorizzata la distinzione ontologica e tipologica tra consiglio di sorveglianza e consiglio di gestione: a differenza, come si vedrà oltre, del comitato per il controllo sulla gestione del sistema monistico, il primo non è composto

⁹ Il che non consentirebbe di estenderne l'applicazione nemmeno per il tramite dell'art. 223-*septies* disp. att. c.c.

¹⁰ Ciò diversamente dalle quotate *ex* art. 151, comma 4, TUF. Come detto, la disciplina delle società quotate non è oggetto del presente lavoro, tuttavia, ai fini del tentativo ricostruttivo qui sviluppato appare utile per taluni segmenti di normativa operare un raffronto con la disciplina del TUF.

¹¹ *Ex* art. 2409-*terdecies*, comma 1, lett. f-*bis*), su cui cfr., per tutti, V. CARIELLO, *Il sistema dualistico*, Torino, 2012, ID., *Il sistema dualistico. Vincoli tipologici e autonomia statutaria*, Milano, 2009, 166 ss., P. MONTALENTI, *Il modello dualistico: alta amministrazione e funzioni di controllo tra autonomia privata e regole imperative*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, 697, ID., *Conflitto di interessi e funzione di controllo: collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, revisori*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 555, U. TOMBARI, *Sistema dualistico e potere di «alta amministrazione» del consiglio di sorveglianza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, 717.

¹² M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, cit., 297 afferma che il consiglio di sorveglianza sarebbe organo sovraordinato a quello di gestione in quanto ne nomina e revoca i componenti e può agire, verso questi, in responsabilità.

¹³ P. MONTALENTI, *Il sistema dei controlli societari*, cit., 2175 ss.

da amministratori. E, nella prospettiva della segnalazione, potere di revoca e di “alta direzione” sembrano destinate in ogni caso ad incidere sul piano della vigilanza, dell’approvazione, dell’autorizzazione o, al più, dell’indirizzo (*a monte*)¹⁴ dell’operato altrui (ovvero dei consiglieri di gestione) ma non su quello della gestione, non partecipando concretamente e direttamente all’attività di amministrazione *a valle*. Argomento che parrebbe avvalorato anche dalla mera facoltà (e non l’obbligo) di partecipare alle adunanze del consiglio di gestione *ex art.* 2409-terdecies, comma 4, c.c.¹⁵.

Aspetti, questi, che dovrebbero rappresentare, dunque, la “neutralità” del modello in esame rispetto alla valutazione del presupposto della segnalazione *ex art.* 25-octies CCII e, più precisamente, del *ragionevole risanamento*, mentre, come si vedrà oltre, dovrebbe fornire ai consiglieri di sorveglianza una maggiore capacità di interlocuzione nell’ambito del *procedimento segnalatorio* e, più precisamente, nel sindacare il riscontro dei consiglieri di gestione alla segnalazione.

Quanto, invece, al comitato per il controllo sulla gestione, occorrerebbe, di contro, proprio evidenziare la peculiarità della qualità di amministratori dei suoi membri¹⁶. Conseguentemente potrebbe sostenersi che la rilevazione e la valuta-

¹⁴ Infatti, anche seguendo la tesi che valorizza il termine «deliberazione» previsto all’art. 2409-terdecies, comma 1, lett. f-bis) e per cui non si tratterebbe di mera attività autorizzativa ma di vere e proprie decisioni del consiglio di sorveglianza (così, ad esempio, P. MONTALENTI, *Il modello dualistico: alta amministrazione e funzioni di controllo tra autonomia privata e regole imperative*, cit., 698, U. TOMBARI, *op. ult. cit.*, 721, M. LIBERTINI, *La funzione di controllo nell’organizzazione della società per azioni*, in AA.VV., *Dialogo sul sistema dei controlli nelle società*, a cura di P. Abbadessa, Torino, 2015, 36 ss.; *contra* V. CARIELLO, *Il sistema dualistico*, in AA.VV., *Diritto dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, a cura di N. Abriani, V. Cariello, 1, Torino, 2012, 372), sembra evidente come si tratti pur sempre di attività strategiche e programmatiche più che esecutive, le cui sole paiono rilevare sul piano diagnostico e della rilevazione del presupposto “composito” della segnalazione.

¹⁵ Differenze significative si rinvencono con le società quotate (v., ad esempio, il diverso tenore dell’art. 149, comma 2, TUF richiamato dal comma 4-bis).

¹⁶ Per una panoramica degli aspetti più problematici di tale qualità dei componenti del comitato si rinvia, tra i lavori più recenti, a L.A. BIANCHI, *Il modello monistico è più efficiente di quello tradizionale? Appunti per una ricerca*, in AA.VV., *S.p.A. e sistema monistico: Tu vuoi fa’ l’americano*, a cura di M. Cera, G. Presti, in *Analisi giuridica dell’economia*, 2016, 23 ss., G.D. MOSCO, S. LOPREIATO, *Brevi note su opportunità e limiti attuali del sistema monistico*, ivi, 35 ss., N. ABRIANI, *Indipendenza e autonomia del Comitato per il controllo sulla gestione tra disciplina legale e regole statutarie*, ivi, 145 ss., P. VALENSISE, *Spigolature sul comitato per il controllo sulla gestione del sistema monistico, con particolare riguardo alle società per azioni quotate in borsa*, ivi, 175 ss., M. CERA, *Difesa del sistema dualistico italiano* (pas encore un éloge funèbre?), ivi, 245 ss. nonché ai contributi di F. MANCUSO, *sub art.* 2409 *sexiesdecies-noviesdecies*, in AA.VV., *Le società per azioni*, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, Milano, 2016, 1960 ss., T. DI MARCELLO, *Sistema monistico e organizzazione delle società di capitali*, Milano, 2013, N. ABRIANI, *Il sistema monistico*, in AA.VV., *Le società per azioni*, a cura di N. Abriani, O. Cagnasso, P. Montalenti, S. Ambrosini, in *Tratt. dir. comm. Cottino*, IV, 1, Assago, 2010, 873 ss.; M.C. BREIDA, *Il modello monistico*, in *Il*

zione del *ragionevole risanamento* non possa essere declinata alla stregua della tesi del *presupposto cangiante*, quantomeno non nei medesimi termini (negativi) descritti per il collegio sindacale ed il consiglio di sorveglianza. Ciò, in quanto, proprio l'essenza gestoria dei suoi componenti farebbe venir meno la stessa premessa principale di tale tesi.

Riterrei necessarie, tuttavia, alcune precisazioni. Infatti, se è vero, anzitutto, che i componenti del comitato sono amministratori, è altrettanto vero che essi sono necessariamente non esecutivi *ex art. 2409-octiesdecies* CCII. Sicché se, da un lato, sono destinati, anche per funzione, ad avere maggiori informazioni rispetto ai sindaci, in quanto non solo dotati dei medesimi poteri istruttori¹⁷, ma anche titolari di specifici poteri di interlocuzione con i delegati, potendo anche – secondo alcuni Autori – sindacare nel merito¹⁸ l'attività gestoria¹⁹, dall'altro,

nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2009, 741 ss.

¹⁷ Lo si ricava – come noto – sistematicamente e logicamente dall'espresso richiamo dell'art. 2408 c.c. da parte dell'art. 2409-octiesdecies c.c.: il potere di indagine e di informativa all'assemblea, evocati dalla norma, non potrebbe che presupporre l'esistenza di poteri istruttori effettivi e, quindi, anche per il tramite dell'art. 223-septies c.c., dei poteri di cui all'art. 2403-bis c.c. (poteri, peraltro, espressamente contemplati per le quotate dall'art. 151-ter TUF). Sul punto v., per una sintesi, A. BERTOLOTTI, *I controlli nelle s.p.a.*, Bologna, 2018, 381.

¹⁸ Così, ad esempio: G. RIOLFO, *op. ult. cit.*, 108 ss.; N. ABRIANI, *op. ult. cit.*, 880. Finendo in tal modo per «assommare le funzioni specifiche del collegio sindacale con quelle affidate agli amministratori non esecutivi» (D. REGOLI, *La funzione di controllo nel sistema monistico*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 589 ss.). *Contra* (ma sembra sul profilo dell'autonomia dell'organo posto che cerca di individuare un *quid* che distingua i poteri-doveri dei componenti del comitato dagli amministratori non esecutivi) A. BERTOLOTTI, *op. cit.*, 377 nonché (ma pare nel senso di non attribuire poteri di indirizzo al comitato) M. LIBERTINI, *La funzione di controllo nell'organizzazione delle società per azioni, con particolare riguardo ai c.d. sistemi alternativi*, in *Riv. dir. soc.*, 2014, 28. V. anche i dubbi sollevati da L.A. BIANCHI, *Il modello monistico è più efficiente di quello tradizionale?*, in AA.VV., *S.p.A. e sistema monistico: Tu vuoi fa' l'americano*, cit., 29 ss.

¹⁹ Si osserva, infatti, che il comitato per il controllo si troverebbe in una posizione privilegiata dal punto di vista informativo (G. RIOLFO, *op. ult. cit.*, 108 ss. nonché G. PETROBONI, *Il sistema monistico: una proposta di lettura a partire dalle regole relative alla responsabilità*, in *Riv. dir. soc.*, 2017, 1003 ss.). Si è parlato, al proposito, di «compenetrazione tra organo di amministrazione e controllo» e di «efficienza attraverso un monitoraggio costante sull'operato dei gestori e, quindi, rispetto al sistema tradizionale [...] una vigilanza più ampia nonché concepita in una logica naturalmente preventiva, in quanto affidata ad amministratori» (P. VALENSISE, *Spigolature sul comitato per il controllo sulla gestione del sistema monistico, con particolare riguardo alle società per azioni quotate in borsa*, in AA.VV., *S.p.A. e sistema monistico: Tu vuoi fa' l'americano*, cit., 175 ss.). Ciò non tanto per la partecipazione alle adunanze del consiglio di amministrazione (anche i sindaci vi sono tenuti) ma per il loro «diritto – dovere di partecipare al dibattito consiliare, di ravvivarlo sulla scorta delle informazioni di cui [...] dispongono per effetto dell'esercizio dei propri compiti e anche a seguito della richiesta di ulteriori chiarimenti e precisazioni agli esecutivi, oltre che un diritto di voce e di «reazione» in fase deliberativa» [D. REGOLI, *sub art. 151 ter*, in AA.VV., *Il testo unico della finanza*, Torino, 2012, 2061 ss. (sul punto specifico TUF e Codice civile non divergono)].

nemmeno loro hanno il “polso” del *day to day business*, non potendo appunto, rivestire, ruoli esecutivi. Pertanto, sembra potersi sostenere che la valutazione del requisito del *ragionevole risanamento* e, quindi, in ultima istanza, del presupposto della segnalazione, possa al più passare, nel sistema monistico, da una di tipo meramente negativo (ovverosia in termini di assenza di manifesta irragionevolezza come sarebbe, secondo la tesi qui sostenuta, quella che compete ai sindaci ed ai consiglieri di sorveglianza) a una positiva di *ragionevolezza*.

La conseguenza, in termini pratici, consisterebbe in una maggiore severità nei confronti dei componenti del comitato con possibile ampliamento delle relative responsabilità nei casi di segnalazioni anzitutto infondate (per, ad esempio, aggravamento del dissesto derivante dall'inutile ricorso alla composizione negoziata).

Quanto precede si riverbera necessariamente anche sulle modalità di *rilevazione* del presupposto e, segnatamente, sulla sua «tempestività», in particolare, sul meccanismo presuntivo di «tempestività» (nella duplice accezione di «puntualità» e «precocità»²⁰) dell'intera sequenza *materializzazione – emersione – rilevazione (valutazione) – segnalazione* sopra sostenuto con riguardo al collegio sindacale²¹.

Ebbene, riterrei che tale meccanismo possa trovare applicazione (e, come visto, *a fortiori*), per le medesime ragioni appena illustrate, a partire dall'analogo ruolo di vigilanza [v. il richiamo all'art. 2403 c.c. da parte dell'art. 2409-*terdecies*, comma 1, lett. c)], anche per il consiglio di sorveglianza (nella versione di *default*²²), mentre qualche ulteriore precisazione sul comitato per il controllo sulla gestione appare anche in tal caso opportuna. Infatti, sembrerebbe pur sempre necessario valorizzare la natura di *Giano bifronte* dei suoi membri, rammentando però, parimenti, il loro ruolo di amministratori non esecutivi. Sicché riterrei che, essendo la loro attività di controllo pur sempre indiretta e di secondo grado, possa valere anche per tale organo il meccanismo presuntivo sostenuto ma l'adeguatezza degli assetti (che è uno degli indizi fondamentali *ex* art. 2729 c.c. del descritto meccanismo presuntivo) dovrebbe essere valutata con maggior rigore stante la loro natura di amministratori ed il tenore dell'art. 2409-*octiesdecies*, comma 5, c.c., che contempla lo specifico riferimento al sistema di controllo interno²³.

²⁰ V., parte I, cap. II, par. 2 e 5.

²¹ V. parte I, cap. II, par. 2.1, 2.2 e 2.3.

²² È evidente che le considerazioni in questione potrebbero divergere nel caso in cui al consiglio di sorveglianza (ma anche al comitato per il controllo sulla gestione) fossero attribuiti statutariamente ulteriori poteri e competenze come la stessa legge appare consentire.

²³ Il che corrobora ulteriormente l'illustrata tesi della maggiore severità richiesta in punto tempestività della rilevazione del presupposto della segnalazione in tale sistema, in quanto l'efficienza dei sistemi di controllo rappresenta lo snodo fondamentale dell'allerta idoneo a ridurre lo iato

Richiamando, per il resto delle considerazioni sui temi della valutazione e della rilevazione del presupposto, quanto già visto per il collegio sindacale²⁴, occorre, infine, ricordare il richiamo dell'art. 25-*novies* CCII al solo presidente del collegio sindacale: per le medesime ragioni sistematiche e teleologiche sopra viste, sembra sostenibile che le segnalazioni dei creditori pubblici qualificati *ex art. 25-novies* CCII debbano essere indirizzate anche al presidente del consiglio di sorveglianza e del comitato per il controllo sulla gestione. L'art. 25-*decies* CCII richiama, invece, neutralmente gli «organi di controllo societari», non ingenerando, dunque, su questo profilo, alcuna ambiguità o incertezza²⁵.

1.3. La disciplina

Passando alla disciplina della segnalazione, non sembra che i tratti essenziali del consiglio di sorveglianza e del comitato per il controllo sulla gestione impongano rilevanti differenze rispetto a quanto sopra esaminato con riguardo al collegio sindacale²⁶. Pertanto, in larga parte possono richiamarsi le considerazioni già svolte nelle precedenti pagine a proposito di quest'ultimo, salvo alcuni specifici accorgimenti di seguito illustrati in considerazione delle diversità tra i diversi sistemi di *governance*.

1.3.1. La collegialità e la centralità della “fase zero” per il comitato per il controllo sulla gestione

Partendo dalla decisione sulla segnalazione, in entrambi i casi dovrebbe valere la regola della collegialità essendo sia il consiglio di sorveglianza che il comitato per il controllo organi collegiali.

Parimenti dovrebbero estendersi le considerazioni svolte sul componente

temporale tra il momento della *materializzazione* e quello della *rilevazione*. Peraltro non sembra peregrino estendere, in chiave sistematica, logica e teleologica, nonché ai sensi del combinato disposto degli artt. 223-*septies* disp. att. c.c. e, appunto, 2409-*octiesdecies*, comma 5, lett. b), anche al comitato di società non quotate gli artt. 150, commi 4 e 5 TUF che prevedono che tale organo è destinatario delle informazioni provenienti dai preposti al controllo interno.

²⁴ Cfr. parte I, cap. II, par. 2.

²⁵ V., per entrambi, parte I, cap. II, par. 2.5. Invero qualche dubbio potrebbe generare l'impiego del plurale, dovendocisi domandare se la norma intenda riferirsi ai possibili diversi organi di controllo societari di una medesima società, il che però creerebbe alcune difficoltà di individuazione o, più in generale, agli organi di controllo societari onde individuare il *genus* dei destinatari. Al di là della non felice coerenza lessicale (ad esempio, l'art. 25-*novies* CCII, come visto, fa riferimento, invece, al singolare, al «presidente» del «collegio sindacale») sembra essere quest'ultima l'interpretazione più convincente, in considerazione della coerenza sistematica del riferimento agli organi di controllo istituzionali di ciascun modello di *governance*.

²⁶ Parte I, cap. II.

dissenziante anche in punto responsabilità e revoca, inclusa l'esigenza della connessa verbalizzazione del dissenso, giusto il richiamo, rispettivamente, degli artt. 2409-*quaterdecies*, comma 1, e 2409-*octiesdecies*, ultimo comma, c.c. all'art. 2404 c.c.²⁷.

Con la precisazione che per il membro del comitato per il controllo dovrebbe procedersi anche alla verbalizzazione del dissenso nel verbale del consiglio di amministrazione *ex* art. 2392, comma 3, c.c.²⁸ per ogni decisione connessa alla segnalazione, incluse quelle adottate nel corso di quella che, in tale sistema di *governance*, dovrebbe rappresentare la fase, a mio avviso, principale e forse più intensa in relazione alla materia che ci occupa: la c.d. “fase zero”, momento nel quale, come sopra visto, in sostanza l'organo di controllo dovrebbe informare quello amministrativo dell'inizio delle proprie verifiche e valutazioni sull'esistenza dei presupposti per procedere con la segnalazione e che opererebbe da segnare di «preallarme, consentendo agli amministratori di individuare elementi e circostanze eventualmente ostative all'apertura della procedura [*recte*, percorso, n.d.r.] e, ai sindaci [*recte*, in tal caso, ai membri del comitato per il controllo sulla gestione, ndr], di avere un quadro esaustivo della situazione della società», consentendo «al collegio sindacale [*recte*, comitato per il controllo sulla gestione, ndr] un impiego più consapevole dell'allerta»²⁹. Sembra evidente che, in tale sistema, la duplice qualità di amministratori e di controllori dei membri del comitato spinga questa fase a momento principale di confronto, forse potendo pressoché assorbire tutto l'*iter* valutativo prodromico alla segnalazione.

Sicché potrebbe persino dirsi che, in tale sistema, la segnalazione *ex* art. 25-*octies* CCII rappresenti: (i) già un evidente momento di contrasto con gli amministratori esecutivi poiché, se questi avessero colto le preve suggestioni del comitato nei consigli di amministrazione (cui partecipano attivamente anche i relativi membri in quanto amministratori), non avrebbero dovuto attendere la segnalazione, la quale, dunque, funzionerebbe come sorta di diffida destinata a necessariamente comprimere, come si vedrà oltre, in questo modello di *governance*, il *procedimento segnalatorio* o, viceversa, (ii) una lacunosa dialettica endosocietaria, a partire dall'omissione della stessa “fase zero” o (iii) un mero formalismo per beneficiare del meccanismo premiale di attenuazione o esclusione da responsabilità (su cui v. oltre).

1.3.2. Il procedimento segnalatorio

Quanto alla forma ed al contenuto della segnalazione, se si condivide l'estensione dell'art. 25-*octies* CCII ai modelli di *governance* in esame, dovrebbero

²⁷ Parte I, cap. II, par. 3.1.

²⁸ Ed alla comunicazione al presidente del comitato.

²⁹ R. RUSSO, *Collegio sindacale e impresa in crisi*, cit., 202-203 e ivi rff.

parimenti valere le medesime considerazioni sul punto svolte per il collegio sindacale, non prevedendo la norma aspetti di disciplina esclusivamente riferibili a quest'ultimo.

Diversi appaiono, invece, i profili (i) del *procedimento segnalatorio*, (ii) della vigilanza durante le trattative e (iii) del meccanismo premiale di responsabilità.

Andiamo per ordine.

Partendo dal primo, sembra doversi anzitutto evidenziare, con riguardo al consiglio di sorveglianza, la rilevanza del potere di revoca dell'organo gestorio che la legge gli attribuisce [art. 2409-*terdecies*, comma 1, lett. a), c.c.], rilevanza che diverrebbe intuitivamente ancora maggiore nel caso di attribuzione del potere di "alta direzione" *ex* art. 2409-*terdecies*, comma 1, lett. f-*bis*), c.c. Tali poteri, infatti, parrebbero destinati ad incidere in maniera decisiva sulla capacità del consiglio di sorveglianza di imporsi nella dialettica endosocietaria sul consiglio di gestione potendo spingersi, successivamente alla segnalazione, a valutare nel merito (e, in sostanza, ad imporre) i riscontri dell'organo gestorio³⁰. Il che potrebbe riverberare rilevanti effetti sulla ricostruzione del nesso di causa in eventuali giudizi di responsabilità, potendo i suoi poteri di revoca, in una valutazione prognostica, essere considerati effettivamente idonei ad incidere sulla condotta gestoria più efficacemente e prontamente di quelli del collegio sindacale (il quale per ottenere la revoca dell'organo amministrativo deve passare, in caso di inerzia dell'assemblea all'uopo eventualmente convocata, necessariamente dal ben più complesso – e costoso³¹ – controllo giudiziario *ex* art. 2409 c.c.).

Pertanto, sembra potersi concludere sul punto che nei casi di omesso o inadeguato riscontro alla segnalazione (anche nel merito, ma nei limiti delle informazioni note al consiglio di sorveglianza, che non è composto da amministratori, a differenza del comitato per il controllo sulla gestione del monistico) tale organo di controllo potrebbe revocare gli amministratori (o anche solo prospettare loro di farlo) integrando tali condotte, a mio avviso, sicure ipotesi di giusta causa³².

³⁰ Si pensi, ad esempio, ma questo appare, oggi, un profilo ancora inesplorato e che esorbita dagli obiettivi del presente lavoro, al caso che lo statuto preveda il compito di deliberare i piani di risanamento in capo al consiglio di sorveglianza per il tramite, appunto, della competenza di cui all'art. 2409-*terdecies*, comma 1, lett. f-*bis*), c.c.

³¹ È ovvio, lato pratico, che i sindaci si potrebbero trovare normalmente costretti ad anticipare, quando non, effettivamente, a sostenere, i costi anche dell'assistenza legale.

³² Qui il profilo del sindacato di merito è destinato a giocare un ruolo ambiguo che sarebbe opportuno adeguatamente perimetrare. L'inadeguatezza del riscontro, infatti, dovrebbe pur sempre essere scrutinata, ai fini della giusta causa di revoca del consigliere di gestione, nei limiti della *business judgment rule*, pur legata alla discrezionalità tecnica e vincolata nei termini già sopra visti (parte I, cap. I, par. 4.2 e 4.3), se del caso verificando la pertinenza del riscontro con piani già adottati ed anche approvati dal consiglio di sorveglianza *ex* art. 2409-*terdecies*, comma 1, lett. f-*bis*) (v. le succinte considerazioni nella nota n. 30 che precede). Di contro se il riscontro non sarà "politicamente" gradito dai consiglieri di sorveglianza, come mera scelta gestoria, ma adeguata nei

Solo ove non fosse percorribile tale soluzione, ad esempio, per timore di subire una revoca da parte dell'assemblea (magari proprio abusiva e volta ad impedire l'esercizio di tale facoltà)³³ e/o per impossibilità di nominare prontamente un nuovo *management*, il consiglio di sorveglianza potrebbe ricorrere all'art. 2409 c.c. Invero, si tratta di ipotesi tutt'altro che marginali e che impongono, come si vedrà a breve, alcune riflessioni interpretative sulla giusta causa di revoca dei consiglieri di sorveglianza.

Parimenti sembra possibile richiamare quanto sopra proposto per il collegio sindacale³⁴, con riguardo: (i) alla dialettica con il revisore, tenuto peraltro conto dell'obbligatorietà della sua nomina in tale sistema (art. 2409-*quinquiesdecies* c.c.), del richiamo alla diligenza professionale (quella «richiesta dalla natura dell'incarico» ex art. 2409-*terdecies*, comma 3, c.c.)³⁵ e dell'art. 2409-*septies* sullo scambio di informazioni con il revisore (richiamato dall'art. 2409-*quaterdecies* c.c.), (ii) alla riservatezza evocata dallo stesso percorso di composizione negoziata a prescindere dall'assenza di una specifica previsione nella disciplina del consiglio di sorveglianza analoga a quella del collegio sindacale ex art. 2407, comma 1, c.c.

Una precisazione richiedono invece, come preannunciato, gli effetti della segnalazione sulla stabilità della carica del consigliere di sorveglianza.

Se, in linea generale, potrebbero valere le medesime considerazioni sopra sviluppate per il collegio sindacale³⁶, l'assenza della necessità della giusta causa ai fini dell'efficacia della sua revoca (art. 2409-*duodecies*, comma 5, c.c.) potrebbe, come appena visto, depotenziare l'istituto della segnalazione (imponendo, in concreto, il ricorso all'art. 2409 c.c. nel caso di timore di tale revoca con evidenti destabilizzazione degli equilibri societari).

Due appaiono però le possibili soluzioni.

Una potrebbe consistere nell'estensione analogica della «stabilizzazione» di cui all'art. 120-*bis* CCII che prevede che gli amministratori non possano essere revocati a causa della scelta di accedere ad un ben più penetrante³⁷ strumento di

predetti termini, la conseguente eventuale revoca (basata esclusivamente su tale ragione), pur valida ed efficace, non sembrerebbe potersi ritenere sorretta, ai fini risarcitori, da giusta causa.

³³ Il che potrebbe rendere persino inopportuno il coinvolgimento dell'assemblea da parte del consiglio di sorveglianza, ex art. 2406 c.c. nei casi di omesso o inadeguato riscontro alla segnalazione da parte del consiglio di gestione. Tuttavia, la valutazione sarà piuttosto delicata posto che la revoca di un consigliere di gestione senza aver previamente consultato i soci potrebbe esporre, proprio per tale aspetto, il consigliere di sorveglianza a revoca se del caso anche per giusta causa.

³⁴ Parte I, cap. II, par. 3.3.3.3 e 3.3.3.4.

³⁵ A differenza dell'art. 2407 c.c. non è, invece, richiamata la «professionalità» (che nulla ha a che vedere, come noto, con il tipo ed il grado di diligenza richiesti) considerata la peculiarità della loro figura non tecnica (A. BERTOLOTI, *op. ult. cit.*, 344-345).

³⁶ Parte I, cap. II, par. 3.3.3.4. Ciò, in particolare, sulla possibilità di revoca per giusta causa per le segnalazioni comunicate con colpa grave o quantomeno temerarie e in mala fede.

³⁷ Rispetto al percorso riservato della composizione negoziata.

regolazione della crisi e dell'insolvenza. Le due situazioni, in effetti, parrebbero analoghe, anzi, sembrerebbero esservi maggiori ragioni di tutela del consigliere di sorveglianza rispetto al contesto dell'art. 120-*bis* CCII, posto che, da un lato, si tratta di organo di controllo che, invero, hanno soltanto deciso di segnalare, dall'altro, la composizione negoziata è certamente meno impattante anche solo sul piano reputazionale – stante anche la riservatezza di cui è connotata – rispetto a qualsiasi altro strumento di regolazione della crisi. Conseguentemente, la disparità di trattamento tra le due situazioni, pur trattandosi di organi differenti, ma, in punto revoca, analogamente disciplinati, potrebbe rivelarsi ingiustificata. Pertanto, per questa via, potrebbe sostenersi l'inamovibilità dei consiglieri di sorveglianza (in assenza di giusta causa) nel caso di segnalazione *ex art. 25-octies* CCII, quantomeno per tutta la durata del percorso di composizione negoziata.

Invero, la soluzione rischia di provare troppo, poiché non si tratta di utilizzare la norma ai fini di una interpretazione sistematica e teleologica della giusta causa della revoca, come sopra fatto per i sindaci, ma di estenderla analogicamente ad una fattispecie che, però, al di là dei tratti di possibile somiglianza, si presenta differente. Il che renderebbe difficile tale estensione analogica ai sensi dell'art. 12 delle preleggi che, come noto, vietano l'analogia per le norme eccezionali e speciali, come è quella di specie, che conferisce una peculiare stabilizzazione esclusivamente all'organo gestorio.

Conseguentemente, parrebbe maggiormente sostenibile un'interpretazione alternativa, finalizzata all'impiego della norma come argomento sistematico e teleologico, come già sopra fatto, *mutatis mutandis*, per i sindaci: una revoca del consigliere di sorveglianza conseguente alla segnalazione *ex art. 25-octies* CCII potrebbe, anche in considerazione (da un punto di vista, appunto, teleologico e sistematico) dell'art. 120-*bis*, ritenersi priva di giusta causa, con le connesse implicazioni che, per i consiglieri di sorveglianza, sono soltanto di tipo obbligatorio, ossia risarcitorie³⁸.

Ragionamenti parzialmente differenti dovrebbero svolgersi con riguardo al sistema monistico.

Anzitutto, non vi è alcun potere di revoca degli amministratori in capo ai componenti del comitato per il controllo sulla gestione, essendo essi stessi amministratori, potendo, al più, influire sull'eventuale delibera collegiale di revoca o avocazione di specifiche deleghe. Il che, da una parte, parrebbe depotenziare il componente del comitato rispetto al consigliere di sorveglianza su questo versante, ma, dall'altro, potrebbe rendere la sua posizione, proprio per la capacità di incidere sulle deleghe, maggiormente incisiva rispetto al sindaco che, invece, non ha poteri di voto nelle adunanze del consiglio di amministrazione. Aspetto, quindi, che è destinato parimenti ad incidere in punto ricostruzione del nesso di

³⁸ *Sempreché non si tratti, come visto, di segnalazioni comunicate con colpa grave o quantomeno temerarie e in mala fede.*

causa negli eventuali giudizi di responsabilità, con la conseguenza che, quantomeno in astratto, la condotta del componente del comitato per il controllo, nell'ambito del *procedimento segnalatorio* e con riguardo alla capacità di imporsi sull'organo gestorio, potrebbe essere valutata con un grado di severità minore rispetto a quella del consigliere di sorveglianza ma maggiore rispetto a quella del sindaco.

In sostanza, a seguito della segnalazione (che, come anticipato al paragrafo precedente, dovrebbe già giungere a valle di una “fase zero” infruttuosa), è ragionevole ritenere che i membri del comitato per il controllo sulla gestione – ove la decisione fosse portata in consiglio di amministrazione – votino in tale sede coerentemente alla segnalazione stessa e, quindi, favorevolmente alla decisione di raccogliere l'invito contenuto in quest'ultima oppure contrariamente a quella di non accoglierlo³⁹.

Pertanto, onde non rispondere degli eventuali danni a ciò conseguenti, dovrebbero, in quanto amministratori, *ex art. 2392, comma 3, c.c.*, non solo far constare il proprio dissenso, comunicandolo altresì al presidente del comitato stesso⁴⁰, ma anche reagire, in ogni caso, a tale eventuale decisione negativa o comunque inadeguata sia essa individuale o di un amministratore delegato o collegiale.

In particolare, ove la decisione (negativa o inadeguata) sulla segnalazione non fosse stata portata (e adottata) in consiglio, potrebbe rivelarsi necessario, onde dimostrare l'«assenza di colpa» *ex art. 2392, comma 3, c.c.*, prospettare o direttamente proporre la revoca del consigliere delegato o l'avocazione della delega, o, in ogni caso e, quindi, anche ove la decisione fosse stata collegiale, ricorrere in ultima istanza all'art. 2409 c.c. oltre che nei casi di timore di imminente revoca abusiva – come nel sistema dualistico nei termini appena visti – anche ove l'eventuale coinvolgimento dell'assemblea⁴¹ possa ritenersi inutile o impossibile.

³⁹ O, in ogni caso, a consistente in un riscontro inadeguato alla segnalazione.

⁴⁰ G. RIOLFO, *op. ult. cit.*, 108 ss.

⁴¹ Come noto, si è discusso se il comitato per il controllo sulla gestione abbia il potere di convocare l'assemblea *ex art. 2406 c.c.* al di fuori dei casi di cui all'art. 2408 c.c., posto che solo quest'ultima norma è espressamente richiamata dall'art. 2409-*octiesdecies* c.c. (e, quindi, solo ove emergano, nel corso delle indagini, successive alle denunce dei soci, «fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere»). In altre parole manca un riferimento espresso all'art. 2406, comma 1, c.c. ossia alla possibilità di convocare l'assemblea in caso di omissione o ritardo degli amministratori o di fatti censurabili (ancorché non a seguito di denuncia dei soci). Si è a tal proposito osservato come la prima lacuna in realtà sarebbe solo apparente essendo essi stessi amministratori su cui grava il potere-dovere di convocazione, mentre la seconda potrebbe essere colmata dall'art. 223-*septies* disp. att. c.c. (A. BERTOLOTTI, *op. ult. cit.*, 384), ma, *contra*, cfr. V. CALANDRA BONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 548 visto il tenore del mancato richiamo di cui all'ultimo comma dell'art. 2409-*octiesdecies* c.c.). Riterrei la prima tesi condivisibile, stante l'irragionevolezza della lacuna

Sembra, invece, possibile addivenire alle analoghe considerazioni appena sviluppate per il sistema dualistico, con riguardo: (i) alla dialettica con il revisore, tenuto conto, anche per tale sistema, dell'obbligatorietà della sua nomina, della diligenza professionale (in ogni caso evocata per i componenti del comitato dal combinato disposto degli artt. 2409-*noviesdecies* e 2392 c.c.) e dell'art. 2409-*septies* sullo scambio di informazioni, ritenuto applicabile in virtù dell'art. 223-*septies* disp. att. c.c. e (ii) alla riservatezza.

Quanto alla stabilità dell'organo a seguito della segnalazione⁴², vista la loro qualità di amministratori non sembrerebbe, invece, peregrino argomentare l'inefficacia di una revoca che si basasse su di una segnalazione legittima, giusto il disposto dell'art. 120-*bis* CCII da applicarsi *mutatis mutandis* all'accesso della composizione negoziata e per tutta la sua durata⁴³, non giustificandosi, diversamente, la differenza di trattamento rispetto agli amministratori che decidano di ricorrere ad uno strumento di regolazione della crisi ed altri che, pur nelle veste anche di controllori, si limitino a segnalare presupposti della composizione negoziata. In ogni caso, se anche non si volesse accedere a tale tesi, sembrerebbe comunque confermabile, anche in tal caso, l'assenza di giusta causa quantomeno ai soli fini del risarcimento dei danni⁴⁴.

1.3.3. La vigilanza in pendenza delle trattative

Quanto alla vigilanza nel corso delle trattative, si è visto che l'art. 25-*octies* CCII richiama l'art. 2403 c.c. dettato esclusivamente per il collegio sindacale.

Pertanto, *nulla quaestio* per l'estensione di quanto già sopra proposto inter-

rispetto al collegio sindacale e posta la progressiva attenzione verso i controlli e, in ogni caso, l'*early warning*, che dovrebbe imporre un'attivazione che coinvolga la compagine sociale a prescindere dalle denunce dei soci *ex art.* 2408 c.c.

⁴² Ferma, però, anche in tal caso la revocabilità motivata da giusta causa nei casi di segnalazioni abusive, temerarie o in mala fede.

⁴³ È chiaro che, ove si seguisse questa tesi, la norma dovrebbe essere opportunamente riadattata (presumibilmente alla durata della composizione negoziata) circa la durata di tale stabilizzazione, posto che l'art. 120-*bis* fa riferimento al periodo intercorrente tra l'iscrizione nel registro delle imprese della decisione di accedere ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza sino all'omologa, termini estranei o comunque non sovrapponibili *tout court* alla composizione negoziata.

⁴⁴ D. BUONOMO, *Amministrazione e controlli interni: il sistema monistico*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, III, 1, Milano, 2005, 1999 ss., A. BERTOLOTTI, *op. ult. cit.*, 385 rileva come qualche dubbio sull'applicazione della norma potrebbe derivare dalla lettura del quinto comma dell'art. 2409-*octiesdecies* c.c., lett. c) per cui possono essere attribuite al comitato ulteriori compiti «con particolare riguardo ai rapporti con il soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti», come appunto quello di interlocuzione. Invero, l'A. argomenta efficacemente come la norma si riferisca ad «ulteriori» compiti rispetto a quelli istituzionali tra cui non potrebbe che esservi proprio quello di interlocuzione e scambio di documenti con il revisore *ex art.* 2409-*septies* c.c. (e ne offre una elencazione esemplificativa alle pp. 385-386).

pretativamente per il collegio sindacale al consiglio di sorveglianza, posto il richiamo allo stesso art. 2403 c.c. da parte dell'art. 2409-*terdecies*, comma 1, lett. c), c.c.⁴⁵.

Più problematica potrebbe essere la sua compatibilità con il sistema monistico per cui l'art. 2409-*octiesdecies* CCII non richiama tale norma ed in cui i componenti del comitato per il controllo sulla gestione sono amministratori.

Si è, infatti, sostenuto che il richiamo all'art. 2403 c.c. sarebbe stato pleonastico proprio perché il dovere generale di vigilanza dei sindaci include «sfere amministrative» alla cui realizzazione i componenti del comitato per il controllo sulla gestione concorrono in quanto amministratori⁴⁶.

Sicché, il precetto normativo per cui rimane fermo il dovere di cui all'art. 2403 c.c. durante le trattative, contenuto all'art. 25-*octies*, comma 1, CCII, nell'estensione analogica di quest'ultima al sistema monistico, potrebbe più semplicemente interpretarsi come evocativo dei doveri di vigilanza del comitato per il controllo sulla gestione.

Con la conseguenza che dovrebbe valere anche per il sistema monistico quanto qui proposto con riguardo al dovere in questione, quale necessaria dialettica professionale con l'esperto⁴⁷: d'altronde anche l'art. 21, comma 3, CCII richiama "neutralmente" l'«organo di controllo» quale destinatario della segnalazione dell'esperto degli atti che possono arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento.

1.3.4. Il meccanismo premiale in punto responsabilità

Quanto al meccanismo premiale di cui al comma 2 dell'art. 25-*octies* CCII, occorre anzitutto precisare che il richiamo testuale all'art. 2407 c.c. ivi contenuto non sembra impedirne l'estensione anche al sistema dualistico e a quello monistico. Ciò per le medesime argomentazioni teleologiche e sistematiche sostenute al precedente par. 1.1. di questo capitolo cui si rinvia, tenuto conto che l'art. 25-*octies* CCII descrive un istituto unitario che non potrebbe essere applicato a segmenti, come invece accadrebbe ove si estendesse il solo primo comma ai modelli di *governance* alternativi e non il secondo⁴⁸.

⁴⁵ Cfr. parte I, cap. II, par. 4.

⁴⁶ A. BERTOLOTI, *I controlli nelle s.p.a.*, cit., 376. La relazione governativa della riforma del diritto societario (par. 6.II) precisava peraltro che i poteri e i doveri del comitato per il controllo sulla gestione coinciderebbero con quelli del collegio sindacale.

⁴⁷ V. parte I, cap. II, par. 4.

⁴⁸ Senza peraltro considerare che, quanto al dualistico, l'art. 2409-*tedecies*, comma 3 c.c. ricalca persino, nella sostanza, il testo dell'art. 2407, comma 2, c.c. prima della sua recente riforma (ma le modifiche a quest'ultima norma sul punto non sembrano, come già detto, poter eliminare la regola della responsabilità solidale: v. *supra*, Introduzione, par. 7), il che rappresenta ulteriore evidente argomento teleologico e sistematico per sostenere l'estensione del meccanismo premiale.

Alcune precisazioni occorrono, però, ancora una volta, con riguardo al sistema monistico, stante la natura di *Giano bifronte* dei membri del comitato per il controllo sulla gestione.

In primo luogo, il meccanismo premiale, nei limiti di operatività del beneficio (a seconda della lettura che si intenda dare al suo significato⁴⁹), ne attenuerebbe o escluderebbe la responsabilità in qualità di «controllori», ma non, a rigore, di amministratori. Conseguentemente, specie ove si ritenga che il meccanismo premiale operi sul grado della colpa e della diligenza richiesta, onde evitare la kafkiana situazione di andare esenti da responsabilità come controllori e non come amministratori, parrebbe necessario, anche a tale ultimo fine, ove possibile, far constare sempre il proprio dissenso *ex art.* 2392, comma 3, c.c. comunicandolo al presidente del comitato stesso⁵⁰. Ciò, peraltro, sembra rendere il meccanismo premiale in esame particolarmente evidente (ed efficace) per i componenti del comitato poiché separerebbe nettamente la loro posizione, in punto premialità, dagli altri amministratori (a prescindere dalla tesi che si intenda seguire con riguardo al significato della locuzione «attenuazione o esclusione» della responsabilità⁵¹).

Inoltre, ferma la maggiore severità, come già visto, in punto *tempestività* della *rilevazione* (*recte*, in tale contesto premiale, di «precocità»⁵²), il riferimento alla vigilanza «sull'andamento delle trattative»⁵³ parrebbe pleonastico per i componenti del comitato per il controllo sulla gestione, dato il loro ruolo di amministratori. Conseguentemente nell'estendere la norma mediante il “naturale” filtro della compatibilità⁵⁴, questa condizione sarebbe semplicemente non applicabile e, sul piano della giustizia sostanziale, tale aspetto (che quindi ridurrebbe, per il comitato, in sostanza le condizioni per beneficiare del meccanismo premiale ad una sola) sarebbe più che compensato proprio dal maggiore rigore menzionato nella valutazione della *tempestività*.

⁴⁹ V. parte I, cap. II, par. 5.2.

⁵⁰ In tal senso, seppur sul piano generale, si è espressa la dottrina: il componente del comitato, pur avendo adempiuto ai propri doveri di vigilanza che gli competono, «è comunque tenuto, al fine di essere esonerato da responsabilità [...] ad attivarsi ai sensi dell'art. 2393, 3° comma» (M.C. BREIDA, *Il modello monistico*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina*, cit., 765, P. MAGNANI, sub *artt.* 2409 *sexiesdecies*-2409 *noviesdecies*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, 1206), pertanto, dovrà, tra altro, «far annotare il proprio dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata comunicazione scritta al presidente del comitato» (A. BERTOLOTTI, *op. ult. cit.*, 392, F. MANCUSO, *op. ult. cit.*, 1990).

⁵¹ Cfr. parte I, cap. II, par. 5.2.

⁵² Parte I, cap. II, par. 5.1.1.

⁵³ Parte I, cap. II, par. 5.1.2.

⁵⁴ Sempre necessario (arg. *ex art.* 223-*septies* disp. att. cc.).

2. La segnalazione interna nella s.r.l.

2.1. Nel sistema tradizionale. In particolare: il sindaco unico, il revisore legale e l'organo di controllo "atipico"

Come noto, ai sensi dell'odierno art. 2477 c.c.⁵⁵ le società a responsabilità limitata solo in taluni casi hanno l'obbligo di nominare un organo di controllo «o» – secondo la dizione della medesima – un revisore. In tali ipotesi, la regola di *default* è quella che, in caso di nomina di organo di controllo, questo è monocratico, salvo diversa disposizione statutaria.

Laddove, invece, la nomina è facoltativa, sono i soci che possono «determina[re] le competenze e poteri, ivi compresa la revisione legale dei conti». Di qui, dunque, la possibilità anche di istituire – secondo l'orientamento prevalente – un revisore o un organo di controllo – sia esso collegiale o monocratico – “atipico”⁵⁶.

Inoltre, stante il tenore letterale della disposizione, è discusso⁵⁷ se, nei casi di obbligatorietà, i soci possano liberamente scegliere, in termini alternativi, tra organo di controllo e revisore.

Sicché il ventaglio di possibili controllori, in ambito di s.r.l., appare piuttosto variegato e non poche sembrano essere le ricadute, a seconda del modello prescelto, anche con riguardo al tema che ci occupa.

Pertanto, a parte il caso di obbligatorietà della nomina⁵⁸ in cui i soci abbiano optato per il collegio sindacale, che ingenera, *mutatis mutandis*, le medesime riflessioni sviluppate nella parte I del presente lavoro in tema di s.p.a. (giusto il disposto dell'art. 2477, comma 4)⁵⁹ che pertanto possono qui richiamarsi, oc-

⁵⁵ Caratterizzato da molteplici riforme. Esso, prima dell'avvento del CCII (e successive modifiche) fu integralmente sostituito dall'art. 37, comma 26, d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 e successivamente dall'art. 14, comma 13, l. 12 novembre 2011, n. 183. Su singoli commi del medesimo articolo erano poi intervenuti: l'art. 35 d.l. 9 febbraio 2012, n. 5 convertito con l. 4 aprile 2012, n. 35 e l'art. 20 d.l. 24 giugno 2014, n. 91, convertito con l. 11 agosto 2014, n. 116 che aveva abrogato il comma 2.

⁵⁶ Su cui v., per tutti, recentemente, O. CAGNASSO, *La nomina dell'organo facoltativo di controllo nell'ambito delle s.r.l.*, in *Corporate Governance*, 2023, 521 ss.; E. PEDERZINI, *Sindaco e revisore tra norme imperative e scelte facoltative. La funzione del controllo interno nella società a responsabilità limitata*, in *La governance della società a responsabilità limitata*, a cura di E. Pederzini, R. Guidotti, II ed., Milano, 2022, 400 ss.; N. ABRIANI, *I controlli*, in *Le società a responsabilità limitata*, diretto da C. Ibba, G. Marasà, II, Milano, 2020, 2016 ss. Sul tema v., invero, già G. CAVALLI, *Il controllo legale dei conti nelle società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 710 ss.

⁵⁷ V. *infra* anche per i riferimenti alla relativa letteratura.

⁵⁸ Su cui v., per tutti, recentemente, N. ABRIANI, *I controlli*, cit., 1985 ss.; I. DEMURO, A. MONTANARI, *L'organo di controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Tratt. soc. Donativi*, III, Milano, 2022, 681 e ivi riff.

⁵⁹ La norma, infatti, prevede, che, in tali casi, «si applicano le disposizioni sul collegio sindacale previste per le società per azioni».

corre considerare gli scenari di nomina del sindaco unico, del revisore “unico” e dell’organo di controllo “atipico”.

2.1.1. *Il sindaco unico*

Ai sensi dell’art. 2477, comma 1, c.c., «[s]e lo statuto non dispone diversamente, l’organo di controllo è costituito da un solo membro effettivo».

Dei diversi scenari illustrati, questo è obiettivamente il più semplice o, meglio, lo è il caso di nomina obbligatoria con la scelta di un sindaco unico o di nomina facoltativa di un sindaco unico con analoghi poteri e competenze del collegio sindacale di s.p.a.⁶⁰, salva l’evidente necessità di applicare un filtro di compatibilità, tenuto conto della monocraticità dell’organo e le differenze strutturali tra s.r.l. e s.p.a.⁶¹.

D’altronde lo stesso art. 2477 c.c. afferma che nei casi di nomina di un «organo di controllo, *anche monocratico*, si applicano le disposizioni sul collegio sindacale previste per le società per azioni», il che, a prescindere dall’interrogativo se tale norma si riferisca ai casi di nomina obbligatoria o facoltativa (che poco rileva sul punto se non sull’eventuale “atipicità” dell’organo, su cui v. *infra*), appare argomento testuale incontrovertibile.

Pertanto, non sembrano potervi essere dubbi, stante anche il generico tenore letterale dell’art. 25-octies CCII (che fa riferimento all’«*organo di controllo*»), sull’integrale applicazione di tale norma anche al sindaco unico di s.r.l.⁶², sia esso di nomina obbligatoria che facoltativa cui vengano attribuiti i poteri del collegio sindacale di s.p.a., dovendosi pertanto sul punto richiamare integralmente quanto visto nei capitoli che precedono (esclusi, naturalmente, i profili che presuppongono la collegialità dell’organo).

2.1.2. *Il revisore “unico”*

Come anticipato, esiste ormai da tempo un fitto dibattito intorno ai controlli nella s.r.l., concentratosi, a partire dalla modifica normativa introdotta all’art.

⁶⁰ In argomento v., per tutti, i saggi di M. COSSU, *Il sindaco unico nelle s.r.l.: prime riflessioni interpretative sulla monocratizzazione dell’organo di controllo*, in *Riv. not.*, 2012, I, 595 ss.; I. DEMURO, *Collegio sindacale e sindaco unico tra novità e incertezze, nuove competenze e semplificazioni*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 590 ss.; M. STELLA RICHTER JR., *E pluribus unum. Riflessioni sul sindaco unico nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2012, 174 ss., nonché più recentemente G. GUERRIERI, *Il collegio sindacale e il sindaco unico nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 228.

⁶¹ Ravvisa talune criticità al proposito E. PEDERZINI, *op. ult. cit.*, 422 ss.

⁶² Così già, in merito all’art. 15 d.l. n. 118 del 2021, la Relazione dell’Ufficio del Massimario n. 87 della Corte di Cassazione del 15 settembre 2022, p. 8 che precisa l’estensione anche al sindaco di cooperativa a r.l.

2477 c.c. con l'art. 35 d.l. n. 5 del 2012, sull'ammissibilità o meno, nelle s.r.l., della nomina del revisore c.d. "unico" in luogo dell'organo di controllo⁶³.

In effetti, il tenore letterale dell'art. 2477 c.c. appare ambiguo: se, da un lato, a più riprese fa riferimento ad entrambi in termini – all'apparenza – di alternatività («[l]'atto costitutivo può prevedere, determinandone le competenze e poteri, ivi compresa la revisione legale dei conti, la nomina di un *organo di controllo o di un revisore...*», «[l]a nomina dell'*organo di controllo o del revisore* è obbligatoria se la società ...»; «[l]»«obbligo di nomina dell'*organo di controllo o del revisore* ...»; «[l]'assemblea che approva il bilancio in cui vengono superati i limiti indicati al secondo comma deve provvedere, entro trenta giorni, alla nomi-

⁶³ La letteratura è sul tema copiosa. Tra i lavori più rilevanti per le tesi sostenute utili alle argomentazioni qui sviluppate v. M. HOUBEN, *La nomina obbligatoria dell'organo di controllo o del revisore nelle s.r.l.: i controlli necessari e la funzione preposta*. Less is more?, in *Riv. soc.*, 2024, 910 ss.; E. PEDERZINI, *La funzione di controllo interno nelle società a responsabilità limitata e la scelta imperfetta tra sindaco e revisore*, in *Riv. soc.*, 2023, 415 ss.; EAD., *Sindaco e revisore tra norme imperative e scelte facoltative. La funzione di controllo interno nelle società a responsabilità limitata*, in AA.VV., *La governance delle società a responsabilità limitata*, a cura di E. Pederzini, R. Guidotti, Padova, 2022, 373 ss.; N. ABRIANI, *I controlli*, cit., 1985 ss.; ID., *Il sistema dei controlli nella s.r.l. tra modifiche del codice civile e codice della crisi: un rebus aperto?*, in AA.VV., *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della crisi, Studi in onore di Oreste Cagnasso*, a cura di M. Irrera, Torino, 2020, 866 ss.; ID., *Il collegio sindacale nella società a responsabilità limitata*, in AA.VV., *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, a cura di R. Alessi, N. Abriani, U. Morera, Milano, 2007, 167 ss.; G. GUERRIERI, *Il collegio sindacale ed il sindaco unico nelle società a responsabilità limitata*, cit., 228 ss.; D. LATELLA, *Sistema dei controlli interni e organizzazione della società per azioni*, Torino, 2018, 101 ss.; G. CAVALLI, *Il collegio sindacale fra passato e presente*, in AA.VV., *Dialogo sul sistema dei controlli nelle società*, a cura di P. Abbadesse, Torino, 2015, 1 ss.; G. ZANARONE, *La S.R.L. a vent'anni dalla riforma del diritto societario*, Milano, 2023, 615 ss.; ID., *I controlli nelle s.p.a. e nelle s.r.l.: due sistemi a confronto*, in AA.VV., *Dialogo sul sistema dei controlli nelle società*, a cura di P. Abbadesse, Torino, 2015, 117 ss.; ID., *Della società a responsabilità limitata*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2010, 1141 ss.; P. BENAZZO, *I controlli interni nelle s.r.l. dal 1942 al 2012*, in *Riv. soc.*, 2013, 23 ss.; ID., *Il collegio sindacale – Art. 2477*, in *S.R.L. Commentario*, a cura di A.A. Dolmetta, G. Presti, Milano, 2011, 728 ss.; ID., *I controlli nella società a responsabilità limitata: singolarità del tipo od omogeneità della funzione?*, in *Riv. soc.*, 2010, 18 ss.; O. CAGNASSO, *I controlli nelle s.r.l.*, in *Giur. it.*, 2013, 2439 ss.; ID., *Il ruolo del collegio sindacale nelle s.r.l. e nelle s.p.a.: profili di un confronto*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 346 ss.; ID., *Il collegio sindacale nelle s.p.a. e l'organo di controllo o revisore nelle s.r.l.*, in *Nuovo dir. soc.*, 2012, 18 ss.; P. MONTALENTI, *Il sistema dei controlli nella s.p.a. e nella s.r.l.: proposte di riforma*, in *Nuovo dir. soc.*, 2012, 9 ss.; A. BUSANI, *Il collegio sindacale della s.r.l. dopo la riforma della revisione legale dei conti*, in *Soc.*, 2010, 17 ss.; G. BIANCHI, *Il controllo*, in AA.VV., *Le nuove s.r.l.*, a cura di M. Sarale, Bologna, 2008, 705 ss.; V. BUONOCORE, *L'organizzazione interna della società a responsabilità limitata riformata*, in *Riv. not.*, 2004, 589; D. CORAPI, *Il controllo interno delle s.r.l.*, in *Soc.*, 2003, 1573 ss.

Quanto alle Massime notarili v., in particolare: Comitato Triveneto dei Notai, Orientamento I.D.13 settembre 2012, in *Orientamenti del Comitato triveneto dei Notai in materia di atti societari*, Milano, 2021, 330 e reperibile su: <https://www.notaitriveneto.it>; Consiglio Notarile di Milano, Massima n. 124 del 3 aprile 2012, in *Massime notarili in materia societaria*, Milano, 2014, 467 e reperibile su <https://www.consigionotarilemilano.it>.

na dell'*organo di controllo o del revisore*»), dall'altro lato, tale formulazione non chiarisce se si tratti, piuttosto, di un unico organo a prescindere dalla sua denominazione.

Il tema è rilevante anche ai fini del presente contributo, sicché si procederà ad illustrarne succintamente quei contorni utili a comprendere come si snodi, in tali casi, il dovere di segnalazione *ex art. 25-octies* CCII.

Sei, allo stato, mi paiono le possibili letture⁶⁴.

Secondo una prima tesi la nomina dell'organo di controllo (per comodità d'ora innanzi si farà riferimento solo al sindaco⁶⁵) o del revisore sarebbe alternativa così come alternative sarebbero le loro funzioni⁶⁶: nel caso di nomina di un sindaco unico, ad esso competerebbe esclusivamente il controllo di gestione di cui all'art. 2403 c.c., mentre, nel caso di nomina di un revisore, ad esso spetterebbe solo la revisione legale dei conti ai sensi del d.lgs. n. 39 del 2010.

Secondo altra impostazione, ferma l'alternatività della nomina, al sindaco dovrebbe attribuirsi, oltre al controllo di gestione, giusto il rinvio dell'art. 2477 c.c. alle norme in tema di s.p.a, anche la revisione legale dei conti, rendendo così obbligatorio ciò che nelle s.p.a. è solo eventuale, facoltativo e subordinato ad una espressa previsione statutaria *ex art. 2409-bis*, comma 2, c.c.⁶⁷.

Un terzo orientamento propone un'interpretazione correttiva (o, meglio integrativa) della disposizione ipotizzando che, quantomeno per le ipotesi di nomina obbligatoria, a fianco alla congiunzione disgiuntiva «o» tra organo di controllo e revisore, che sembrerebbe deporre per un'alternatività, dovrebbe aggiungersi la congiunzione «anche», la quale, quindi, sarebbe rimasta nella penna del legislatore⁶⁸, con la conseguenza che: (i) l'obbligo di nomina sarebbe adempiuto solo con la nomina di un organo di controllo; (ii) a quest'ultimo spet-

⁶⁴ Si procede ad una sintesi dei diversi orientamenti classificabili dall'esame della letteratura in materia su cui v. nt. che precede. Per una recente ricognizione v. M. HOUBEN, *op. cit.*, 910 ss.; E. PEDERZINI, *La funzione di controllo interno nelle società a responsabilità limitata e la scelta imperfetta tra sindaco e revisore*, cit., 415 ss.

⁶⁵ Sugli eventuali modelli alternativi v. *infra*.

⁶⁶ Così pare M. HOUBEN, *op. cit.*, 910 ss. (ma v. oltre per alcune aperture nel senso qui sostenuto); trattasi di orientamento recentemente avallato anche dalla giurisprudenza: v., per tutte, Trib. Roma, 1° giugno 2020, in *giurisprudenzadelleimprese.it*: «[l']art. 2477 c.c. attribuisce una (inedita) autonomia statutaria in ordine ai controlli interni nell'ambito delle società a responsabilità limitata. Infatti, l'esplicarsi dell'autonomia privata riguarda non solo la composizione dell'organo, il quale può essere alternativamente monocratico ovvero pluripersonale, limitandosi la norma a porre una regola suppletiva, ma anche la natura del controllo, essendo rimessa alla società la scelta, alternativamente o cumulativamente, tra un organo di controllo ed un revisore e ciò non solo quando l'introduzione del controllo societario sia facoltativa, ma anche nel caso in cui essa sia obbligatoria ai sensi del terzo comma della disposizione».

⁶⁷ Per una critica all'orientamento, v. E. PEDERZINI, *La funzione di controllo interno*, cit., 415 ss.

⁶⁸ Come era rimasto, ad esempio, inizialmente anche nella formulazione dell'art. 2346, comma 6 c.c.: «forniti di diritti patrimoniali o *anche* di diritti amministrativi».

terebbe, in assenza di revisore, anche il controllo contabile; (iii) in caso di omessa nomina, ai sensi del nuovo comma 6 dell'art. 2477 c.c., il tribunale potrebbe nominare solo l'organo di controllo⁶⁹.

Secondo un quarto orientamento, invece, nei casi di nomina obbligatoria, onde evitare aporie interpretative⁷⁰, sarebbe necessaria sempre la nomina di un organo di controllo e di un revisore, proponendo una lettura correttiva della norma che sostituisca la congiunzione disgiuntiva «o» con quella copulativa «e»⁷¹.

Secondo un quinto orientamento sarebbe invece la revisione la funzione sempre obbligatoria⁷².

Alla luce, infine, di un sesto orientamento, organo di controllo e revisore rivestirebbero funzioni equivalenti, dovendosi attribuire all'uno e all'altro sia il controllo di gestione sia la revisione legale dei conti: in questo modo la locuzione «organo di controllo o revisore» sarebbe nella sostanza un'endiadi, o, meglio, identificherebbero un unico e solo organo⁷³.

⁶⁹ V. G. PRESTI, *Le s.r.l. (e non solo) e l'obbligo di segnalazione: alla ricerca dell'obbligato*, in AGE, 2023, 132, G. PRESTI, M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, v. II, XI ed., Bologna, 2023, 647. Prima del CCII v. l'Orientamento I.D.13 del Comitato Triveneto dei notai, cit. che, pur non potendo ovviamente fare riferimento al nuovo comma 6 dell'art. 2477 c.c., riteneva sufficiente, sul presupposto della necessità di entrambe le funzioni, la nomina dell'organo di controllo cui affidare anche la revisione ove possibile.

⁷⁰ Ossia, nel caso di scelta del revisore, l'assenza di controlli sulla gestione o di inaccettabili contaminazioni di competenze tra i due «organi». Ma v. N. ABRIANI, *I controlli*, cit., 1998 s. e 2003 ss. per cui «l'organo sindacale è “naturalmente” investito anche della competenza in ordine alla revisione legale dei conti [...] che diviene anzi necessaria in assenza di un revisore esterno: in caso di nomina dei soli sindaci, esigenze di ragionevolezza e di concreta operatività inducono a ritenere ineludibile l'attribuzione della revisione in capo allo stesso organo di controllo».

⁷¹ E. PEDERZINI, *op. ult. cit.*, 415 ss.

⁷² G. GUERRIERI, *Il collegio sindacale ed il sindaco unico nelle società a responsabilità limitata*, cit., 238, nt. 38 e Orientamento notarile Campania 16 settembre 2016, n. 19, reperibile su www.massimescuolanotabile.com.

⁷³ «In base all'attuale formulazione dell'art. 2477 c.c. [...] il regime legale dei controlli nella s.r.l., in mancanza di diverse previsioni statutarie, è da intendersi che la funzione di controllo di gestione (ex art. 2403 c.c.) sia la funzione di revisione legale dei conti (ex art. 14 d.lgs. n. 39/2010) sono attribuite ad un unico organo monocratico, genericamente individuato con la locuzione “organo di controllo o revisore”» (così, la massima n. 124 del 3 aprile 2012 del Consiglio Notarile di Milano, cit. nonché il Ministero delle imprese e del made in Italy con le circolari 140439 dell'11 aprile 2023 e 168983 dell'11 maggio 2023 in tema di vigilanza sulle cooperative che hanno optato per l'applicazione residuale delle norme sulle s.r.l.). In dottrina, v., per tutti: C. FIENGO, *L'organo di controllo facoltativo nella S.r.l. alla luce della l. n. 35 del 2012*, in *Giur. comm.* 2012, I, p. 761 ss.; P. BUTTURINI, *L'ultima versione dell'art. 2477 c.c. tra dubbi ermeneutici e interpretazioni 'ortopediche': note a prima lettura*, in *Studium Iuris*, 2013, p. 412 ss.; D. LATELLA, *op. cit.*, 101 ss. Per l'inderogabilità di un controllo sia gestorio che contabile parrebbe anche recentemente M. CIAN, *La s.r.l.: la struttura organizzativa*, in *Diritto commerciale*, a cura di M. Cian, III, Torino, 2024, 784.

Numerosi appaiono, a mio avviso, gli argomenti a favore di quest'ultima tesi o, per lo meno, quelli idonei ad escludere la validità della prima lettura che, in sostanza, ammetterebbe la possibilità dei soci di eliminare a monte il controllo interno di gestione prevedendo un'alternatività secca tra organo di controllo e revisore persino nei casi di nomina obbligatoria⁷⁴.

⁷⁴ Anzitutto in chiave teleologica di effettività dei controlli. Sembra difficile, infatti, sostenere la razionalità di un sistema che, nei casi di obbligatorietà, rimetta alla mera volontà dei soci di scegliere se introdurre un controllo di gestione o uno contabile, stante la diversità e complementarietà delle funzioni di tali organi. In altre parole, per questa via, potrebbe essere escluso, per mera scelta dei soci, proprio nel tipo societario più diffuso, la s.r.l., il controllo di gestione che rappresenta l'architrave, anche in una prospettiva europea, dell'*early warning* e dell'adeguatezza degli assetti. Sul punto, pur non spingendosi a ritenere invalida la nomina, il Tribunale di Torino ha recentemente ritenuto sindacabile la scelta di nominare un solo revisore unico in una fattispecie che prevedeva altresì un socio e un amministratore unico (Trib. Torino, 19 aprile 2024, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*).

Ancora in chiave teleologica, poiché l'esigenza della nomina obbligatoria sorge in presenza di presupposti che avvicinano, quantomeno sul versante operativo dell'attività imprenditoriale e degli interessi coinvolti, la s.r.l. al modello azionario capitalistico, facendo sorgere nella sostanza, la necessità di istituzionalizzare una funzione interna di controllo, non si vede come, a pari esigenze, possano corrispondere diverse soluzioni, a seconda del tipo societario utilizzato (così, ad esempio, E. PEDERZINI, *op. ult. cit.*, 424, in questo senso v. le riflessioni anche di G. ZANARONE, *I controlli nelle s.p.a. e nelle s.r.l.*, cit., 139 ss., P. BENAZZO, *I controlli nella società a responsabilità limitata: singolarità del tipo od omogeneità della funzione?*, cit., 32 ss.).

Ciò, soprattutto, se si parte dall'assunto, per cui gli interessi sottesi ai controlli non sarebbero di stampo puramente privatistico dei soci (e ciò, riterrei, a maggior ragione oggi, nel contesto dell'attenzione anche europea alla prevenzione della crisi, all'*early warning* e, per vero, anche ad altri valori, quali la sostenibilità e gli impatti dell'attività di impresa nelle *supply chain*, come dimostra la recente approvazione della *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* n. 1760/2024/UE), ma coinvolgono spiccatamente anche quelli degli *stakeholder*, a partire dai creditori; con la conseguenza che dovrebbero essere proprio questi e, quindi, le dimensioni e la complessità dell'impresa, a prescindere dal tipo societario prescelto, a caratterizzare il minimo comun denominatore (e la *ratio*) dell'inderogabile esigenza dei controlli e della loro effettività, raggiungibile solo attraverso una loro completezza su tutti gli aspetti, gestori e contabili (v. sul tema le opinioni contrapposte già di G. ZANARONE, *Dimensioni di impresa e obbligatorietà del collegio sindacale nella s.r.l.*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, 684 ss., G. CAVALLI, *I sindaci*, in *Trattato S.p.A. Colombo e Portale*, Torino, 1988, V, 85 ss., G. U. TEDESCHI, *Il collegio sindacale*, cit., 232 ss.; S. AMBROSINI, *I poteri del collegio sindacale*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadesse, G.B. Portale, III, Torino, 2007, 49 ss. nonché, più recentemente, G.M. BUTA, *Collegio sindacale e revisione legale dei conti nella s.r.l.*, in AA.VV., *Studi in memoria di Bruno Carboni*, Napoli, 2010, 170 ss., A. CAPRARÀ, *Le funzioni dei sindaci tra principi generali e disciplina*, Padova, 2008, 250 ss., G. ZANARONE, *I controlli*, cit., 119, M. LIBERTINI, *La funzione di controllo nell'organizzazione della società per azioni, con particolare riguardo ai c.d. sistemi alternativi*, in AA.VV. *Dialogo sul sistema dei controlli nelle società*, a cura di P. Abbadesse, Torino, 2015, 15 ss.; in giurisprudenza, nel senso della molteplicità di interessi non solo dei soci, v., ad esempio, Cass., 12 dicembre 2005, n. 27389, in *Giur. comm.*, 2007, II, 369).

Non sembra, d'altronde, un'argomentazione contraria sufficientemente forte, l'espunzione, tra i presupposti della nomina obbligatoria, di quello della misura del capitale sociale pari a quello

della s.p.a. Ciò, in quanto, parrebbe l'elemento sostanziale delle esigenze di tutela invocate dalla fattispecie a dover essere rilevante piuttosto che l'ammontare del capitale sociale di s.p.a.

Passando, infatti, ad altri argomenti interpretativi, anche da un punto di vista letterale, come visto in apertura, ben potrebbe sostenersi che locuzione «organo di controllo o revisore», costantemente riproposta dall'art. 2477 c.c., non stia ad indicare l'alternatività tra i due, ma faccia riferimento ad un solo organo, qualunque sia la sua denominazione. Sempre da un punto di vista letterale, parrebbe deporre in tal senso anche la precisazione che, nei casi di nomina facoltativa, i soci, nel determinarne le competenze e le funzioni, potrebbero attribuire a tale organo, «la revisione legale dei conti», precisazione che, da una parte, sembra dimostrare che la revisione sia solo uno dei possibili compiti attribuibili (e non l'unico), dall'altro, sarebbe pleonastica se non priva di senso se per «revisore» si intendesse proprio il revisore legale dei conti. Ancora da un punto di vista testuale, la norma, al secondo periodo del comma 1, nell'ipotizzare il regime di *default* dell'organo monocratico, fa generico riferimento all'«organo di controllo», ma non sembrano esservi dubbi che ciò possa riferirsi anche al revisore, alla stregua di una mera sineddoche (argomento che nuovamente potrebbe contrastare con l'alternatività).

Quanto agli argomenti sistematici, il comma 5 dell'art. 2477 c.c. nel non precisare quale organo debba essere nominato dal tribunale in caso di inerzia della società, parrebbe evidenziare l'importanza di provvedere alla nomina di un organo con quelle specifiche caratteristiche previste dalla legge a prescindere dal suo nome: diversamente, non si vede, infatti, sulla base di quali criteri il tribunale potrebbe scegliere tra i due (uno, il revisore, persino professionista esterno) e sostituirsi alla volontà dei soci.

Ancora, da un punto di vista sistematico, sono numerose le norme, nell'ambito dei poteri reattivi dell'organo di controllo di s.r.l., che richiamano, in punto legittimazione attiva, talvolta l'«organo di controllo», talaltra i «soggetti di cui all'art. 2477 c.c.» talaltra ancora il «collegio sindacale» senza una chiara netta ragione, aspetto che sembrerebbe deporre, ancora una volta, per l'impiego della figura retorica della sineddoche o, quantomeno, per un'evidente promiscuità e indifferenza per il legislatore, in tale specifico caso, tra organo di controllo e revisore, rilevando esclusivamente le caratteristiche sostanziali (uniche) dell'organo. Così, ad esempio: l'art. 2475-ter c.c. prevede che, in tema di conflitto di interessi, le decisioni adottate dal consiglio di amministrazione possono essere impugnate «dagli amministratori e, ove esistenti, dai soggetti previsti dall'articolo 2477», quindi – con assoluta chiarezza – a prescindere che si tratti di sindaco o revisore (e, peraltro, come noto, il revisore di s.p.a. non ha poteri di impugnazione *ex art.* 2391 c.c., sicché già solo su questo piano il revisore di s.r.l. soffre di una certa ibridazione, anche a volerlo considerare esclusivamente come puro «revisore»); l'art. 2482-bis c.c. dispone che, in tema di riduzione del capitale per perdite, la relazione degli amministratori sulla situazione patrimoniale della società debba essere corredata dalle osservazioni «nei casi previsti dall'art. 2477 del collegio sindacale o del soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti» e che «i sindaci o il soggetto incaricato di effettuare la revisione dei conti nominato ai sensi dell'art. 2477» devono chiedere al tribunale che venga disposta la riduzione del capitale in caso di mancato intervento dell'assemblea; invece, ai sensi dell'art. 2479-ter c.c., le decisioni dei soci non conformi alla legge o all'atto costitutivo possono essere impugnate, tra gli altri, solo dal «collegio sindacale», senza che però possa effettivamente comprendersi la differenza rispetto alla legittimazione ad impugnare le delibere del consiglio di amministrazione *ex art.* 2475-ter c.c., come appena visto. Pertanto, sembrerebbe possibile argomentare che le norme in questione si riferiscano, in ogni caso, al soggetto nominato *ex art.* 2477 c.c., a prescindere dal relativo nome o dalle funzioni attribuitegli dai soci o, almeno, sembra difficile comprendere le ragioni delle differenze e, quindi, l'applicazione pedissequa del dato testuale e dell'argomento *a contrario*.

Infine, sempre in chiave sistematica, occorre considerare che le tesi dell'alternatività si scontrerebbero, nei casi di s.r.l. che controllano «enti di interesse pubblico», anche con l'art. 16, com-

D'altronde, come condivisibilmente argomentato in dottrina⁷⁵, il fatto che l'evoluzione normativa abbia determinato l'insorgenza, come principio generale, della separatezza tra controllo di gestione e revisione legale dei conti mediante affidamento a due diversi "organi", non avrebbe altresì introdotto una sostanziale alternatività tra controllo sulla gestione e controllo contabile, ma soltanto una preferenza organizzativa (del legislatore⁷⁶), in chiave di maggior efficienza, trasparenza ed indipendenza: entrambe le funzioni, infatti, si compenetrano o, più precisamente, «si compendiano nella funzione di controllo interno delle società azionarie, alla stregua di segmenti concorrenti a (ri)comporne obbligatoriamente l'intero»⁷⁷. In altri termini, all'eventuale alternatività di controllori non potrebbe corrispondere un'alternatività di funzioni⁷⁸.

Ciò che mi pare, dunque, inscalfibile o irrinunciabile, anche nella s.r.l., alla luce degli argomenti sopra illustrati, è la necessaria presenza, quale che sia la tesi preferita tra quelle esposte, del controllo sulla gestione⁷⁹.

Con la conseguenza che, a mio sommo avviso, ai soci spetterebbe, al più, la scelta del tipo di controllori, ma non del tipo di controllo e che, qualunque sia

ma 2, d.lgs. n. 39/2010 che prevede in ogni caso la revisione legale e che «nelle società che controllano enti di interesse pubblico [...] la revisione legale non può essere esercitata dal collegio sindacale».

Anche il secondo orientamento sopra illustrato, che apparirebbe l'unico compatibile con quest'ultimo argomento (postulando sostanzialmente sempre l'esistenza di un controllo contabile, ove afferma che al sindaco unico dovrebbe attribuirsi, oltre al controllo di gestione, anche la revisione legale dei conti, giusto il richiamo alle norme in tema di s.p.a. ex art. 2477, comma 5, c.c. e, quindi, il combinato disposto degli artt. 2403, comma 2 e 2409-bis, comma 3, c.c.) non sembra condivisibile, oltre che per le ragioni anzidette (a partire dalla discutibile possibilità di escludere il controllo di gestione), sia per l'evidente asimmetria tra la scelta del revisore (che potrebbe così escludere il controllo di gestione) e quella dell'organo di controllo (che, invece, non potrebbe comunque escludere la revisione) sia per la contraddizione logica insita in tale asimmetria con lo stesso presupposto dell'alternatività, basata anzitutto sulla congiunzione disgiuntiva «o» contenuta nell'art. 2477 c.c. tra le parole «organo di controllo» e «revisore», poiché la revisione legale vi sarebbe sempre.

⁷⁵ E. PEDERZINI, *op. ult. cit.*, 425.

⁷⁶ Già auspicata nella vigenza del codice di commercio (C. VIVANTE, *Per la riforma delle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I, 146 ss.).

⁷⁷ E. PEDERZINI, *op. ult. cit.*, 425.

⁷⁸ E. PEDERZINI, *op. ult. cit.*, 428. Nello stesso senso, sempre la medesima A.: «[l]a traslazione dei principi legati al contenuto essenziale della funzione di vigilanza interna («le competenze e i poteri») importa infatti l'immanenza, e l'obbligatorietà, dell'attivazione tanto del controllo di legalità sostanziale sulla gestione quanto del controllo legale sui conti: per effetto del rinvio recettizio di cui al comma quarto della norma, infatti, trova piena applicazione il precetto di cui all'art. 2409-bis c.c., che radica la compresenza di una vigilanza generale sull'amministrazione e di un monitoraggio speciale sulla contabilità e sul bilancio in termini di controlli concorrenti e non già alternativi» (pp. 424-425).

⁷⁹ Per alcune aperture in questo senso pare anche la tesi di M. HOUBEN, *op. cit.*, 910 ss.

il controllore nominato questo non potrebbe non esercitare un minimo di controllo di gestione, il quale rappresenterebbe, quindi, una porzione incompressibile dell'attività di vigilanza.

Tra questi doveri vi è di certo anche il monitoraggio del presupposto del dovere di segnalazione *ex art. 25-octies* CCII, segnalazione di cui, alla stregua di quanto era previsto nel precedente testo dell'art. 14 CCII, è, oggi⁸⁰, a seguito del Correttivo-ter, coerentemente onerato anche il revisore.

Sicché, se si intendesse seguire la tesi per cui il riferimento all'«organo di controllo o revisore» di cui all'art. 2477 c.c. identificherebbe uno specifico (e unico) organo di controllo «tipico» della s.r.l., allora dovrebbero estendersi parimenti ad esso le riflessioni sviluppate in questo lavoro con riguardo al collegio sindacale di s.p.a., al di là del *nomen* attribuito all'organo in sede di nomina da parte dei soci e, quindi, anche ove sia stato formalmente nominato un revisore «unico». Conseguentemente, dovrebbe potersi richiamare quanto sostenuto, anzitutto, con riguardo al presupposto della segnalazione e relative valutazioni, a partire dalla tesi del *presupposto cangiante*⁸¹. Parimenti, parrebbe estensibile il ragionamento concernente sia la rilevazione del presupposto ed il meccanismo presuntivo di tempestività, in presenza di assetti adeguati, della sequenza «materializzazione – emersione – rilevazione (e valutazione) – segnalazione»⁸² sia la disciplina della comunicazione della segnalazione, incluso l'articolarsi del *procedimento segnalatorio*, e del meccanismo premiale, salvi gli opportuni adattamenti che tengano conto della monocraticità dell'organo⁸³.

Ove si seguisse, invece, la tesi, ad oggi, maggioritaria, dell'alternatività tra organo di controllo e revisore, ferma, però, la necessità di mantenere un nucleo inscalfibile di controllo sulla gestione in capo al revisore di s.r.l. alla luce degli argomenti sopra illustrati, occorrerebbe ipotizzare alcuni accorgimenti in merito alle tesi sostenute con riguardo al collegio sindacale di s.p.a. onde tener debitamente conto, in tal caso, delle diversità ontologiche tra organo di controllo e revisore.

⁸⁰ Invero, ante Correttivo-ter già si poteva sostenere, sulla scorta delle argomentazioni sopra sviluppate, un potere-dovere in tal senso del revisore. Per un primo dibattito v. già A. MIRONE, *op. cit.*, 50 ss.; V. DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Riv. soc.*, 2017, 311 ss. Sollecitava in ogni caso un intervento del legislatore sul punto A. QUAGLI, *Una riflessione da aziendalista sull'emersione anticipata della crisi: quadro attuale e sviluppi futuri*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 21 febbraio 2024.

A scanso di equivoci, il Correttivo-ter ha dunque precisato tale potere-dovere del revisore. Così la relazione Illustrativa del Correttivo-ter precisa infatti che (p. 25): «[l']inserimento del soggetto incaricato della revisione legale dei conti consente di garantire la segnalazione tempestiva della crisi anche per le S.r.l. che hanno optato, ai sensi dell'articolo 2477, comma 2, del codice civile, per la nomina del revisore quale organo di controllo».

⁸¹ Parte I, cap. I, par. 4.

⁸² Parte I, cap. II, par. 2.

⁸³ Parte I, cap. II, par. 3.2 e 3.3, 4 e 5.

Anzitutto, con riguardo al *presupposto*, alla sua *valutazione* e *rilevazione*, pare potersi dire che, visti i diversi poteri tra sindaco e revisore, debba valere a maggior ragione la tesi del *presupposto cangiante* con riguardo alla valutazione in termini di *non manifesta irragionevolezza* del risanamento⁸⁴ (sia esso oggettivo o soggettivo a seconda che si intenda seguire la tesi *estensiva* o *super-estensiva moderata*⁸⁵). Conseguentemente dovrebbe essere differentemente interpretata, rispetto a quanto visto per il collegio sindacale di s.p.a., la precisazione contenuta nel Correttivo-ter per cui l'organo di controllo societario e il soggetto incaricato della revisione legale procedono alla segnalazione «*nell'esercizio delle rispettive funzioni*»: l'incomprimibile dovere di controllo sulla gestione anche del revisore, per le ragioni sostenute in questo paragrafo, dovrebbe ampliare il raggio di azione del suo monitoraggio pur nei limiti dei poteri informativi ed istruttori che gli riserva la legge. Il che mi pare potersi riverberare, *in primis*, sul piano degli assetti e della «tempestività»: da un lato, l'eventuale inadeguatezza dei medesimi non potrà essere indifferente al revisore⁸⁶, dall'altro, la loro adeguatezza potrà parimenti fondare il meccanismo presuntivo di tempestività sostenuto per il collegio sindacale di s.p.a.

Sempre con riguardo al momento della *rilevazione* e, in particolare, alla ricezione dei segnali di allarme dei creditori pubblici qualificati e del ceto bancario, riterrei, che il riferimento al «presidente del collegio sindacale» contenuto all'art. 25-novies CCII e agli «organi di controllo societari» di cui all'art. 25-decies CCII dovrebbe essere ragionevolmente esteso, per le medesime ragioni sistematiche e teleologiche di cui sopra, anche al revisore unico di s.r.l., il quale quindi dovrebbe essere il destinatario delle segnalazioni esterne ai fini della rilevazione e valutazione del presupposto della segnalazione.

Quanto al *procedimento segnalatorio* e alla vigilanza in pendenza delle trattative occorre domandarsi se l'incomprimibile dovere di controllo sulla gestione del revisore unico qui sostenuto possa riverberarsi sull'effettiva dialettica con l'organo gestorio. Al quesito riterrei di rispondere affermativamente, pur tuttavia dovendo considerare i più contenuti poteri di interlocuzione dei revisori, salvo poter ipotizzare, proprio sulla scorta di tale incomprimibile funzione di

⁸⁴ Parte I, cap. I, par. 4.

⁸⁵ Parte I, cap. I, par. 3.

⁸⁶ Per vero è la S.C. (Cass., 2 agosto 2023, n. 23579, in *Soc.*, 2024, 65 ss.) ad averlo osservato anche recentemente con riguardo al soggetto incaricato della revisione legale dei conti di s.p.a. (v., in particolare, le considerazioni già spese sul punto nella parte I, cap. II, par. 3.3.3.3).

Sul punto, v., con riguardo all'impianto originario del CCII, già L. DE ANGELIS, *L'influenza della nuova disciplina dell'insolvenza sul diritto dell'impresa e della società, con particolare riguardo alle s.r.l.*, in *Rivista ODC*, 2019, 9 ss. nonché A. MIRONE, *op. cit.*, 50 per il quale la norma sembrava aver introdotto una nuova figura di revisore al quale, in mancanza dell'organo di controllo, avrebbero dovuto essere attribuiti alcune funzioni del secondo come quelle in tema di vigilanza sugli assetti.

controllo di gestione e dell'ampio tenore dell'ultimo comma dell'art. 2477 c.c.⁸⁷, l'attribuzione al revisore del potere di ricorrere allo strumento di cui all'art. 2409 c.c. (come peraltro già avviene, per espressa previsione normativa, per i revisori degli Enti del Terzo Settore *ex art. 29 d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117*)⁸⁸.

Quanto, infine, al *meccanismo premiale* di cui al secondo comma dell'art. 2509 CCII, non sembrano esservi dubbi sull'estensione di quanto sopra detto anche al revisore, ferma restando, anche in tal caso, la necessità di considerare che non poche difficoltà sembrerebbero profilarsi con riguardo alla verifica di adempimento all'onere della «vigilanza sul generale andamento delle trattative»: ma forse la premialità si giustificerebbe viepiù in tal caso, ossia proprio in considerazione dei tradizionali inferiori poteri-doveri del revisore di vigilanza sulla gestione⁸⁹.

2.1.3. L'organo di controllo "atipico"

Sempre l'art. 2477, comma 1, c.c., nel considerare, invece, l'ipotesi della nomina facoltativa dell'organo di controllo o del revisore, stabilisce che i soci, nell'esercitare nell'atto costitutivo tale facoltà, possono «determina[rne] le competenze e poteri, ivi compresa la revisione legale dei conti». Di qui, dunque, la possibilità di istituire, secondo l'opinione prevalente, anche un organo di controllo o un revisore – sia esso collegiale o monocratico – “atipico”⁹⁰.

Stante il tenore della norma, la dottrina ha, nel corso del tempo, riflettuto sui limiti dell'autonomia statutaria.

Anzitutto, un primo limite è sembrato potersi rinvenire nella natura della

⁸⁷ Sebbene non si possa nascondere che la norma abbia inteso porre fine più in generale al dibattito interno all'applicabilità dell'art. 2409 c.c. alle s.r.l. In argomento v., in giurisprudenza, in particolare: Corte cost., 29 dicembre 2005, n. 481, in *Riv. dir. comm.* 2006, II, 20 ss., Cass., 13 gennaio 2010, n. 403, in *Giur. comm.*, 2011, II, 50 ss. che avevano escluso l'applicazione dell'art. 2409 c.c. alle s.r.l. in conseguenza dell'abrogazione di quanto originariamente previsto dall'art. 2488, ultimo comma, c.c. In dottrina, v., tra i molti, N. SOLDATI, *La denuncia al Tribunale ex art. 2409 c.c.*, in AA.VV., *La “nuova” s.r.l.*, a cura di M. Bione, R. Guidotti, E. Pederzini, in *Tratt. Galgano*, vol. LXV, Padova, 2012, 371 ss.; G. PRESTI, *La S.r.l. e la scomparsa dell'art. 2409 c.c.: la difficile “elaborazione” del lutto*, in AA.VV., *Il diritto delle società oggi: innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zamarone*, Milano, 2011, 415 ss.; P. BENAZZO, *I controlli nelle società a responsabilità limitata: singolarità del tipo od omogeneità della funzione?*, in *Riv. soc.*, 2010, 18 ss. e spec. 27 ss.; S. AMBROSINI, *Il problema del controllo giudiziario nella S.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 75; G. RACUGNO, *sub art. 2477*, in *Comm. Niccolini-Stagno d'Alcontres*, Napoli, 2004, 1617.

⁸⁸ Per un'estensione dell'art. 2409 c.c. anche al revisore v. M. HOUBEN, *op. cit.*, 910 ss.

⁸⁹ Pur nei limiti di quanto sostenuto sull'inscalfibile nucleo di controllo sulla gestione che il revisore unico di s.r.l. dovrebbe comunque esercitare.

⁹⁰ Su cui v., per tutti, recentemente, O. CAGNASSO, *op. ult. cit.*, 521 ss.; E. PEDERZINI, *Sindaco e revisore tra norme imperative e scelte facoltative. La funzione del controllo interno nella società a responsabilità limitata*, cit., 400 ss.; N. ABRIANI, *I controlli*, cit., 2016. Sul tema v., invero, già G. CAVALLI, *Il controllo legale dei conti nelle società a responsabilità limitata*, cit., 710 ss.

funzione degli organi: è parso, quindi, possibile escludere la facoltà di attribuire all'organo di controllo e al revisore poteri con essi ontologicamente incompatibili, quali quelli degli amministratori, dell'assemblea e dei soci⁹¹.

In secondo luogo, si è cercato di individuare le norme inderogabili applicabili anche all'organo di controllo di nomina facoltativa. Tra queste si è ritenuto di elencare quelle imperative genericamente riferite, nel Codice civile, all'organo di controllo senza distinzioni tra organo di nomina obbligatoria o facoltativa⁹².

Nel solco di questa tesi, si è osservato poi che al *nomen* dovrebbe corrispondere l'istituto richiamato, sicché non potrebbe che applicarsi all'organo nominato la relativa disciplina quantomeno nei suoi tratti "somatici" essenziali e qualificanti, ossia attinenti ai requisiti di indipendenza, professionalità e responsabilità e ciò anzitutto nel rispetto dei tratti minimi del "tipo" cui si ricollega, anche in tale fattispecie, l'esigenza di certezza e, quindi, di riconoscibilità e garanzia nei rapporti esterni, evidentemente interessati dall'attività della società ancorché non obbligata alla nomina⁹³.

Pertanto, non sorprende che i tentativi di ricostruzione della fisionomia degli organi di controllo "atipici", abbiano sempre proposto di individuare possibili poteri aggiuntivi e non di sottrarne di tipici⁹⁴.

Ciò considerato, riterrei, dunque, applicabile anche all'organo di controllo "atipico" di s.r.l. il potere-dovere (-onere) di segnalazione *ex art. 25-octies* CCII anche ove non gli venisse espressamente attribuito (o, addirittura, fosse escluso) dai soci, stante la sua natura imperativa per le medesime argomentazioni – anzi tutto teleologiche – già più volte illustrate, a partire dall'esigenza unionale di *early warning* cui l'istituto si ispira.

Nel senso dell'imperatività della norma sembrerebbe, da ultimo, deporre proprio il Correttivo-ter che, come visto, ha legittimato espressamente anche il soggetto incaricato della revisione legale ad effettuare la segnalazione *ex art. 25-octies* CCII senza distinguere tra tipi societari e tra organo facoltativo e obbligatorio anche al fine di scongiurare i possibili equivoci sopra illustrati sulla possibilità di escluderne l'operatività attraverso la scelta della nomina del solo revisore⁹⁵.

⁹¹ G. CAVALLI, *op. ult. cit.*, 755, nt. 29.

⁹² Così ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., 2010, 1150 e ID., *La S.R.L. a vent'anni dalla riforma del diritto societario*, cit., 289 ss. *Contra*, O. CAGNASSO, *op. ult. cit.*, 525 per cui parrebbe singolare consentire, da un lato, ai soci di nominare facoltativamente un organo e, dall'altro, esercitata tale facoltà, di limitarne l'autonomia privata con regole imperative. Riterrei, tuttavia, di dissentire con quest'ultima autorevole tesi poiché non appare, a mio avviso, contraddittorio porre i soci dinanzi alla scelta se istituire un determinato organo con specifici ed anche, in taluni aspetti, inderogabili poteri o caratteristiche (che ne connoterebbero, per il legislatore, gli elementi strutturali e financo ontologici) oppure non istituirlo.

⁹³ E. PEDERZINI, *op. ult. cit.*, 434 e ivi ruff.

⁹⁴ Ad esempio, si è proposto di conferire all'organo di controllo, in aggiunta ai suoi poteri tipici, il potere di formulare parerei o rilasciare autorizzazioni (G. CAVALLI, *op. ult. cit.*, 755, nt. 29).

⁹⁵ V. chiaramente anche le parole della Relazione Illustrativa riportate al paragrafo precedente.

Con l'art. 25-*octies* CCII, riterrei parimenti applicabile all'organo di controllo "atipico" l'intera relativa disciplina sopra esaminata, a partire dalla tesi del *presupposto cangiante*, dalle modalità di *rilevazione e segnalazione* del presupposto, incluse quelle di partecipazione al *procedimento segnalatorio*, sino al *meccanismo premiale* del secondo comma. Con una precisazione: l'intensità dei diversi momenti valutativi (e, con essi, dei meccanismi presuntivi ipotizzati) e, quindi, il grado di severità con cui scrutinare la condotta dell'organo dipenderanno dai poteri in concreto ad esso attribuiti dallo statuto.

2.2. Nei sistemi alternativi di governance

In conclusione, merita un cenno, l'eventuale adozione di modelli alternativi di *governance* nella s.r.l.

Come noto, è discusso se in tale tipo societario possano adottarsi il sistema dualistico e quello monistico, posto il silenzio della legge sul punto⁹⁶. L'opinione prevalente ritiene incompatibile il modello dualistico, data l'inderogabile competenza dei soci di s.r.l. in merito all'approvazione del bilancio ed alla nomina degli amministratori, aspetti, che, in effetti, sembrano contrastare con l'attribuzione di tali poteri al consiglio di sorveglianza, mentre la compatibilità di quello monistico appare legata all'interpretazione sopra illustrata dell'art. 2477 c.c. e, in ogni caso, al fatto che l'art. 2409-*octiesdecies* c.c. sembra consentire una deroga statutaria alla nomina dei componenti del comitato per il controllo sulla gestione da parte del consiglio di amministrazione⁹⁷.

Quale che sia l'orientamento seguito, ove se ne riconoscesse l'ammissibilità, sembra in ogni caso possibile richiamare quanto sopra proposto con riguardo alla segnalazione nei sistemi alternativi di *governance* nella s.p.a.⁹⁸, fermo il noto filtro di compatibilità con le peculiarità della s.r.l. e, in particolare, dei casi in cui risulti obbligatoria la nomina dell'«organo di controllo o del revisore» ex art. 2477 c.c. In tal caso, dovendo essere obbligatoriamente quest'ultimo l'organo di controllo da nominare, occorrerà richiamare integralmente quanto

⁹⁶ V. recentemente la rassegna di T. CAVALIERE, *Percorsi di giurisprudenza – L'amministrazione della S.R.L.*, in *Giur. it.*, 2024, 953-954.

⁹⁷ In senso contrario per l'adozione di entrambi i modelli: Massima I.C.2/2004 del Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, in *www.notaitriveneto.it.*, secondo cui «è inammissibile nella S.r.l. l'adozione di sistemi di amministrazione alternativi a quello tradizionale (sistema dualistico e sistema monistico) previsti in materia di S.p.a., anche se subordinati risolutivamente all'insorgere dell'obbligo legale di adozione del collegio sindacale ai sensi dell'art. 2477 c.c.», nonché Trib. Roma, 10 dicembre 2010, in *Riv. dir. comm.*, 2012, II, 95. Per maggiori aperture con riguardo al dualistico v. Trib. Roma, 24 maggio 2010, in *Riv. dir. soc.*, 2011, II, 143.

⁹⁸ Par. 1 del presente capitolo.

illustrato nel presente par. 2 a seconda sia del tipo di controllore, pur obbligatorio, prescelto sia, conseguentemente, delle diverse tesi esistenti sui relativi poteri-doveri.

3. Nelle “altre” imprese (cenni). In particolare quelle cc.dd. «sotto soglia»

Come già rilevato, sembra possibile affermare che la composizione negoziata sia applicabile ad ogni imprenditore.

Ciò non solo perché – nuovamente – l'esigenza unionale dell'*early warning* appare comune a tutte le imprese a prescindere dalla relativa dimensione economica o dal settore in cui opera, ma perché è anzitutto l'art. 12 CCII a riferirsi genericamente all'«imprenditore commerciale e agricolo». Inoltre, sembrerebbe deporre *a contrario* il tal senso il fatto che il vecchio testo del CCII a differenza di quello odierno escludeva numerose tipologie di soggetti dagli (allora) strumenti di allerta e, in particolare, dalle segnalazioni interne ed esterne⁹⁹.

⁹⁹ Così ai sensi del comma 4 dell'originario art. 12 CCII: «[g]li strumenti di allerta si applicano ai debitori che svolgono attività imprenditoriale, esclusi le grandi imprese, i gruppi di imprese di rilevante dimensione, le società con azioni quotate in mercati regolamentati, o diffuse fra il pubblico in misura rilevante secondo i criteri stabiliti dal Regolamento della Commissione nazionale per le società e la borsa – Consob concernente la disciplina degli emittenti».

Ai sensi del comma 5 della medesima norma: «[s]ono altresì escluse dall'applicazione degli strumenti di allerta:

- a) le banche, le società capogruppo di banche e le società componenti il gruppo bancario;
- b) gli intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385;
- c) gli istituti di moneta elettronica e gli istituti di pagamento;
- d) le società di intermediazione mobiliare, le società di gestione del risparmio, le società di investimento a capitale variabile e fisso, le società capogruppo di società di intermediazione mobiliare e le società componenti il gruppo;
- e) i fondi comuni di investimento, le succursali di imprese di investimento e di gestori esteri di fondi di investimento alternativi; i depositari centrali;
- f) le fondazioni bancarie di cui al decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153;
- g) la Cassa depositi e prestiti di cui al decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni dalla legge 24 novembre 2003, n. 326;
- h) i fondi pensione;
- i) le imprese di assicurazione e riassicurazione di cui al codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209;
- l) le società fiduciarie di cui all'articolo 199 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria di cui decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58; le società fiduciarie, le società fiduciarie e di revisione e gli enti di gestione fiduciaria disciplinati dalla legge 23 novembre 1939, n. 1966; le società di cui all'articolo 2 del decreto-legge 5 giugno 1986, n. 233, convertito, con modificazioni, dalla legge 1 agosto 1986, n. 430; le società fiduciarie di cui all'articolo 60, comma 4, del decreto legislativo 23 luglio 1996, n. 415».

Inoltre, ai sensi dei commi 7 e 8:

Esclusioni che oggi non si rinvergono per la composizione negoziata. Sicché, oggi, parrebbero poter ricorrere a quest'ultima¹⁰⁰:

(a) le imprese soggette alla liquidazione giudiziale, quindi le imprese commerciali «non minori», incluse le società quotate e pubbliche¹⁰¹, ma anche quelle non soggette a liquidazione giudiziale, poiché «sotto soglia» (*ex art. 25-quater CCII*) e «minori» [ovvero, prive di tutti i presupposti quantitativi di cui all'art. 2, comma 1, lett. d), CCII]¹⁰², stante il generico riferimento all'imprenditore commerciale di cui all'art. 12 CCII;

(b) l'impresa agricola (menzionata in modo esplicito dall'art. 12, comma 1, CCII);

(c) la «grande impresa» soggetta alle procedure di cui ai d.lgs. 8 luglio 1999 n. 270, d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 e d.l. 28 agosto 2008, n. 134, posto che l'art. 18, comma 4, CCII prevede che dal giorno della pubblicazione della istan-

– «[g]li strumenti di allerta si applicano anche alle imprese agricole e alle imprese minori, compatibilmente con la loro struttura organizzativa, ferma la competenza dell'OCC per la gestione della fase successiva alla segnalazione dei soggetti di cui agli articoli 14 e 15 ovvero alla istanza del debitore di composizione assistita della crisi»;

– «[p]er le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa diverse da quelle di cui ai commi 4 e 5, il procedimento di allerta e di composizione assistita della crisi è integrato ai sensi dell'articolo 316, comma 1, lettere a) e b)».

¹⁰⁰ In argomento, C. TRENTINI, *I presupposti*, in AA.VV., *Crisi e Insolvenza dopo il Correttivo ter*, a cura di M. Irrera, S.A. Cerrato, Bologna, 2024, 221 ss., G. PRESTI, *Le banche e la composizione negoziata della crisi*, in *Diritto della crisi*, 9 febbraio 2023, S. BONFATTI, *La procedura di Composizione Negoziata per la soluzione della Crisi d'Impresa: funzione, natura, presupposti ed incentivi*, *ivi*, 20 settembre 2023, ID., *La procedura di liquidazione coatta amministrativa nel fallimento e nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Pisa, 2022, 66 ss., ID., *La disciplina delle crisi degli intermediari bancari e finanziari*, Milano, 2021, 15 ss.; F. VALERINI, S. GAMBADORO, *La composizione negoziata della crisi d'impresa (artt. 12-25 undecies)*, in *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, III ed., a cura di M. Giorgetti, A. Bonafine, Pisa, 2023, 24, ANT. ROSSI, *sub art. 12*, in *Commentario breve alle leggi su crisi d'impresa dell'insolvenza*, a cura di A. Maffei Alberti, Milano, 2023, 79; ID., *I presupposti della CNC, tra debiti dell'imprenditore e risanamento dell'impresa*, in *Diritto della crisi*, 30 novembre 2021; R. GUIDOTTI, *La composizione negoziata e la direttiva Insolvency; prime note*, *ivi*, 2 febbraio 2022, 7 ss.; F. LAMANNA, *Il codice della crisi e dell'insolvenza dopo il secondo correttivo*, Milano, 2022, 136; S. AMBROSINI, *La nuova Composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 23 agosto 2021.

Problematica sarà piuttosto per tali imprese (specie per quelle che non possono fare ricorso a procedure concorsuali diverse da quelle speciali disciplinate dalle rispettive normative di settore), l'interpretazione e la fruibilità dei diversi esiti della composizione negoziata *ex art. 23 CCII*.

Sull'imprenditore cessato, defunto, di fatto o non iscritto al Registro delle imprese, v. la ricognizione di C. TRENTINI, *op. ult. cit.*, 222 ss. e *ivi* rife al relativo dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

¹⁰¹ Da intendersi le «società a partecipazione pubblica» (art. 2 d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175), le «società *in house*» se hanno natura di società commerciale, posto che ad esse si applica la disciplina comune di diritto commerciale (C. TRENTINI, *op. ult. cit.*, 230, G. MINUTOLI, *op. cit.*, 17-18).

¹⁰² Su queste v. più ampiamente oltre.

za di cui al relativo comma 1 anche «la sentenza [...] di accertamento dello stato insolvenza non può essere pronunciata»;

(d) le imprese bancarie, gli intermediari finanziari non bancari, le SIM, le imprese d'investimento, le società di gestione del risparmio, le SICAV, le imprese di assicurazione, pur sottratti alle “procedure concorsuali” diverse da quelle disciplinate, rispettivamente, nel TUB, nel TUF e nel Codice delle Assicurazioni, perché la composizione non ha – come si è visto – natura di “procedura concorsuale”¹⁰³.

Ciò premesso, poiché l'obiettivo del presente lavoro è quello di proporre una ricostruzione della disciplina generale dell'istituto della segnalazione *ex art. 25-octies* CCII e, quindi, modellata sull'imprenditore regolato dal Codice civile, così da rappresentare il possibile modello base di riferimento da adattare e declinare non solo al caso specifico, ma al controllore operante nell'ambito della normativa di settore, non si intende affrontare l'istituto con riguardo a tutti i predetti specifici ambiti¹⁰⁴.

Cionondimeno, poiché espressamente contemplata dal CCII ed in quanto trasversale tra i diversi “tipi” ed idonea, quindi, ad incidere sulla disciplina generale, sembra opportuno un breve *focus* sulla composizione negoziata delle imprese cc.dd «sotto soglia»¹⁰⁵.

Si tratta di quelle imprese, agricole o commerciali, che, ai sensi dell'art. 25-*quater* CCII, «presenta[no] congiuntamente i requisiti di cui all'articolo 2, comma 1, lettera d)» CCII, ovverosia le c.d. «imprese minori» e le imprese agricole¹⁰⁶, che, in quanto tali, non sono soggette a liquidazione giudiziale (art. 121

¹⁰³ V. parte I, cap. I, par. 1.

¹⁰⁴ Che potrebbe rappresentare anche lo spunto per successivi lavori di ricerca. Si pensi, ad esempio, all'eventuale dovere del collegio sindacale di società quotate di denunciare anche alla Consob, *ex art. 149*, comma 3, TUF, inefficienze nell'ambito del *procedimento segnalatorio* o, ancora, ai diversi poteri del consiglio di sorveglianza e del comitato per il controllo sulla gestione nelle quotate. Per non parlare poi dei peculiari poteri e doveri degli organi di controllo del settore bancario e assicurativo e nei relativi gruppi societari.

¹⁰⁵ Su cui v. i recenti contributi di I. DEMURO, *Le imprese sottosoglia*, in AA.VV., *Crisi e Insolvenza dopo il Correttivo ter*, a cura di M. Irrera, S.A. Cerrato, Bologna, 2024, 431 ss. e, per la disciplina ai sensi del d.l. n. 118 del 2021, quelli di M. SPADARO, *La composizione negoziata della crisi delle imprese sottosoglia*, in *Fall.*, 2022, 312 ss. e di C. TRENTINI, *Presupposto soggettivo*, in AA.VV., *La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento. d.l. 118/2021 conv. in l. 147/2021*, diretto da M. Irrera, S.A. Cerrato e coordinato da F. Pasquariello, Bologna, 2022, 60 ss.

¹⁰⁶ La Relazione Illustrativa al Correttivo-ter, spiega che, proprio per tale ragione, si è mantenuto il riferimento al concetto di impresa «sotto soglia»: «[r]imane il riferimento all'impresa sotto-soglia contenuto nel decreto-legge n. 118/2021, che non viene sostituito col riferimento all'impresa minore come definita all'articolo 2, lett. d). Ciò perché nella definizione generale della lettera d) l'impresa presa in considerazione è quella commerciale, mentre l'impresa agricola è menzionata alla lettera c). Si è ritenuto dunque necessaria una previsione autonoma che chiarisse che nella composizione nego-

CCII). Per queste imprese, proprio all'art. 25-*quater* CCII, il legislatore prevede una specifica ipotesi di composizione negoziata.

Anche la segnalazione dell'organo di controllo sembra doversi applicare a tali imprese, ciò non solo per la già più volte ricordata esigenza unionale dell'*early warning* (che appare comune a tutte le imprese), ma perché l'art. 25-*octies* CCII – «in quanto compatibile» – è espressamente richiamato dal comma 5 della norma menzionata.

Non sembra, però, che tale verifica di compatibilità porti ad esiti particolarmente differenti rispetto a quelli già sopra esaminati rispetto alle imprese «sopra soglia», esiti che, quindi, possono richiamarsi anche per le imprese in esame. Con tuttavia alcune precisazioni.

Vi sono, infatti, due elementi normativi da considerare su cui le due discipline in questione parrebbero divergere.

In primo luogo, occorre focalizzare l'attenzione sul *presupposto* della segnalazione o, meglio, stante la sua struttura «composita»¹⁰⁷, a quello per ricorrere alla composizione negoziata. Infatti, come anticipato, il Correttivo-*ter* non ha modificato il primo comma dell'art. 25-*quater* CCII, come ha fatto, invece, per l'art. 12 CCII con riguardo alle imprese «sopra soglia»¹⁰⁸. Come si ricorderà, il legislatore del correttivo ha per queste ultime aggiunto sia espressamente le condizioni di «crisi» e di «insolvenza» richiamando l'art. 2, comma 1, CCII sia le parole «anche soltanto» prima del concetto di «squilibrio» rilevante, con ciò dando formalmente ingresso, secondo quanto sostenuto nel presente lavoro, al concetto di *pre-crisi*¹⁰⁹. Pertanto si potrebbe, *prima facie*, affermare che, sulla base di una mera argomentazione testuale (*a contrario*), per le imprese «sotto soglia» sia tuttora aperto il dibattito sopra riportato e che, prima del Correttivo-*ter*, riguardava anche le altre imprese, aprendo dunque nuovamente la strada anche alla tesi che si è sopra definita come «*restrittiva*».

La tesi, però, mi pare da abbandonare, non dovendovi essere dubbi, a mio avviso, sull'estensione analogica (mediante interpretazione correttivo – additiva dell'art. 25-*quater*, comma 1, CCI) delle integrazioni apportate dal Correttivo-*ter* all'art. 12 CCII anche per tali imprenditori, potendo la differente dizione delle norme essere frutto di mera svista del legislatore¹¹⁰.

ziata la scelta tra l'applicazione all'impresa agricola dell'articolo 23 o l'articolo 25-*quater* dipende dall'elemento dimensionale». Pertanto, come recentemente sostenuto, «[d]a ciò dovrebbe discendere che in relazione alle dimensioni (*rectius*: soglia) dell'impresa agricola la stessa potrà fare ricorso alla composizione negoziata «generale» oppure a quella prevista dall'art. 25 *quater*, con conseguente differente disciplina» (I. DEMURO, *op. ult. cit.*, 430 e G. MINUTOLI, *La multiforme nozione di impresa agricola alla prova del codice della crisi*, in *Fall.*, 2023, 943-944).

¹⁰⁷ Parte I, cap. I, par. 1.

¹⁰⁸ V. sempre parte I, cap. I, par. 1.

¹⁰⁹ V. le argomentazioni sviluppate nella parte I, cap. I, par. 1, 2, 3.1, 3.3.

¹¹⁰ Peraltro, l'art. 12 CCII è richiamato nella sua interezza, senza, dunque, distinzioni, dal

Infatti, considerati gli obiettivi della normativa, non si vedrebbe la ragione di tale diversità di trattamento che sarebbe, dunque, irragionevole. Si pensi, peraltro, ove si considerasse tale diversa prospettiva, le difficoltà operative, del tutto contrastanti con la *ratio* del sistema, nell'ambito della composizione negoziata di gruppo *ex art. 25 CCII*: come si avrà modo di vedere nella parte terza del lavoro, non sembra prospettabile un diverso regime di *early warning* nell'ambito del medesimo gruppo a seconda che le singole imprese ad esso appartenenti siano sopra o sotto soglia.

Ad ogni modo, anche ove si intendesse riproporre il predetto dibattito per queste imprese, sembrano da preferirsi la tesi *estensiva* e quella *super-estensiva moderata* per le medesime argomentazioni sopra sviluppate¹¹¹.

In secondo luogo (e questa è l'altra peculiarità normativa), non sono richiamati gli artt. 25-*novies* e 25-*decies* CCII e, quindi, l'apparato delle segnalazioni esterne.

Al di là della non condivisibilità della scelta (in considerazione della *ratio* di tali segnalazioni e dell'*early warning*) appare obiettivamente difficile qui sostenere che si tratti di mera svista, posto che il comma 5 dell'art. 25-*quater* CCII elenca chiaramente le norme applicabili alle imprese in esame e ciò, riterrei, presumibilmente sul presupposto di non voler eccessivamente onerare il ceto bancario e soprattutto i creditori pubblici qualificati degli obblighi di segnalazione con riguardo a tali realtà imprenditoriali.

comma 5 della norma in esame pur posto il filtro della «compatibil[ità]». Il fatto stesso che il richiamo sia all'intera disposizione dovrebbe suggerire la volontà del legislatore di contemplare una certa simmetria e completezza nel sistema piuttosto che escludere la rilevanza dei tre stadi per le imprese «sotto soglia», aspetto che, per le ragioni teleologiche già esposte, non sembra poter fondare un giudizio di «incompatibilità». D'altronde, seguendo la tesi contraria, non vi sarebbe stata ragione di richiamare anche il primo comma dell'art. 12 CCII, posto che l'art. 25-*quater* CCII, seguendo tale tesi opposta, dovrebbe contenere già la disciplina integrale di tale primo comma (ovverosia il presupposto della composizione negoziata e le modalità di nomina dell'esperto). Senza peraltro considerare, in chiave storica, che l'«antenato» dell'art. 25-*quater* CCII (l'art. 17 d.l. n. 118 del 2021) non rinviava all'art. 2 sui presupposti di accesso alla composizione negoziata. L'odierno richiamo apparirebbe quindi un ulteriore indice della volontà di rendere omogenei i presupposti a prescindere dalle dimensioni o dal tipo di impresa.

Prima del Correttivo-*ter* era stato infatti già sostenuto che «[p]er cercare di attribuire una ragione a tale scelta legislativa si potrebbe ritenere che, presumibilmente, per evitare dubbi interpretativi si è preferito «rafforzare» l'individuazione del presupposto oggettivo attraverso un rinvio e una riproduzione dello stesso, determinando in tal modo che le (pre-)condizioni per il ricorso alla composizione negoziata sono le stesse a prescindere dalle dimensioni dell'impresa» (I. DEMURO, *op. ult. cit.*, 431).

¹¹¹ V., parte I, cap. I, par. 3.

Capitolo II

La segnalazione interna nei gruppi di società

SOMMARIO. 1. Premessa. *Ratio* della composizione negoziata di gruppo e note metodologiche. – 2. L’oggetto dell’attività di vigilanza dell’organo di controllo nei gruppi di società. – 2.1. I principi di «corretta gestione societaria e imprenditoriale». – 2.2. Il rapporto tra i principi di «corretta gestione societaria e imprenditoriale», i principi di «corretta amministrazione» e i doveri degli amministratori della capogruppo e dell’eterodiretta. – 2.2.1. *Business judgment rule*, “funzione filtro” e limiti dal CCII alla teoria dei vantaggi compensativi (cenni). – 2.2.2. Gli assetti “di gruppo” e la tesi del collegamento negoziale. – 2.3. Sintesi dei doveri degli organi di controllo “di gruppo”. – 3. Composizione negoziata di gruppo e declinazione della tesi del “presupposto cangiante”. – 3.1. Il presupposto per ricorrere alla composizione negoziata di gruppo. – 3.2. Il “presupposto cangiante” della segnalazione nei gruppi. – 4. La rilevazione del presupposto della segnalazione nei gruppi. – 4.1. Il ruolo degli assetti di gruppo nella rilevazione del presupposto. – 4.2. I poteri informativi dell’organo di controllo nel gruppo ai fini della rilevazione del presupposto della segnalazione. – 4.2.1. I poteri informativi nei gruppi. Il problema. – 4.2.2. ... (segue) La tesi del collegamento contrattuale nei gruppi. – 4.2.3. I poteri informativi ed ispettivi. In particolare il flusso informativo “biunivoco”. – 4.2.3.1. I poteri informativi dell’organo di controllo della *capogruppo*. – 4.2.3.2. I poteri informativi dell’organo di controllo dell’*eterodiretta*. – 4.3. Segnalazione nei gruppi e dovere di riservatezza. – 4.4. Rilevazione e meccanismo presuntivo di tempestività. – 5. La disciplina della segnalazione, il procedimento segnalatorio nei gruppi e la vigilanza nel corso delle trattative. – 5.1. Il controllo giudiziario nei gruppi. – 5.1.1. La legittimazione. – 5.1.2. Il perimetro del sindacato dell’organo di controllo di gruppo sul riscontro dell’organo amministrativo alla segnalazione. – 5.2. La vigilanza in pendenza delle trattative. – 6. Il meccanismo premiale in punto responsabilità nei gruppi. – 6.1 *Focus* sulla responsabilità c.d. “aggiuntiva”: nozione e differenze con l’art. 2055 c.c. – 6.2. ... (segue) Responsabilità “aggiuntiva” ed art. 25-*octies* CCII.

1. Premessa. *Ratio* della composizione negoziata di gruppo e note metodologiche

Con l’art. 25 CCII il legislatore introduce la composizione negoziata nei «gruppi di imprese»¹.

¹I quali ricevono dal CCII un’espressa definizione all’art. 2, comma 1, lett. h), CCII. Sulla composizione negoziata di gruppo la letteratura è già copiosa. Per gli opportuni riferimenti rilevanti ai fini della presente trattazione v. *infra*.

Per quanto qui interessa, la norma consente, in sostanza, a ciascuna impresa di un gruppo, che si trovi nelle condizioni di cui all'art. 12, comma 1, CCII, di ricorrere alla composizione negoziata, la quale potrebbe svolgersi unitariamente, purché ciò non renda eccessivamente gravose le trattative (comma 5) e coinvolgere, anche su invito dell'esperto, le altre imprese partecipanti allo stesso gruppo, incluse quelle che non si trovino nelle predette condizioni di cui all'art. 12, comma 1, CCII (comma 6). La norma prevede poi, salvo peculiari regole procedurali e l'esclusione della postergazione, in determinate circostanze, dei finanziamenti infragruppo (commi 4, 7 e 8), che le imprese del gruppo possono, individualmente o unitariamente, partecipare agli esiti della composizione previsti dall'art. 23 (comma 9).

L'art. 25 CCII ha, in particolare, l'obiettivo di consentire ai gruppi di società, globalmente intesi ed alle singole società ad essi appartenenti, di ricorrere agli unici strumenti di *early warning* rimasti nel nostro ordinamento a seguito dei molteplici correttivi del CCII², così colmando una lacuna che non si era esitato³ di ritenere piuttosto grave (tenuto conto che lo stesso CCII, sin dalle prime sue versioni, disciplinava, invece, gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza di gruppo⁴) e conformando, secondo una recente condivisibile opinione⁵, l'ordinamento italiano a una delle «*guidelines* fondamentali» della Direttiva *Insolvency* che, pur non occupandosi direttamente dei gruppi, afferma il più volte citato principio, cristallizzato nel 22° *Considerando*, per cui gli strumenti di allerta precoce dovrebbero essere adattati alle «dimensioni» dell'impresa⁶.

Sono, infatti, noti, specie ove le singole imprese siano integrate tra loro proprio in ragione di un'attività di direzione e coordinamento e non di un semplice rapporto di controllo, non solo la tendenza della capogruppo a fornire supporto alle società eterodirette⁷ (supporto che, per alcuni interpreti, sarebbe addirittura

² Su cui v. Introduzione.

³ L. BENEDETTI, *Frammenti di uno statuto organizzativo delle società del gruppo in crisi ricavabili dal sistema dell'allerta: prime considerazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2020, 715 ss.

⁴ Su cui v., per tutti, l'opera collettanea AA.VV., *I gruppi nel codice della crisi*, a cura di D. Vattermolli, Pisa, 2020 nonché sulle ragioni della specifica considerazione del gruppo nella crisi i contributi di R. PENNISI, *Considerazioni sul gruppo di imprese nel nuovo codice della crisi*, in AA.VV., *La crisi d'impresa nel nuovo codice: problemi e prospettive*, a cura di F. Barachini, Torino, 2024, 85 ss., A. NIGRO, *I gruppi nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, in *Crisi d'impresa e insolvenza*, 23 gennaio 2020, 2; G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di imprese nel CCII: tra unità e pluralità*, in *Soc.*, 2019, 414 ss.

⁵ L. BENEDETTI, *La disciplina della composizione negoziata di gruppo*, cit., 285-286.

⁶ Tenendo anche conto di quelle operanti nei gruppi di grandi dimensioni (tanto che nella versione definitiva del relativo art. 3 è stata espunta la possibilità degli Stati membri di limitare l'accesso all'*early warning* alle PMI e alle imprese individuali). Sul punto v. P. VELLA, *Le finalità della composizione negoziata e la struttura del percorso. Confronto col c.c.i.i.*, in *Fall.*, 2021, 1494.

⁷ F. CORSI, *L'insolvenza nel gruppo*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno internazionale di*

ra un obbligo⁸), ma anche – e soprattutto – la capacità di ciascuna impresa di un gruppo di influire sulle sorti economiche dell'altra, quantomeno da un punto di vista finanziario⁹, come dimostra il noto “effetto domino” tipico dell'ipotesi di aggregazione di imprese in esame¹⁰.

In questo modo l'art. 25 CCII attuerebbe il principio della tempestiva emergenza e del precoce trattamento della crisi nella prospettiva unitaria di gruppo¹¹.

studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995, a cura di P. Balzarini, G. Carcano, G. Mucciarelli, II, Milano, 1996, 1064 ricorda che lo scopo unitario del gruppo sarebbe ostacolato dall'incapacità di una delle imprese ad esso appartenenti di superare le proprie condizioni di crisi, sicché l'incapacità della capogruppo di risollevare le sorti di questa potrebbe rappresentare un indice della diffusione della crisi o dell'insolvenza in tutto il gruppo. Così, più in generale in ambito internazionale, v. le riflessioni di C. PAULUS, *Group Insolvency – Some Thoughts About New Approaches*, in 42 *Texas Int'l L. Jour.*, 2007, 828.

⁸ Su cui v. *infra*.

⁹ «Tutto questo comporta che, pure se l'accertamento dello stato di insolvenza vada condotto con riferimento alla singola società, non possa prescindersi dall'interdipendenza sul piano soprattutto finanziario esistente tra le società del gruppo, e dunque che si possa tenere conto, secondo le tecniche di consolidamento dei bilanci di gruppo, della capacità di soddisfare con l'attivo esistente i debiti facenti capo a ciascuna delle società del gruppo» (M. MIOLA, *Attività di direzione*, cit., 2693 ss.; v. anche N. ABRIANI, L. PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi di società*, in AA.VV., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, a cura di O. Cagnasso, L. Panzani, II, Torino, 2016, 3033, G. FERRI JR, *Il concordato preventivo di gruppo: profili sostanziali*, in *I gruppi nel Codice della crisi*, a cura di D. Vattermoli, Pisa, 2020, 35).

¹⁰ Su cui v., per tutti, il recente contributo di M. MIOLA, *Crisi dei gruppi e finanziamenti infra-gruppo nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2019, 317 ss.

In argomento si è inoltre osservato che «in termini astratti, la soluzione ideale, nell'ipotesi di crisi patrimoniale dei gruppi, parrebbe essere quella di trattare il gruppo insolvente come impresa unica, facendo prevalere, nella situazione di crisi, la sostanza economica sulla forma giuridica» (A. NIGRO, *I gruppi nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, in AA.VV., *I gruppi nel codice della crisi*, a cura di D. Vattermoli, Pisa, 2020, 22). Si pensi, inoltre, al caso del *cash pooling* con riferimento al quale le imprese eterodirette ben potrebbero essere interessate alle vicende finanziarie della stessa capogruppo ove fosse quest'ultima a gestire la liquidità del gruppo.

¹¹ Così N. ABRIANI, *La crisi dei gruppi di imprese tra composizione negoziata e codice della crisi*, in *Riv. dir. comm.*, 2022, 391 ss., G. SCOGNAMIGLIO, *La gestione dei gruppi di imprese nella prospettiva del risanamento. Spunti dalla recente disciplina della “composizione negoziata”*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 6 maggio 2022.

La norma si inserisce nel più ampio quadro regolatorio delle crisi del gruppo che, come noto, è al centro del dibattito da ormai diversi anni. La l. delega n. 155 del 2017 aveva l'obiettivo di ricomporre il quadro disorganico che si era ormai creato sul punto a far data almeno dalla riforma organica della legge fallimentare del 2006, imponendo al legislatore delegato di raccordare le norme italiane con quelle del Regolamento UE 848/2015 e con i principi elaborati in sede UNCITRAL (cfr. ad esempio, la *Model Law on Enterprise Group Insolvency*, “MLEGI” del 2019, su cui v. per tutti L. BOGGIO, *La partecipazione di società non insolventi al concordato preventivo di gruppo nell'evoluzione del sistema: nuovi spunti tratti dalla Legge Modello UNCITRAL del 2019, dal d.l. 24 agosto 2021, n. 118 e dal novellato codice della crisi*, in *Giur. comm.*, 2022, 838 ss.).

Prima del CCII solo per le imprese di grandi dimensioni (artt. 80 ss., d.lgs. n. 270 del 1999

Ciò premesso, occorre in questa sede declinare quanto visto nelle pagine che precedono in tali fattispecie e, segnatamente, valutare l'istituto della segnalazione *ex art. 25-octies* CCII in un contesto di gruppo, ove l'attività di controllo ha da tempo suscitato l'interesse degli interpreti alla luce delle rilevanti sfumature che proprio la dinamica di gruppo le conferisce¹².

In particolare appare necessario focalizzare l'attenzione su quattro specifici aspetti che ricalcano le coordinate fondamentali dell'indagine:

a) la declinazione della tesi del *presupposto cangiante* nella duplice prospettiva dell'organo di controllo della capogruppo e dell'eterodiretta;

b) le modalità di *rilevazione* del presupposto della segnalazione, considerando l'eventuale dimensione "di gruppo" degli assetti e dei poteri dell'organo di controllo in tale contesto;

c) la disciplina del *procedimento segnalatorio* nell'ambito della dinamica e dei flussi informativi nel gruppo e l'attività di *vigilanza* dell'organo di controllo nel corso delle trattative, considerando, in particolare, i paradigmi di riferimento con riguardo alle società del gruppo *ex art. 21* CCII;

d) l'operatività del *meccanismo premiale* del secondo comma dell'art. 25-octies CCII parimenti nella duplice prospettiva dell'organo di controllo della capogruppo e dell'eterodiretta.

e artt. 1 ss. d.l. n. 347 del 2003 modificato dalla l. n. 39 del 2004) e per quelle operanti in settori "speciali" (v., ad esempio, gli artt. 69-*quinquies* ss. e 98 ss. TUB, nonché l'art. 55-*quater* TUF) erano state introdotte norme specificamente dedicate a regolare gli effetti della crisi e dell'insolvenza di dimensione di gruppo (nelle diverse definizioni previste nell'ordinamento italiano).

¹² Così, già G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, I, 252, nt. 54, che si domandava se «l'appartenenza della società a un gruppo [...] comportando un ampliamento o, meglio, una diversa configurazione degli obblighi e delle responsabilità degli amministratori, comport[asse] altresì un'estensione o una diversa configurazione degli obblighi e delle responsabilità dei sindaci».

Invero, nonostante la rilevanza del tema, a fronte di una copiosa letteratura tedesca (a partire dagli scritti sull'ampliamento delle funzioni di controllo dello *Aufsichtsrat* di J. SEMLER, *Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1996, 233 e di M. LUTTER, *Das Unvollendete Konzernrecht*, in *Festschrift für K. Schmidt*, Köln, 2009, 1070 ss., ID., *Der Aufsichtsrat im Konzern*, in AG, 2006, 517 ss.), non sono molti i contributi della dottrina italiani sull'organo di controllo di gruppo. In argomento, d'obbligo è, in ogni caso, il riferimento, con riguardo ai sindaci, ai lavori di U. TOMBARI, *Il controllo sindacale sugli amministratori in una società per azioni dominante e dipendente. Contributo ad uno studio dei sindaci in una prospettiva "di gruppo"*, in Riv. soc., 1997, 939 e di P. BALZARINI, *Il controllo del bilancio consolidato: il ruolo del collegio sindacale*, in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del Convegno internazionale di studi*, Venezia, 16-17-18 novembre 1995, Milano, 1996, I, 672 ss., con riguardo al consiglio di sorveglianza, v. i noti studi di V. CARIELLO, *Il sistema dualistico* Torino, 2012, ID., *Il sistema dualistico. Vincoli tipologici e autonomia statutaria*, Milano, 2009, U. TOMBARI, *Sistema dualistico e potere di "alta amministrazione" del consiglio di sorveglianza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, 728-729.

L'approfondimento di tali profili richiede, a mio avviso, un previo succinto esame dell'oggetto dell'attività di vigilanza nell'ambito dei gruppi di società, quale presupposto fondamentale per l'indagine¹³.

2. *L'oggetto dell'attività di vigilanza dell'organo di controllo nei gruppi di società*

Già all'indomani dell'approvazione della l. delega n. 155 del 2017 e delle prime bozze del CCII¹⁴ sembrava possibile sostenere che, anche nell'ambito dei gruppi¹⁵, l'organo di controllo dovesse vigilare sia sulla correttezza gestoria che sullo stato di salute dell'impresa, monitorando in ogni caso che gli amministratori di ogni società del gruppo non si arrestassero ad una visione atomistica della singola società da essi gestita¹⁶, considerando, in un'accezione più economica che giuridica di gruppo, la continuità aziendale e lo stato di salute dell'intera realtà imprenditoriale di gruppo¹⁷.

In particolare, pareva sostenibile che l'organo di controllo dovesse monitorare, oltre al rispetto della legalità in senso stretto *ex art.* 2403 c.c., anzitutto che gli amministratori:

¹³ Metodologicamente, anche qui (come fatto in precedenza), il modello di riferimento sarà, anzitutto, il collegio sindacale di s.p.a., precisando in nota, ove ritenuto necessario, le opportune specificazioni con riguardo ai diversi tipi di controllori.

¹⁴ Sia consentito rinviare a F. SUDIERO, *Il collegio sindacale "di gruppo" e continuità aziendale: tra «fondati indizi della crisi» e vantaggi compensativi «fondatamente prevedibili»*, in AA.VV., *Impresa e rischio. Profili giuridici del risk management*, a cura di S.A. Cerrato, Torino, 2019, 128 ss.

¹⁵ Per analoghe considerazioni con riguardo alla società monade v. capitolo introduttivo, par. 2.

¹⁶ Così già, invero con riguardo al dovere di vigilanza sulla corretta gestione, U. TOMBARI, *Collegio sindacale in gruppi di società: la responsabilità dei sindaci di una s.p.a. "capogruppo"*, in AA.VV., *Responsabilità societarie e assicurazione: amministratori, sindaci e revisori*, a cura di P. Montalenti, Milano, 2009, 94, per cui lo statuto organizzativo di una società di gruppo è dato, oltre che dalle singole disposizioni relative ai gruppi di società, anche «dalle disposizioni contenute nel diritto azionario, eventualmente interpretate in funzione di una società di gruppo e alla luce dei principi di disciplina di cui agli artt. 2497 ss.». La stessa diligenza professionale dovrebbe, invero, implicare che l'attività di controllo sia svolta in considerazione del contesto (societario e imprenditoriale) in cui opera la società.

¹⁷ La tesi sembra potersi ritenere avvalorata non solo per le argomentazioni *infra* illustrate ma anche dal contesto comparatistico dal quale traspare un ormai costante tendenza dei diversi sistemi a superare, nel contesto dei gruppi di società, i confini societari allorquando si tratti di tutelare gli interessi dei soci e delle altre *constituences* (v. sul punto l'approfondita indagine anche comparatistica recentemente apparsa sulla *Harvard Business Law review* di M. PARGENDLER, *The new corporate law of corporate groups*, in *Harvard Business Law Review*, v. 14, 2024, 339 ss.). Se ciò possa però addirittura consentire di superare i confini della distinta soggettività giuridica delle diverse società del gruppo v. *infra*.

(i) della capogruppo non violassero i «principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria delle società eterodirette» *ex art.* 2497 c.c.;

(ii) dell'eterodiretta rispettassero il dovere di collaborare con la capogruppo (e i suoi organi) per agevolare il corretto esercizio dell'attività di direzione e coordinamento e di eventualmente eseguire, nell'esercizio della c.d. loro "funzione filtro", le direttive della prima;

(iii) di entrambe (capogruppo e eterodiretta) istituissero assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati *ex artt.* 2086 c.c. di rilevanza di gruppo¹⁸.

Tali conclusioni sembrano dover valere, *mutatis mutandis*, ancora oggi. Vediamone, pur succintamente, le ragioni.

2.1. I principi di «corretta gestione societaria e imprenditoriale»

Come noto, i «principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale» delle società eterodirette, rappresentano il paradigma di riferimento per la corretta amministrazione in ambito di gruppo¹⁹, il cui significato è stato volutamente rimesso all'interprete, come avverte la stessa relazione di accompagnamento alla legge di riforma del diritto societario del 2003, considerata la natura del fenomeno connotato da numerose variabili e dal suo continuo evolversi.

Secondo l'opinione prevalente, si tratterebbe di endiadi indicante «l'intenzione del legislatore di comprendere ogni aspetto dell'iniziativa economica organizzata secondo il modello del gruppo di imprese»²⁰: occorrerebbe considerare, quindi, non solo il rispetto delle regole organizzative interne dell'eterodiretta e dei doveri dei suoi amministratori, ma anche le conseguenze economiche per la singola società coordinata e diretta²¹. Secondo altra parte della dottrina, inve-

¹⁸ Su ciascuno di questi aspetti v. oltre.

¹⁹ In particolare *in bonis*, posto che, ove le eterodirette abbiano avviato un percorso di ristrutturazione, l'eterodirezione di queste dovrebbe, in ogni caso, essere funzionalizzata al rispetto dei prioritari interessi di tali percorsi, tra cui, nei casi appunto della composizione negoziata, quelli delineati dall'art. 21 CCII. Individua, in tali ipotesi, nella funzionalizzazione dell'eterodirezione al prioritario perseguimento degli interessi dei creditori la declinazione del rispetto dei «principi di corretta gestione societaria imprenditoriale» L. BENEDETTI, *La disciplina della composizione negoziata di gruppo*, in *Riv. dir. soc.*, 2023, 292 e ivi *riff.*

²⁰ G. SBISÀ, sub art. 2497, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna-Roma, 2014, 142; prospetta una diversa lettura V. CARIELLO (*Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, 1864), secondo cui si potrebbe ipotizzare che la sanzione risarcitoria richieda una gestione non corretta da entrambi i punti di vista (societario e imprenditoriale) e non anche solo di una delle due.

²¹ Così anche l'art. 10, lett. a), della l. delega 3 ottobre 2001, n. 366, la quale stabiliva, tra i principi e criteri direttivi, «che l'attività di direzione e coordinamento contemperì adeguatamente

ce, esisterebbe una distinzione tra i principi di *corretta gestione societaria* e quelli di *corretta gestione imprenditoriale*, sicché, per alcuni occorrerebbe rispettare le regole che presidiano la legalità del funzionamento (corretta gestione societaria) e l'economicità (gestione imprenditoriale) della società dominata²², per altri, mentre la corretta gestione societaria rilevarebbe esclusivamente sotto il profilo degli interessi e dei conflitti tra i soci, la corretta gestione imprenditoriale riguarderebbe il più ampio profilo degli interessi che riguardano l'impresa²³, inclusi quelli dei creditori a non essere pregiudicati dall'esercizio di un'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale²⁴.

Sul tema ha necessariamente influito il parallelo dibattito, parimenti rilevante, come si vedrà, ai nostri fini, sull'esistenza o meno di un vero e proprio dovere di esercitare l'attività di direzione e coordinamento.

Come noto, secondo una prima opinione²⁵, i predetti principi di correttezza (che si riflettono, ex art. 2497, comma 1, c.c., sulla redditività della partecipazione sociale e sulla garanzia patrimoniale dell'eterodiretta) non imporrebbero alcun obbligo positivo alla capogruppo, la quale, dunque, non dovrebbe assicurare né la produzione di utili o la valorizzazione delle partecipazioni né la continuità aziendale o la solvibilità del gruppo. Il rispetto di tali criteri imporrebbe,

l'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime». V., per tutti, anche R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 661, spec. 663, P. MONTALENTI, *La riforma del diritto societario: profili generali*, in AA.VV., *La riforma delle società*, a cura di S. Ambrosini, Torino, 2003, 16, per cui si tratterebbe di un metro valutativo diverso rispetto agli altri conosciuti nel nostro ordinamento, vale a dire la diligenza professionale e i principi di corretta amministrazione.

²² M. MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori*, Torino, 2007, 211 ss.

²³ Evocando il generale parametro del "buon imprenditore" [C. ANGELICI, *La società per azioni e gli altri*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, in *ricordo di Pier Giusto Jaeger* (Atti del Convegno di Studio di Milano, 9 ottobre 2009), Milano, 2010, 45; G. SCOGNAMIGLIO, "*Clausole generali*", *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, 592].

²⁴ Il dovere della capogruppo sarebbe, dunque, limitato a quello di «non impartire direttive che vanifichino la potenziale redditività» (A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 830 ss.). Sulla scorta di tale orientamento si è altresì ritenuto che la *gestione societaria* del gruppo potrebbe riguardare essenzialmente il modo in cui la struttura è organizzata ed è messa in condizione concretamente di funzionare e che la *corretta gestione imprenditoriale* dovrebbe far riferimento ai principi del codice civile e delle leggi speciali che rappresentano lo statuto dell'imprenditore: così, per questa dottrina, risponderà la capogruppo qualora abbia imposto alle proprie controllate «modalità produttive che non proteggano adeguatamente la integrità fisica o la personalità morale dei lavoratori, esponendole a responsabilità ex art. 2087 c.c. [...] così la *holding* che induca le controllate a praticare sul mercato una condotta contraria ai principi di leale concorrenza, esponendola alla responsabilità» (G. SBISÀ, sub art. 2497, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca-Galgano*, cit., 199).

²⁵ G. SBISÀ, sub art. 2497, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca-Galgano*, cit., 145.

quindi, soltanto che l'esercizio della direzione e coordinamento, da un lato, comporti il minimo sacrificio per la società eterodiretta e non ne comprometta del tutto l'autonomia decisionale e, dall'altro, tenga comunque conto della complessità della struttura imprenditoriale sottostante²⁶.

Di contro, secondo altro orientamento²⁷ la capogruppo dovrebbe anche porre in essere politiche tali da creare valore per i soci di ogni società del gruppo dovendo valorizzare ogni singola impresa, valutando, nelle scelte strategiche e nelle decisioni concernenti singole operazioni, gli interessi di ogni società del gruppo²⁸.

²⁶ F. GALGANO, *Direzione e coordinamento*, cit., 106.

²⁷ Che ha radici lontane. V., già *ante* riforma, P. MARCHETTI, *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del Convegno internazionale di studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, a cura di P. Balzarini, G. Carcano, G. Mucciarelli, II, Milano, 1996, 1558; più recentemente P. MONTALENTI, *Il sistema dei controlli societari: un quadro d'insieme*, cit., 2180.

In argomento, più recentemente O. CAGNASSO, *I principi generali. L'adeguatezza delle misure e degli assetti*, in AA.VV., *Crisi e Insolvenza dopo il Correttivo ter*, a cura di M. Irrera, S.A. Cerrato, Bologna, 2024, 48 ss., F. GUERRERA, *Assetti organizzativi di gruppo e prevenzione delle crisi*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 3 settembre 2024, ID., *"Compiti" e responsabilità del socio di controllo*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, 510, N. RONDINONE, *I gruppi fra diritto societario e diritto dell'impresa*, Pisa, 2023, 57 ss., P. MARCHETTI, *Del dovere di direzione e coordinamento: l'approdo al Codice della crisi di impresa di un tema caro a Paolo Ferro-Luzzi*, in *Riv. soc.*, 2022, 1412, M. CALLEGARI, *Gli assetti adeguati nei gruppi tra disciplina positiva ed autonomia privata*, in *Corporate governance*, 2022, 413, G.A. POLICARO, *Il governo dei gruppi di società*, in *Diritto del governo delle imprese*, diretto da M. Irrera, II ed., Torino, 2020, 711, P.M. SANFILIPPO, *Il controllo di meritevolezza sugli statuti di società*, in *Giur. comm.*, 2015, 159 ss., M. IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni fra vecchie e nuove clausole generali*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 358, G. SCOGNAMIGLIO, *"Clausole generali", principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Studi in ricordo di P.G. Jaeger*, Milano, 2011, 579 ss., EAD., *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 137, M. MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa*, Milano, 2010, 349 ss., G. MERUZZI, *L'informativa endo-societaria nella società per azioni*, in *Contr. impr.*, 2010, 737.

L'esistenza di tale obbligo è, invece, sostanzialmente indubbio nella normativa di settore. Nelle società quotate, ad esempio, l'organo di amministrazione della controllante, non solo stabilisce le strategie della società e del gruppo ad essa facente capo monitorandone anche l'attuazione, ma «definisce il sistema di governo societario della società e la struttura del gruppo ad essa facente capo e valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società e delle controllate aventi rilevanza strategica, con particolare riferimento al sistema di controllo interno e di gestione dei rischi» (art. 1 Codice di *corporate governance*).

A proposito del gruppo bancario regolato dal TUB si è rilevato che «le attività creditizie assumono che sia connaturata con la posizione di capogruppo l'attività di direzione e coordinamento delle società controllate» e che «nel quadro di tale attività la capogruppo deve esercitare sia un controllo strategico, sia un controllo gestionale sulle imprese controllate [...] volto ad assicurare il mantenimento delle condizioni di equilibrio economico, finanziario e patrimoniale, sia delle singole società, sia del gruppo nel suo insieme» (R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, V ed., Bologna, 2012, 663).

²⁸ G. SBISÀ, sub art. 2497, cit., 147; in giurisprudenza v., ad esempio, Trib. Roma, 13/17 luglio 2007, in *Riv. dir. comm.*, 2008, II, 218 e Trib. Palermo, 15 giugno 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 3189.

Così si è sostenuto che tali principi dovrebbero imporre alla capogruppo: (i) di provocare, nell'assemblea della controllata, l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 2446 o all'art. 2447 c.c., impedendo, quindi, che, nonostante la perdita del capitale, la controllata prosegua nella sua attività²⁹, (ii) di provvedere, in presenza di una situazione di «crisi iniziale» della società dipendente, al suo risanamento o, in alternativa, di disporre la sua liquidazione in forma ordinata³⁰, (iii) di finanziare le società controllate per evitare la propagazione della crisi³¹ o, in ogni caso, onde non “gestire” il gruppo con società sottocapitalizzate³².

Più recentemente, nel solco di questa tesi, si è osservato che nei doveri connessi alla direzione e coordinamento della capogruppo rientrerebbe anche il «*tempestivo accertamento da parte della capogruppo dell'alterazione dell'equilibrio finanziario delle società eterodirette*, comportante la valutazione prognostica circa l'evoluzione della situazione ed in particolare del *rischio dell'emergere dell'insolvenza o anche solo di uno stato di crisi*»³³ se non altro onde individuare i rimedi opportuni al fine di evitare la propagazione della crisi a società *in bonis* (ancorché senza un obbligo di assistenza finanziaria)³⁴.

²⁹ Per un'attenta ricognizione anche giurisprudenziale v. G. SBISÀ, sub art. 2497, cit., 147.

³⁰ U. Tombari, *Disciplina del gruppo di imprese e riflessi sulle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2004, 1164.

³¹ M. MIOLA, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori*, in AA.VV., *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, III, Milano, 2015, 1424 ss.; ID., *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società*, in AA.VV., *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, diretto da M. Campobasso, V. Carriello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi, 3, Torino, 2014, 2693 ss.

In tal senso appare utile segnalare la Sect. 15.15 dell'EMCA (*European Model Companies Act*) che evidenzia i presupposti della responsabilità della capogruppo: «*Whenever a subsidiary company, which has been managed according to instructions issued by its parents in the interest of the group, has no reasonable prospect, by means of its own resources, of avoiding a winding-up (crisis point), the parent company is obliged without delay to effect a fundamental restructuring of the subsidiary or to initiate its winding-up procedures*».

³² A. IRACE, sub art. 2497, in AA.VV., *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli, V. Santoro, Torino, 2003, 317.

³³ M. MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società*, in AA.VV., *Società, banche e crisi di impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, Torino, 2014, vol. III, 2709 (enfasi mia).

³⁴ M. MIOLA, *op. ult. cit.*, 2735 ss. Nello stesso senso anche F. GUERRERA, *La regolazione della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese nel nuovo CCII*, in *Dir. fall.*, 2019, 1318. Lo stesso A. recentemente ha precisato che «[d]eve essere, tuttavia, adeguatamente valutato e fronteggiato il rischio sistemico cui il gruppo può restare esposto in caso di “abbandono” della controllata. Ricorre di norma, infatti, un interesse di gruppo a evitare il “contagio” o anche soltanto le perdite economiche determinate (per la holding e le altre società del gruppo) dalla maggior difficoltà di recupero dei crediti, dall'escussione delle garanzie concesse, dalla svalutazione degli *asset* e delle partecipazioni, ecc., nonché a intervenire per ristorare le controllate danneggiate da atti di direzione e coordinamento, onde evitare successive azioni risarcitorie da abuso della direzione unitaria. Ciò comporta che, in caso di crisi di una società controllata, la capogruppo deve ponderare

Sicché, in questo panorama, ciò che in ogni caso appare inconfutabile, sotto la prospettiva che qui interessa, è che anche, come si vedrà³⁵, a valle della teoria dei vantaggi compensativi, la capogruppo (alla luce, in particolare, del dato normativo che perimetra i danni risarcibili *ex art.* 2497 c.c. a quelli arrecati al valore e alla redditività della partecipazione o all'integrità del patrimonio sociale) dovrebbe esercitare l'attività di direzione e coordinamento in modo tale che ogni società del gruppo possa svolgere la sua attività, creando valore e generando profitto, col divieto, in ogni caso, di adottare politiche gestorie o singole operazioni tali da impedire alle società eterodirette di operare come centri autonomi di profitto³⁶ e tali da «rendere impossibile a priori la valorizzazione e redditività degli investimenti dei soci di minoranza o mett[ere] in pericolo l'equilibrio economico e finanziario o persino la stessa sopravvivenza delle società eterodirette»³⁷.

tutte le circostanze rilevanti e, promuoverne, ove possibile, il risanamento o, in caso contrario, disporre e attuarne comunque una "liquidazione ordinata". Essa non potrebbe, viceversa, disinteressarsene, confidando semplicemente nella autonomia soggettiva e patrimoniale delle imprese sottoposte alla sua eterodirezione» (F. GUERRERA, *Assetti organizzativi di gruppo e prevenzione delle crisi*, cit., 23 ss.). Analogamente si è osservato che «l'azione propulsiva delle procedure appare doverosa per la capogruppo, nel senso che l'eventuale inerzia comporterebbe una violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale. Tra questi infatti potrebbe annoverarsi, non certo la necessità di una sorta di accanimento terapeutico nei confronti di società in crisi, ma: a) la tempestiva rilevazione di situazioni di squilibrio; b) la liquidazione ordinata della società diretta, che non può essere trattata come *cash cow*» (R. PENNISI, *op. cit.*, 94). Così, anche N. ABRIANI, *Holding e continuità aziendale nelle procedure di regolazione della crisi dei gruppi*, in *Diritto della Crisi*, 25 marzo 2021, 12 ss. per cui «[s]e si ritiene che la crisi modifichi i doveri degli amministratori (almeno sul piano della tempestiva rilevazione e sistemazione), allora parrebbe coerente immaginare che, nell'ambito del gruppo e proprio in ragione delle esigenze di una gestione unitaria della crisi, non soltanto permangano, ma vengano ad assumere una maggiore intensità gli obblighi di cooperazione e di coordinamento tra gli organi della capogruppo e delle società eterodirette».

In giurisprudenza appare significativa Cass., 11 maggio 2022, n. 14876, in *DeJure* per cui «'danno' per i creditori è il non poter essere pagati, a cagione del pregiudizio all'integrità del patrimonio sociale, causato dalla capogruppo. All'art. 2497 c.c., laddove menziona il necessario rispetto, ad opera della capogruppo, dei 'principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società, può ricondursi il principio onde è imposto ad essa di preservare l'equilibrio finanziario dell'impresa e l'integrità del suo patrimonio, a tutela del ceto dei creditori, volontari ed involontari, dell'impresa stessa, e quello che impone di gestire l'impresa in maniera tale da salvaguardarne la capacità di esistenza autonoma in un contesto di mercato concorrenziale». Per una visione meramente atomistica – che parrebbe, quindi, per gli A. da ultimo citati considerata in via di superamento (riterei proprio anche alla luce del CCII e dell'art. 25, su cui v. anche *infra*) – v. Cass., 21 aprile 2011, n. 9260, in *DeJure*.

³⁵ V. par. successivo.

³⁶ Così U. TOMBARI, *Collegio sindacale in gruppi di società: la responsabilità dei sindaci di una s.p.a. "capogruppo"*, 95 ss.; ID., *Diritto dei gruppi di imprese*, 121; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali: lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006, 150.

³⁷ G. SBISÀ, sub art. 2497, cit., 145 e C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2006; A. VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Torino, 2011, 78 ss. Nello

Il che evidentemente si riverbera sui doveri degli organi sociali³⁸ e, invero, sia di quelli della capogruppo che emana le direttive sia di quelli delle società dipendenti che le attuano, evocando così lo specifico adempimento dei doveri di «corretta amministrazione» ex artt. 2392, 2407 e 2403 c.c. con riguardo alle singole società di appartenenza.

Il punto merita una precisazione.

2.2. *Il rapporto tra i principi di «corretta gestione societaria e imprenditoriale», i principi di «corretta amministrazione» e i doveri degli amministratori della capogruppo e dell'eterodiretta*

Anche alla luce dell'appena esaminata complessità definitoria dei «principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale», non è certamente semplice comprendere il rapporto tra i tali principi e quelli di «corretta amministrazione» di cui all'art. 2403 c.c.

Sebbene alcuni Autori³⁹ abbiano sostenuto che i primi operino da un punto di vista sia oggettivo che soggettivo su piani differenti rispetto ai secondi, riterrei che i due concetti possano trovarsi, tra loro, in un rapporto di genere a specie, vale a dire che «i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale» delle società eterodirette dovrebbero essere parte integrante di quelli di «corretta amministrazione» della *holding* non potendosi parlare di rispetto di questi ultimi in caso di violazione dei primi⁴⁰.

stesso senso ASSONIME, Circolare 44/2006 secondo cui «la controllante non può legittimamente adottare delle politiche di gruppo che impediscano a priori la remunerazione del capitale della controllata, o che deprezzino il valore di scambio delle partecipazioni al suo capitale sociale».

³⁸ È significativo che la nota fucina tedesca da cui la disciplina dei gruppi spesso attinge abbia focalizzato l'attenzione proprio sull'allargamento dei compiti degli organi del gruppo: v., in particolare, nella dottrina, appunto, tedesca, H. WIEDEMANN, *Die Unternehmensgruppe im Privatrecht*, Tübingen, 1988, 50 ss.; ID., *Aufstieg und Krise des GmbH-Konzernrechts*, in *GmbHHR*, 2011, 1015; M. LUTTER, *Das unvollendete Konzernrecht*, cit., 1065 ss. e con riguardo specifico al consiglio di sorveglianza nel gruppo ID., *Der Aufsichtsrat im Konzern*, cit., 517 ss.

³⁹ V. F. GALGANO, G. SBISÀ, sub art. 2497, cit., Bologna, 2014, 195.

⁴⁰ Si è, infatti, sostenuto che «la corretta gestione della controllante passa anche attraverso l'attività svolta dalle controllate, non solo in quanto l'attività delle seconde abbia riflessi sulla situazione della prima, ma anche in quanto corretta amministrazione significa anche corretto esercizio della direzione delle controllate» (P. MAGNANI, sub art. 2403-bis, in *Commentario alla riforma delle società. Collegio sindacale, Controllo Contabile. Artt. 2397-2409-septies*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2005, 216; G. DOMENICHINI, *Artt. 2400-2401, Commentario Niccolini-Stagno D'Alcontres*, Napoli, 2004, 756-757).

Poneva già le basi teoriche per questo inquadramento U. TOMBARI (*Il controllo sindacale sugli amministratori in una società per azioni dominante e dipendente. Contributo ad uno studio dei sindaci in una prospettiva "di gruppo"*, cit., 945) quando la legge ancora non prevedeva espressamente le due locuzioni: «per il collegio sindacale di una società per azioni capogruppo "controllare l'amministra-

Conseguentemente, che si voglia o meno seguire la tesi che rinviene nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento la sussistenza di un vero e proprio dovere (come sintetizzato nel paragrafo che precede), sembra innegabile che nell'attività gestoria gli *amministratori della capogruppo* non possano arrestarsi ad una visione meramente atomistica di quest'ultima.

Specularmente, non sembra che anche gli *amministratori dell'eterodiretta* possano ignorare tale dimensione di gruppo, ciò già solo per i principi di diligenza professionale richieste dalla natura del loro incarico (art. 2392 c.c.). Tuttavia, non appare affatto chiaro fino a che punto questi abbiano il dovere di adottare una particolare direttiva e, più a monte, se esista un dovere di collaborazione con quelli della capogruppo (e invero anche di questi con i primi, sebbene ciò dovrebbe derivare anzitutto dal rispetto dei predetti principi di «corretta gestione societaria e imprenditoriale» nei termini visti).

La risposta a tale quesito pare dover essere positiva e ricavabile non solo dai menzionati doveri di diligenza (professionale), ma anche dalla stessa natura giuridica del gruppo, tenuto peraltro conto di quella più recente tesi che la individua nel collegamento negoziale⁴¹.

zione della società» ex art. 2403, primo comma c.c., significa innanzitutto verificare che gli amministratori adempiano i loro obblighi: a) di gestire il gruppo [...] con la diligenza del mandatario e b) di agire nei confronti delle società dipendenti nel rispetto del loro interesse sociale».

Analogamente mi pare, recentemente, essersi espressa anche autorevole dottrina: «I “principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale” [...] non costituiscono, dunque, soltanto un contrappeso al potere di direzione e coordinamento, [...] [e]ssi conformano e regolano fisiologicamente l'esercizio di quel potere, nel senso che traducono a livello di gruppo – e in particolare di relazioni organizzative infragruppo – il rispetto di quei principi di “corretta amministrazione”, che si richiede agli amministratori di attuare diligentemente e al collegio sindacale di verificare (artt. 2392 e 2403 c.c.)» (F. GUERRERA, *Assetti organizzativi di gruppo e prevenzione delle crisi*, cit., 6-7).

⁴¹ S. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007, *passim*. Tesi che può definirsi “recente” se, raffrontata, a quelle istituzionalmente sostenute che, come noto, si distinguono tra chi ritiene il gruppo (anche giuridicamente e non solo economicamente) un'unica impresa sia pure in presenza di una pluralità di società, scomposta nella società capogruppo che esercita l'attività di direzione e coordinamento e nelle società controllate che esercitano le funzioni operative (cfr. F. GALGANO, *L'oggetto della holding è dunque l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa*, in *Contr. impr.*, 1990, 401; F. VELLA, *La società holding*, Milano, 1993, 16 ss. e più recentemente F. GALGANO, *I gruppi di società*, in *Le società*, in *Tratt. Galgano*, Torino, 2001, 67 ss. e F. GALGANO, R. GENGINI, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubb. econ. Galgano*, v. XXIX, t. 1, Padova, 2006, 330 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di società*, in *Diritto commerciale*, VI ed., Bologna, 2007, 393 ss.) e chi afferma che nel gruppo vi sarebbe una pluralità di imprese, pur in presenza di un collegamento e di un tessuto connettivo tra di esse definito dal legislatore «direzione e coordinamento» (così già G. OPPO, *Impresa e imprenditore. I) Diritto commerciale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVI, Roma, 1989, 13; B. LIBONATI, *Gli atti compiuti dalla società controllata a favore della società controllante*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, II, 220 ss.; U. TOMBARI, *Il gruppo di società*, Torino, 1997, 97 ss.; P. MONTALENTI, *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance. Studi in tema di società per azioni*, Padova, 1999, 82 ss., *Id.*, *Conflitto di interessi nei gruppi*

Secondo questa opinione, come noto, la finalità del gruppo di realizzare un frazionamento del rischio d'impresa attraverso una struttura fondata sulla distinta soggettività giuridica delle società aggregate, dovendosi conciliare con l'esigenza di realizzare una gestione unitaria e coordinata, evocherebbe la «difficile convivenza tra "unità" e "pluralità"» già nota al diritto proprio nel fenomeno del collegamento contrattuale⁴².

Per questa tesi, in altre parole, il tessuto giuridico "connettivo" che terrebbe insieme le diverse società di un gruppo ed individuerrebbe i diversi poteri e doveri delle società e degli organi ad esse appartenenti potrebbe ricavarsi proprio dai principi generali del contratto – quale è quello di società – e, segnatamente, dall'istituto del collegamento negoziale: ad essere «collegati» sarebbero, dunque, i diversi contratti di società di un gruppo⁴³.

Sicché, applicando ai diversi contratti di società di un gruppo i principi civilistici dei negozi collegati, si giungerebbe a sostenere la connessione funzionale delle diverse società e l'interdipendenza causale delle stesse e dei suoi organi, col risultato di far automaticamente discendere un obbligo di collaborazione reciproco volto al perseguimento, nel migliore e più efficiente modo possibile, dell'interesse di gruppo.

Dovere che dovrebbe operare, a mio avviso, su due diversi piani anche con riguardo alla prevenzione e gestione di squilibri patrimoniali ed economico finanziari delle società del gruppo, ossia:

- (i) quello dell'adozione (da parte degli amministratori della capogruppo) e

di società e teoria dei vantaggi compensativi, in *Giur. comm.*, 1995, 710; v. poi le argomentazioni di M. MIOLA, *Il diritto italiano dei gruppi de iure condendo: i gruppi e i creditori*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 409 ss., per cui tra le società del gruppo vi sarebbe un vincolo negoziale inquadrabile in un duplice mandato – il primo conferito alla capogruppo di esercitare l'attività di direzione e coordinamento e il secondo all'eterodiretta di svolgere l'attività di impresa dietro le direttive della prima – e G. ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi e il diritto societario: un nodo da risolvere*, in AA.VV., *I gruppi di società, Atti del convegno internazionale di studi, Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, III, Milano, 1996, 26 per il quale la struttura dei gruppi si articolerebbe nel complesso sistema delle deleghe negoziali o di fatto). Per una sintesi delle diverse opinioni v. M. CALLEGARI, *I gruppi di società*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna-Torino, 2009, 1055-1109). Più recentemente, per una rivisitazione delle categorie del diritto dei gruppi in termini di "potere" e "fatto" in luogo di quelle di "diritto" e "obbligo" cfr. U. TOMBARI, «*Il diritto dei gruppi: primi bilanci e prospettive per il legislatore comunitario*», in Atti del convegno di Courmayeur su «*Il diritto societario riformato: bilancio di un decennio e prospettive in un quadro europeo*», 20-21 settembre 2013, Milano, 2014, 10 ss.

⁴² S. GIOVANNINI, *op. cit.*, 19 (corsivo dell'Autrice).

⁴³ «[I] vari contratti di società, pur caratterizzandosi ciascuno in funzione della propria autonomia causa e conservando ciascuno la propria autonomia e indipendenza, sono economicamente e teleologicamente coordinati tra loro in vista della realizzazione di uno scopo pratico unitario, un interesse globalmente riferibile alla complessiva catena contrattuale (interesse di gruppo)» S. GIOVANNINI, *op. cit.*, 26.

dell'esecuzione (da parte di quelli delle eterodirette) delle strategie e specifiche direttive di gruppo;

(ii) quello della strutturazione delle società mediante assetti di rilevanza di gruppo.

Esaminiamone, dunque, i contorni.

2.2.1. Business judgment rule, “funzione filtro” e limiti dal CCII alla teoria dei vantaggi compensativi (cenni)

Il primo dei due piani evoca la c.d. “funzione filtro”⁴⁴ degli amministratori dell'eterodiretta per cui, secondo l'opinione prevalente⁴⁵, ferma l'esistenza di un dovere di collaborazione degli amministratori dell'eterodiretta con quelli della capogruppo⁴⁶, non esisterebbe alcuna norma idonea ad imporre, in via di principio, agli amministratori dell'eterodiretta di seguire direttive da essi non condivise o pregiudizievoli per la società da essi amministrata o di perseguire l'interesse di gruppo né che li esautori dai loro poteri gestori o li privi del loro potere-dovere autonomo di valutazione e ponderazione dell'interesse di que-

⁴⁴ Su cui v. già U. TOMBARI, *Il controllo sindacale sugli amministratori in una società per azioni dominante e dipendente. Contributo ad uno studio dei sindaci in una prospettiva “di gruppo”*, cit., 950 ss., F. GUERRERA, *I regolamenti di gruppo*, in AA.VV., *Società, banche e crisi d'impresa*, Liber amicorum Pietro Abbadessa, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi, II, Torino, 2014, 1554, nonché lo stesso U. TOMBARI, *Poteri e doveri di una s.p.a. di «gruppo» tra disciplina legale e autonomia privata*, in Riv. soc., 2009, 122, E. MARCHISIO, *La «corretta gestione» della società eterodiretta ed il recepimento delle direttive (programmatiche o solo accidentalmente) dannose*, in Giur. comm., 2011, I, 923.

⁴⁵ V., per tutti, M. VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri*, in Riv. soc., 2016, 366-368, G. SBISÀ, sub art. 2497, cit., 117.

⁴⁶ Per la sussistenza della giusta causa di revoca degli amministratori per mancata esecuzione di legittime direttive di gruppo v. Trib. Cagliari, 14 aprile 2011, in Giur. comm., 2013, II, 687 ss., con nota di R. RIVARO, *Attività di direzione e coordinamento e regolamenti di gruppo*. In questo senso, secondo parte della dottrina, gli amministratori delle società eterodirette dovrebbero tenere in considerazione le indicazioni della capogruppo potendo addirittura rispondere allorquando il loro mancato adeguamento ad esse sia risultato dannoso per la società che amministrano (A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società* Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, III, Torino, 2007, 866). Nell'ambito del diritto della crisi si è osservato che «[l]a capogruppo potrà imporre alle controllate di presentare il piano, nella misura in cui si ritengono vincolanti le disposizioni da essa emanate e cioè [...] il rifiuto degli amministratori delle società dirette può essere giusta causa di revoca. Inoltre, se risultasse provato che il concordato “di gruppo” sarebbe stato più conveniente, il rifiuto potrebbe essere fonte di responsabilità» (R. PENNISI, *op. cit.*, 94 ss.).

Contra M. VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri*, cit., 369 il quale sostiene, addirittura, che l'attuale assetto normativo non attribuirebbe alcun potere di direzione alla capogruppo né alcun dovere di allineamento degli amministratori della società dipendente.

st'ultima per il solo fatto di appartenere ad un gruppo⁴⁷. Con la conseguenza che, laddove possibile, gli amministratori dell'eterodiretta dovrebbero collaborare con la *holding* (anche come visto sulla base della tesi del collegamento negoziale), ma, poiché l'appartenenza ad un gruppo non potrebbe di per sé attenuare la loro responsabilità⁴⁸, dovrebbero rifiutarsi di dare attuazione a richieste

⁴⁷ In via positiva si fa leva, tra altro, non solo sull'art. 2364, comma 1, n. 5 che fa salva la responsabilità degli amministratori nonostante le autorizzazioni assembleari, ma anche sull'art. 2497-ter c.c. che, nel richiedere un'analitica motivazione delle decisioni «influenzate» dalla società che esercita attività di direzione e coordinamento, presupporrebbe la necessaria previa ed informata valutazione delle direttive della capogruppo, da parte degli organi della società dipendente, una valutazione che, secondo alcuni interpreti, dovrebbe spingersi sino al relativo «merito» (cfr. G. SBISÀ, sub art. 2497 c.c., cit., 118-121 e, in giurisprudenza, Trib. Biella, 12 marzo 2007, in *Giur. comm.*, 2010, II, 295, secondo cui l'articolo di legge citato evidenzerebbe «la permanenza della riserva di competenza esistente a favore degli amministratori, che difatti non possono liberarsi dalle loro responsabilità semplicemente obbedendo alle disposizioni della controllante»).

Come noto, poi, secondo taluni orientamenti esisterebbe un vero e proprio potere giuridico della capogruppo di impartire direttive con conseguente obbligo di osservanza delle stesse (purché legittime) da parte della società dipendente v. P. MONTALENTI, *I gruppi di società*, in AA.VV., *La società per azioni*, in *Tratt. Cottino*, Padova, 2010, 1047 e nt. 22).

Come parimenti noto, si discute inoltre – ma il tema non può essere qui approfondito – sull'ammissibilità nel nostro ordinamento dei c.d. contratti di dominio forte stile tedesco (c.d. *Beherrschungsverträge* previsti dai §§ 291 ss. della legge azionaria tedesca, i quali legittimerebbero direttive pregiudizievoli per la società dipendente senza alcuna necessità del rispetto di un vantaggio compensativo, essendo previste garanzie alternative per la medesima società, i soci di minoranza e i creditori di questa), sostanzialmente diretti a creare un'impresa unica, con direzione unica e patrimoni destinati al conseguimento di una finalità comune (quella dell'impresa di gruppo), con dunque sostanziale esautoramento dei poteri e dei compiti degli amministratori della controllata (in argomento, v. per tutti, U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di impresa*, cit., 181, P. SPADA, *L'alienazione del governo della società per azioni*, in *I Gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi*, Venezia, 16-17-18 novembre 1995, III, Milano, 1996, 2179). Sono, ad oggi, prevalse impostazioni più miti, volte a tutelare le minoranze ed i creditori delle controllate, che hanno ritenuto ammissibili contratti di dominio debole o di collegamento tra società, il cui tratto comune consiste nell'attribuzione alla controllante del potere di impartire istruzioni vincolanti agli amministratori della società dipendente nel limite del rispetto del suo interesse particolare oltretutto dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale (cfr. già M. LAMANDINI, *Il "controllo". Nozione e "tipo" nella legislazione economica*, Milano, 1995, 170 ss. e 182 ss., U. TOMBARI, *Il gruppo di società*, cit., 279 ss., A. JORIO, *I gruppi*, in AA.VV., *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura di S. Ambrosini, Torino, 2003, 197 e 199 e poi P. MONTALENTI, *I gruppi di società*, cit., 1053 ss.; per l'opinione che esclude, più in generale, l'ammissibilità di contratti di dominio, v., in particolare R. SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in AA.VV. *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadesse, G.B. Portale, 3, Torino, 2007, 800 ss.

⁴⁸ Così G. SBISÀ, sub art. 2497, cit., 118. Sul punto si vedano anche: R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Soc.*, 2004, 541; R. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, 810 ss., E. MARCHISIO, *Note sulle azioni di responsabilità ex art. 2497 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, 229 e 250; F. GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *Banca, borsa*, 2005, I, 89 ss.; M. BUSSOLETTI, E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, 89; D. SCARPA, *Controllo societario nel fenomeno dei gruppi tra contrattualismo e interesse socia-*

o direttive non conformi all'interesse della società da loro amministrata (o, nel caso di ricorso a strumenti di ristrutturazione del debito, ai prioritari interessi dei creditori)⁴⁹ o che ne possono, in ogni caso, pregiudicare l'integrità patrimoniale⁵⁰.

Tale valutazione, così come quella a monte che caratterizza la scelta della capogruppo di impartire la direttiva, è, tuttavia, tutt'altro che semplice. Così come complessa appare la relativa sindacabilità.

Come ho cercato di sostenere altrove⁵¹, questa dovrebbero avvenire, in ogni

le, in *Contr. impr.*, 2011, 661; L.A. BIANCHI, *Problemi in materia di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento*, in *Riv. soc.*, 2013, 431. In giurisprudenza v., tra molte, Cass., 11 dicembre 2006, n. 26325, in *Giur. comm.*, 2008, II, 811, Cass., 24 agosto 2004, n. 16707, *ivi*, 2005, II, 246 ss.; Trib. Milano, 24 agosto 2011, n. 1069, in *Soc.*, 2012, 493 ss., Trib. Roma, 5 febbraio 2008, in *Giur. it.*, 2009, 109, Trib. Roma 13 settembre 2007, in *Riv. dir. comm.*, 2008, II, 222. In ambito penale v., in particolare, Cass., 8 novembre 2007, n. 7326, in *Cass., pen.*, 2009, 291. Nello stesso senso, *ante riforma*, Cass., 13 febbraio 1992, n. 1759, in *Giur. comm.*, 1993, II, 503 ss.

⁴⁹ Così L. BENEDETTI, *La disciplina della composizione negoziata di gruppo*, cit., 292. Con riguardo alla "funzione filtro" nei casi di società eterodiretta in condizioni di non equilibrio v. anche il lavoro di F. NIEDDU ARRICA, *I principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale nella prospettiva della tutela dei creditori*, Torino, 2016, 131.

⁵⁰ S. GIOVANNINI, *op. cit.*, 123 ss.; R. SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, cit., 813 ss.; N. ABRIANI, *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi. Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 620 ss.; U. TOMBARI, *Il gruppo di società*, cit., 237. Per un esame approfondito del tema della responsabilità aggiuntiva si rinvia a L. BENEDETTI, *La responsabilità «aggiuntiva» ex art. 2497, 2° comma c.c.*, Milano, 2012. Ma v. già le riflessioni di V. CARIELLO, sub art. 2497, *Direzione e coordinamento di società, in Società di capitali, Commentario Niccolini*, Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, 1868 ss., P. DAL SOGLIO, sub art. 2497, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di Maffei Alberti, III, Padova, 2005, 2333 ss., R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, cit., 544 ss., V. SALAFIA, *La responsabilità della holding verso i soci di minoranza delle controllate*, in *Soc.*, 2003, 395 ss.

Esistono invero in dottrina altre tesi che vorrebbero affermare persino la «tendenziale irresponsabilità [dell'amministratore dell'eterodiretta] per il suo atteggiamento (eventualmente) supino e non vigilantemente critico di fronte alle direttive del soggetto da cui promana tale attività» in quanto meri esecutori (ne dà atto G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in AA.VV., *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003, 200). Per una tesi mediana volta a limitare la discrezionalità dell'organo amministrativo nell'esecuzione della propria funzione "filtro" v.: TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. «di gruppo» tra disciplina legale e autonomia privata*, in *Riv. soc.*, 2009, 128 ss.; M. MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori*, Torino, 2007, 215; L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, comma 2 c.c.*, Milano, 2012, 77; CARIELLO, *Amministrazione delegata di società per azioni e disciplina degli interessi degli amministratori nell'attività di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. dir. priv.* 2005, 394; F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004, 149.

⁵¹ F. SUDIERO, *Il collegio sindacale "di gruppo" e continuità aziendale: tra «fondati indizi della crisi» e vantaggi compensativi «fondatamente prevedibili»*, cit., 128 ss. e *ivi* per ulteriori riferimenti e approfondimenti sul punto.

caso, nei limiti della *business judgment rule*⁵² e della teoria dei vantaggi compensativi⁵³. Da un lato, infatti, di fronte alla difficoltà, certamente anche operativa, di rispettare i «principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale» delle società eterodirette non sembra peregrino sostenere l'insindacabilità, nei limiti della prima, del merito delle direttive della capogruppo; dall'altro, come è noto, l'esistenza di vantaggi compensativi o, quantomeno, di una loro "*fondata prevedibilità*" (arg. ex comb. disp. artt. 2497 e 2634 c.c.), riscontrabile concretamente in conseguenza di una completa, esaustiva, diligente ed informata istruttoria, potrebbe consentire, entro determinati confini, il compimento di un'operazione (momentaneamente) pregiudizievole per la società eterodiretta⁵⁴.

⁵² Sulla *business judgment rule* e la relativa letteratura v., in generale, parte I, cap. I, par. 4.2, nt. 226.

⁵³ Sulla teoria dei vantaggi compensativi la letteratura è parimenti copiosa e qualunque tentativo ricognitivo sarebbe incompleto. Tuttavia è d'obbligo il riferimento ai primi scritti di P. MONTALENTI: *Conflitto di interessi nei gruppi e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 710 ss., ID., *Operazioni intragruppo e vantaggi compensativi: l'evoluzione giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 1999, 2319 ss. Come noto, la teoria, già codificata per i gruppi di fatto in Germania ed approdata in Francia per via giurisprudenziale, fu accolta dalla giurisprudenza italiana, dapprima di merito (decisioni riprese da P. MONTALENTI, *Operazioni intragruppo e vantaggi compensativi*, cit., 2319) poi da quella di legittimità (Cass., 11 marzo 1996, n. 2001, in *Foro it.*, 1996, I, 1222). A ciò seguirono poi svariate pronunce che espressamente ne hanno segnato il definitivo accoglimento (v. per una ragionata rassegna L. BENEDETTI, *I vantaggi compensativi nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, 127 ss.) sino al suo sostanziale recepimento nell'art. 2497 c.c. Tale teoria, oggi, è espressamente evocata dal CCII agli artt. 284-285 anche se con una diversa funzione rispetto al codice civile (cfr. R. PENNISI, *op. cit.*, 95 ss., O. CAGNASSO, *La domanda di accesso al concordato preventivo di gruppo in continuità*, in *Nuovo dir. soc.*, 2020, 146).

⁵⁴ Mentre in giurisprudenza si è affermato che anche nel sindacare la violazione dei «principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale» sarebbe «preclusa al giudice la valutazione del merito di quelle scelte ove queste siano state effettuate con la dovuta diligenza nell'apprezzamento dei loro presupposti, delle regole di scienza ed esperienza applicate e dei loro possibili risultati, essendo consentito al giudice soltanto di sanzionare le scelte negligenti, o addirittura insensate, macroscopicamente ed evidentemente dannose *ex ante*» (Trib. Milano, 17 giugno 2011, in *Soc.*, 2012, 258; ma v. l'ampio dibattito intorno all'applicazione della *business judgment rule* al rispetto dei principi di corretta amministrazione ed agli obblighi organizzativi sintetizzato *supra*, parte I, cap. I, par. 4.2, nt. 226), la dottrina, per contro, non ha considerato «irragionevole che la *business judgment rule* non operi in presenza di rapporti infragruppo, quando, dato il maggior rischio di comportamenti opportunistici, si tratta di verificare il rispetto del *duty of loyalty* (e non semplicemente del *duty of care*)» (R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, 661 ss.). Sul rischio di una disapplicazione della *business judgment rule* in materia, v. anche P. MONTALENTI, *L'amministrazione sociale del testo unico alla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 442 e F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, cit., 158 ss., con la conseguenza che, come si è parimenti affermato, in quest'ambito «il confine tra la regola giuridica e la *business judgment rule* rischia [...] di farsi qui pericolosamente labile» (R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, cit., 538, spec. 542). Sicché secondo quest'ultima impostazione, il mancato rispetto dei «principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale» delle eterodirette essendo normalmente frut-

Conseguentemente, mentre in sede penale (art. 2634 c.c.), i vantaggi “fondatamente prevedibili” sarebbero idonei ad escludere in sé l’antigiuridicità del fatto⁵⁵, in sede civile, la valutazione della loro “fondata conseguibilità” potrebbe consentire (ai sensi del combinato disposto degli artt. 2497 e 2634 c.c.), seppur soltanto momentaneamente, il compimento di un atto dannoso rinviando «il momento rilevante per la determinazione di un eventuale obbligo risarcitorio»⁵⁶, in attesa che tale vantaggio si materializzi⁵⁷ entro il termine previsto o

to di attività volontaria e non di negligenza, tanto da poter rientrare in una logica “calcolata” di gruppo, costituirebbe in sé una violazione di precetti normativi, ragion per cui la *business judgment rule* potrebbe, in effetti, non trovare applicazione.

Come detto, mi pare condivisibile la tesi opposta. Ciò per le seguenti ragioni che di seguito riporterai di sintetizzare in quanto utili anche ai fini della tesi più oltre illustrata in punto ponderazione delle scelte concernenti il superamento della crisi di gruppo ed accesso alla composizione negoziata.

Il *Forum Europaeum* per il diritto dei gruppi di società (pubblicato in *European Business Organization Law Review*, 1, 165, Stoccolma, 2000), alla luce dello studio dei diversi orientamenti europei sul tema, aveva elaborato alcuni principi per la proposta di un diritto dei gruppi e in particolare di una direttiva sulla corretta gestione di gruppo, secondo cui gli amministratori delle eterodirette avrebbero potuto subordinare la società da loro amministrata agli interessi del gruppo al ricorrere dei seguenti presupposti: i) l’equilibrio e la stabilità del gruppo, ii) una politica di gruppo coerente e stabile; iii) la compensabilità di pregiudizi con vantaggi conseguibili entro un termine prevedibile, fermo restando che non potrebbe mai essere accettato un pregiudizio che mini l’esistenza della stessa società; iv) un’adeguata informazione e documentazione di quanto stabilito ai predetti punti i), ii), iii), così come adeguate sanzioni in caso di violazione.

Come noto, in tale contesto il legislatore italiano ha adottato la l. delega n. 366 del 2001 e, conseguentemente, sia l’art. 2497 sia l’art. 2634 c.c. Pertanto, mi pare anzitutto non condivisibile l’opinione di chi vede una radicale diversità tra le due norme, in quanto, appunto, derivanti dalla medesima legge delega [che recepiva espressamente la teoria dei vantaggi compensativi nell’art. 11, comma 1, lett. a), punto 12] ed adottate nel medesimo contesto descritto. Esse, quindi, dovrebbero ritenersi espressione di una medesima *ratio* e, pertanto, l’art. 2497, comma 1, c.c. ben potrebbe essere interpretato, precisato e/o integrato ai sensi dell’art. 12, comma 2, preleggi, c.c. proprio dall’art. 2634, comma 3, c.c.

Inoltre, ritenere che la responsabilità *ex art.* 2497 c.c. non sia esclusa anche nei casi in cui il vantaggio sia fondatamente prevedibile significherebbe limitare l’operatività dell’esimente dei vantaggi compensativi ai soli casi in cui il vantaggio sia contestuale all’operazione pregiudizievole o che addirittura lo stesso si sia già verificato, il che parrebbe stridere con lo stesso tenore letterale della disposizione che parla di «risultato complessivo dell’attività di direzione e coordinamento» (facendo dunque riferimento necessariamente alla sintesi finale dell’attività in questione) nonché con la sussidiarietà della seconda esimente di cui all’art. 2497 c.c. la quale potrebbe intervenire sia allorché il vantaggio compensativo non era prevedibile a priori sia quando a posteriori quelli «fondatamente prevedibili» non siano stati realizzati.

⁵⁵Quantomeno dell’infedeltà patrimoniale; si prescinde in questa sede dalla valutazione dei rapporti della tesi esposta con il reato di bancarotta (cfr., sul tema, Cass., 6 giugno 2014, n. 34505, in *Quotidiano Giuridico*, 2014; Cass., 5 giugno 2013, n. 49787, in *Fisco*, 2014, 2, 185).

⁵⁶M. VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri*, cit., 364. Nello stesso senso anche P. DAL SOGLIO, *Art. 2497*, in *Il nuovo diritto delle società*, cit., 2352.

⁵⁷Cfr. F. SUDIERO, *Il collegio sindacale “di gruppo” e continuità aziendale: tra «fondati indizi*

comunque ragionevolmente prevedibile⁵⁸ (fermo restando il dovere di attivarsi una volta spirato quest'ultimo, onde eliminare o ridurre le conseguenze pregiudizievoli delle predette direttive, ove ancora possibile).

Proprio alla luce dell'avvento del CCII, mi era⁵⁹, però, parimenti parso necessario individuare un confine ultimo di tale valutazione al di là del quale non fosse, anzitutto logicamente, prospettabile l'esistenza di possibili vantaggi compensativi, posto che già la Corte di Cassazione francese, nella nota pronuncia del 1985, con la quale ha accolto in Francia la teoria dei vantaggi compensativi, aveva affermato l'inammissibilità di un pregiudizio che mettesse in pericolo la sopravvivenza della stessa società⁶⁰ e la dottrina italiana, accolta la predetta teoria, aveva da tempo iniziato a sostenere che, per alcune direttive, ovvero quelle idonee a minare l'esistenza stessa dell'eterodiretta, la scriminante dei vantaggi compensativi non avrebbe potuto operare⁶¹. Ciò sul condivisibile presupposto per cui una direttiva che sacrifichi o rischi di compromettere irreversibilmente

della crisi» e vantaggi compensativi «fondatamente prevedibili», cit., 128 ss. Così si è osservato che, diversamente ragionando, ovvero qualora non si desse rilievo ai vantaggi compensativi «fondatamente prevedibili» si «rischierebbe di rendere il principio dei vantaggi compensativi inutile imponendo decisioni inefficienti» (M. VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri*, cit., 381). Come anticipato, il vantaggio compensativo fondatamente prevedibile è, in ogni caso, previsto nel diritto della crisi proprio ai menzionati artt. 284 e 285 CCII.

Sul tema, recentemente, v., anche, M. SPIOTTA, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, cit., 153-156, P. MONTALENTI, *Interesse sociale, interesse di gruppo e gestione dell'impresa nei gruppi di società*, in *La riforma del diritto societario dieci anni dopo. Per i quarant'anni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2015, 171 ss.

Contra, per la validità soltanto di vantaggi solo se attuali e specificamente individuati: R. PENNISI, *op. cit.*, 95 ss. (ma con riguardo al solo diritto societario e non, come visto, a quello della crisi); F. DENOZZA, «Rules vs Standards» nella disciplina dei gruppi: l'insufficienza delle compensazioni virtuali, in *Giur. comm.*, 2000, I, 327 ss.; R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 674 ss.; L. ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni intragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, in *Giur. comm.*, 1997, 698 ss.

⁵⁸ Anche su piani differenti: cfr. P. MONTALENTI, *Operazioni intragruppo e vantaggi compensativi*, cit., 2913 ss. e più recentemente ID., *Le operazioni con parti correlate tra efficienza gestionale nei gruppi e rischi di conflitti di interessi: quale disciplina?*, in *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni*, Atti del Convegno Courmayeur 25-26 settembre 2009, Milano, 2010, 148 ss.; V. CARIELLO, *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività di direzione e coordinamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, 336; ID., *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, 1247 ss.

⁵⁹ F. SUDIERO, *op. ult. cit.*, 128 ss.

⁶⁰ Cass. crim., 4 febbraio 1985, in *Dalloz-Sirey*, 1985, jurispr., 478.

⁶¹ In particolare, a titolo esemplificativo, si è fatto riferimento a titolo esemplificativo, al caso del trasferimento di ricchezza (o concessione di garanzia) senza contropartita economica tra società del gruppo entrambe in difficoltà economica nonché al caso di assunzione di obbligazioni a favore di altre società del gruppo di cui sia noto lo stato di difficoltà per importi esorbitanti la capienza patrimoniale della società obbligata. Si veda, anche per i riferimenti giurisprudenziali, G. SBISA, sub art. 2497 c.c., cit., 159-161.

la capacità della società eterodiretta di far fronte alle proprie obbligazioni, ovvero, la sua continuità aziendale, costituirebbe in sé un comportamento ontologicamente incompatibile con la prospettazione di vantaggi compensativi «fondatamente prevedibili».

Sicché era lo stesso CCII che sembrava offrire un inconfutabile argomento sistematico per individuare tale confine nell'allora art. 14 CCII, confine che pare tuttora potersi riscontrare, *mutatis mutandis*⁶², nel combinato disposto proprio degli artt. 12 e 25-*octies* CCII, vale a dire – oggi – nelle condizioni di accesso alla composizione negoziata e nel connesso dovere di segnalazione dell'organo di controllo, in quanto sarebbe illogico e financo irrazionale un sistema che, da un lato, riconoscesse la legittimità di un atto (ad esempio, appunto, una direttiva infragruppo) idoneo a determinare in una società eterodiretta uno squilibrio giuridicamente ed economicamente rilevante come è quello di cui all'art. 12 CCII⁶³ e, dall'altro, obbligasse o, in ogni caso, sollecitasse, simultaneamente, gli organi sociali di questa ad attivarsi tempestivamente onde mettere in moto addirittura un percorso di risanamento.

Pertanto, sembrerebbe potersi confermare quanto già sostenuto a proposito dell'art. 14 CCII per cui una direttiva idonea a procurare gli allora «fondati indizi della crisi»⁶⁴ e, oggi, la condizione di *squilibro* minima idonea a far scattare i doveri segnaletici di cui all'art. 12 CCII (ossia già lo stadio della *pre-crisi* nei termini sopra descritti⁶⁵), non potrebbe, per definizione, considerarsi adottata in vista di vantaggi compensativi «fondatamente prevedibili».

La tesi pare ulteriormente corroborata, non solo dalle norme che consentono l'accesso a procedure concorsuali e a strumenti di risoluzione della crisi di gruppo ponendo al centro delle valutazioni, incluse quelle espressamente collegate alla verifica di vantaggi compensativi, il risanamento (quantomeno soggettivo) anche delle singole società del gruppo⁶⁶, ma anche dal meccanismo premiale

⁶² Mi era parso poter individuare tali confini nei «fondati indizi della crisi» di cui all'allora art. 14 CCII (su cui v. Introduzione, par. 2.2).

⁶³ Che, come si ricorderà, si è qui descritto come primo requisito o “corno” del presupposto con il nome di *squilibro significativo* (cfr. parte I, cap. I, par. 1 e 3.1).

⁶⁴ Così avevo concluso in F. SUDIERO, *op. ult. cit.*, 128 ss.

⁶⁵ Parte I, cap. I, par. 3.1.

⁶⁶ In tali ipotesi è la legge stessa a considerare come limite il *best-interest-of-creditors test* nell'ambito di ciascuna impresa.

Tale impostazione starebbe a confermare il mantenimento del c.d. “*separate entity approach*”. Si pensi, ad esempio: all'art. 284, commi 4 e 5, CCII che, nella sostanza, condiziona l'esecuzione di un piano di risanamento di gruppo al fatto che quest'ultimo consenta il risanamento dell'esposizione debitoria di ciascuna impresa e che assicuri il riequilibrio complessivo della situazione finanziaria di ciascuna; all'art. 285, commi 2 e 4 CCII che condiziona le eventuali operazioni contrattuali e riorganizzative, inclusi i trasferimenti di risorse infragruppo, alla preservazione della continuità aziendale della società da queste coinvolte e, anche sulla base di una valutazione che

di attenuazione ed esclusione dalla responsabilità per l'organo di controllo segnalante ai sensi del comma 2 dell'art. 25-*octies* CCII, meccanismo che non sembra poter operare laddove il presupposto per la segnalazione sia stato cagionato dallo stesso organo di controllo come avverrebbe allorché, anziché reagire ad una direttiva potenzialmente pregiudizievole, ne abbia consentito l'adozione per poi procedere con la segnalazione: un siffatto sistema sarebbe evidentemente contraddittorio e irrazionale.

2.2.2. *Gli assetti "di gruppo" e la tesi del collegamento negoziale*

Infine, come anticipato, la declinazione dei «principi di corretta amministrazione» nell'ambito dei gruppi di società, anche alla luce della descritta tesi del collegamento negoziale, sembra imporre una rimeditazione, in tale prospettiva, anche del principio di «adeguatezza» degli assetti.

È, infatti, opinione diffusa quella per cui in un contesto di gruppo la struttura delle società ad esso appartenenti possa subire alterazioni tali per cui si dovrebbero ipotizzare assetti organizzativi "di gruppo" nel quale cioè adeguare «le competenze organiche ed i processi decisionali e di controllo alla struttura di gruppo dell'impresa, introducendo "la prospettiva di gruppo" come criterio di orientamento e valutazione dell'esercizio delle funzioni organiche e aziendali»⁶⁷.

In questo senso anche l'art. 2381 c.c. assumerebbe rilevanza transtipica (rilevanza viepiù avvalorata ove si condividesse la tesi accennata del collegamento negoziale), rappresentando così il punto di riferimento per la buona *governance* degli organi sociali anche in un contesto di gruppo⁶⁸.

consideri i vantaggi compensativi, al miglior soddisfacimento dei creditori. In argomento, v., per tutti: R. PENNISI, *op. cit.*, 87; L. BENEDETTI, *La nuova disciplina del concordato di gruppo: tra separate entity ed enterprise approach*, Milano, 2022, *passim*; M. ARATO, *La conservazione dei valori aziendali e le liquidazioni nelle procedure di gruppo*, in *Fall.*, 2023, 1487; A. NIGRO, *I gruppi nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, in AA.VV., *I gruppi nel codice della crisi*, a cura di D. Vattermoli, Pisa, 2020, 29; F. GUERRERA, *La regolazione negoziale della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese nel nuovo CCII*, in *Questione giustizia*, 2019, 232.

⁶⁷ F. GUERRERA, *I regolamenti di gruppo*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, cit., 2, 1560. Pertanto, l'adeguatezza assurgerebbe a canone necessario di organizzazione non solo «interna dell'impresa», ma anche in una prospettiva di gruppo, «quale direttrice fisiologica dell'attività, strumenti di tracciabilità dei processi e criterio di valutazione della responsabilità da eterodirezione» (M. CALLEGARI, *Gli assetti societari ed i gruppi*, in AA.VV. *Assetti adeguati e modelli organizzativi. Nella corporate governance delle società di capitali*, a cura di M. Irrera, Bologna, 2016, 585 ss.). Sul punto v. anche P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni*, cit., 42 ss.; M. IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori di società tra vecchie e nuove clausole generali*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 358 ss.; ID., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, *passim*.

⁶⁸ O. CAGNASSO, *Le azioni di responsabilità sociale nei confronti degli amministratori e i tempi e i contenuti della deliberazione dell'ente socio*, in *Nuovo dir. soc.*, 2015, 7 ss. Tale norma dovrebbe assumere «un contenuto anche più complesso, suggerito dall'aggregazione delle compagini e dalla

Dunque, un dovere (*ex* artt. 2381, 2392 e 2403, c.c.), di coordinamento e di adeguatezza degli assetti a livello di gruppo, gravante, invero, per gli amministratori sia della capogruppo che dell'eterodiretta⁶⁹.

Conseguentemente, anche la funzionalizzazione degli assetti alla prevenzione ed alla rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale *ex* artt. 2086 c.c. e 3 CCII⁷⁰ dovrebbe ricevere una tale declinazione, non po-

valutazione del comportamento degli organi sociali imposta dall'art. 2497 in termini di responsabilità per direzione unitaria e, quindi, di responsabilità per gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura ed alle dimensioni non solo della singola società bensì del gruppo nel suo complesso» (M. CALLEGARI, *Gli assetti societari ed i gruppi*, cit., 585).

Come anticipato, a prescindere da quanto oggi espressamente previsto dal legislatore e a prescindere dall'esistenza o meno di un contratto o altro atto di autonomia privata volto a disciplinare i rapporti tra le società del gruppo, la doverosità di tale rete di informazioni e assetti potrebbe essere sostenuta attraverso la menzionata tesi del collegamento negoziale (S. GIOVANNINI, *op. cit.*, *passim*).

⁶⁹ «D'altra parte – per così dire, complementariamente – lo stesso dovere incombe sulle società controllate, che sono più o meno intensamente *eterodirette* dalla (quando non *integrate* sul piano aziendale con la) società controllante, in relazione alla posizione e al ruolo peculiare da esse ricoperti all'interno del gruppo (o dell'impresa di gruppo)» [F. GUERRERA, *Assetti organizzativi di gruppo e prevenzione delle crisi*, cit., 4 (corsivo dell'Autore)]. Così si è sostenuto che gli amministratori delle società eterodirette avrebbero specifici obblighi di informazione, valutazione ed adempimento rispetto agli assetti di gruppo e che pertanto il rispetto di quanto previsto dall'art. 2381 c.c. da parte di essi andrebbe valutato in una prospettiva d'insieme e non limitata alla singola società (O. CAGNASSO, *Le azioni di responsabilità sociale nei confronti degli amministratori e i tempi e i contenuti della deliberazione dell'ente socio*, cit., 7 ss.). In argomento v., ancora, per tutti, M. CALLEGARI, *Gli assetti adeguati nei gruppi tra disciplina positiva ed autonomia privata*, in *Corporate governance*, 2022, 413.

⁷⁰ Così, F. GUERRERA, *Assetti organizzativi di gruppo e prevenzione delle crisi*, cit., 19 ss., N. ABRIANI, *La disciplina dei gruppi di imprese nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Diritto della crisi*, 10 novembre 2022, L. PANZANI, *Codice della crisi e gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 2022, 1330, S. FORTUNATO, *Assetti organizzativi e crisi d'impresa: una sintesi*, in AA.VV., *Le crisi d'impresa e del consumatore dopo il d.l. 118/2021*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2021, 744, P. MONTALENTI, *Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, cit., 829, L. BENEDETTI, *Frammenti di uno statuto organizzativo delle società del gruppo in crisi ricavabili dal sistema dell'allerta*, in *Riv. dir. comm.*, 2020, I, 715. Nello stesso senso ASSONIME, *I doveri degli organi sociali per la prevenzione e gestione della crisi* (Circolare n. 27/2022), in *Riv. soc.*, 2022, 1384.

La questione, in ogni caso si pone per l'incerto tenore letterale. Pone infatti in tali termini la questione L. PANZANI, *op. ult. cit.*, 1138 osservando come occorra «verificare come si atteggia questa obbligazione nel caso del gruppo di imprese. Come si è già accennato, l'art. 2086 non fa alcun riferimento al gruppo né la disciplina della crisi di gruppo contenuta nel codice della crisi (artt. 284-290) contiene alcuna menzione al riguardo. Va aggiunto che non troviamo alcun aiuto neppure nell'art. 3 CCII che ribadisce, nell'ambito dei principi generali sanciti in apertura dal codice, i doveri del debitore. Il legislatore si limita infatti a confermare la regola dettata dall'art. 2086, confermando che l'imprenditore collettivo deve adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'art. 2086, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative».

tendo considerarsi adeguato, a mio avviso, un assetto che, pur concepito come “di gruppo”, non consenta la rilevazione dello stato di salute delle imprese del gruppo, quantomeno ove vi sia una interconnessione tale tra le medesime che gli effetti economici di una potrebbero riverberarsi sull'altra⁷¹.

Il che dovrebbe valere quantomeno per:

(i) gli assetti della *capogruppo*, che dovrebbero possedere caratteristiche idonee a ricavare tempestivamente le informazioni di cui all'art. 3 CCII (a) in ciascuna delle eterodirette da parte degli organi della capogruppo nonché (b) nella stessa capogruppo da parte di quelli delle eterodirette medesime nel caso in cui ciò possa rivelarsi utile onde tempestivamente intercettare o prevedere la crisi di queste⁷²;

(ii) gli assetti delle *eterodirette* onde permettere di ricavare le informazioni di

⁷¹ V. quanto già detto sopra con riguardo anche al c.d. “effetto domino” (par. 1). Cfr., in questo senso, A. VOLANTI, *Organizzazione, circolazione dell'informazione e trasparenza nei gruppi in crisi*, in AA.VV., *Crisi e Insolvenza dopo il Correttivo ter*, a cura di M. Irrera, S.A. Cerrato, Bologna, 2024, 2916 ss. per cui «[i]n altri termini, nell'ambito dell'attività di direzione e coordinamento, la dotazione di assetti di gruppo, costituisce un vero e proprio obbligo della capogruppo ex art. 2086 c.c., finalizzato alla percezione immediata della crisi sin dal suo nascere, e che richiede, comunque, la collaborazione e condivisione da parte delle imprese eterodirette anche in ragione degli obblighi di motivazione richiesti dall'art. 2497 ter c.c.». Secondo l'A. la finalità degli adeguati assetti «del e nel» gruppo sarebbe duplice: (i) presidiare la situazione economica, patrimoniale e finanziaria delle singole imprese del gruppo, (ii) presidiare anche quella «consolidata» per verificare se la crisi o l'insolvenza sia limitata alla singola impresa oppure a più imprese del gruppo e con quale grado di possibile propagazione. L'A. poi individua taluni strumenti utili a tal fine come, ad esempio, i manuali di consolidamento richiesti ai fini della redazione del bilancio di gruppo e i modelli convenzionali, precisando ancora che «la struttura organizzativa del gruppo e delle singole imprese che lo compongono dovrà incentivare e valorizzare lo scambio dei flussi informativi al suo interno [...] affinché i segnali di crisi, che riguardino le singole imprese del gruppo, siano *condivisi* all'interno del gruppo e segnatamente con la capogruppo, posto che detti flussi informativi sono componente essenziale dell'eterodirezione unitaria e mirano ad evitare effetti *domino* sulle altre imprese (sane) del gruppo» (corsivo dell'A.).

Per un dovere della capogruppo di predisporre un modello “gestorio” del gruppo all'interno del quale attribuire particolare rilevanza ai flussi informativi v. E. RICCIARDELLO, *La crisi dell'impresa di gruppo tra strumenti di prevenzione e di gestione*, Milano, 2020, 63, con riferimento alle informazioni di carattere finanziario. V. anche O. CAGNASSO e I. POLLASTRO, *Organizzazione della gestione di vertice ed autonomia privata*, in *Rivista ODC*, 2021, 16.

⁷² Si è fatto, come anticipato, l'esempio del *cash pooling*: «i flussi informativi, nel caso di accentramento della tesoreria in capo alla società che esercita la direzione ed il coordinamento, dovrebbero avere una duplice direzione, non solo ascendente dalla singola società eterodiretta alla capogruppo, al fine di consentire a quest'ultima una gestione della liquidità del gruppo, ma anche, al contrario, dalla capogruppo alle singole società, onde consentire agli amministratori di queste ultime di conoscere l'andamento finanziario in cui versa la società destinataria della loro liquidità anche in via prospettica» (A. VOLANTI, *op. cit.*, 2862 nonché, per tutti, già M. MIOLA, *Tesoreria accentrata nei gruppi di società e capitale sociale*, in AA.VV., *La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capitali. Studi in onore di Giovanni E. Colombo*, Torino, 2011, 36 ss. e A. DACCÒ, *L'accentramento della tesoreria nei gruppi di società*, Milano, 2002, *passim*).

cui al punto che precede sia (a) alla capogruppo⁷³ sia (b) alle altre società del gruppo sempre ove ciò risulti rilevante per tempestivamente intercettare o prevedere la crisi di queste⁷⁴.

2.3. Sintesi dei doveri degli organi di controllo “di gruppo”

Conseguentemente, alla luce di quanto esposto, l'organo di controllo della capogruppo⁷⁵ dovrebbe vigilare *ex art.* 2403 c.c., per quanto qui interessa:

(i) sulla dotazione della capogruppo di assetti organizzativi, amministrativi e contabili di rilevanza di gruppo, idonei, tra altro, a rilevare tempestivamente le informazioni di cui agli artt. 2086 c.c. e 3 CCII (a) nella *holding* stessa, ove opportuno, anche da parte delle altre società del gruppo, specie nei casi di loro specifica interconnessione economica) e (b) nelle eterodirette, affinché queste possano anche reciprocamente rilevare e scambiarsi tali informazioni, ove opportuno per le dinamiche economiche di gruppo, collegando, in sostanza, il gruppo in “rete”;

(ii) sul connesso obbligo degli amministratori della capogruppo di adottare direttive e strategie di gruppo, anche attraverso strumenti contrattuali o regolamenti di gruppo (vigilando sulla relativa attuazione da parte delle controllate

⁷³ «Non c'è dubbio che queste regole debbano applicarsi alla società capogruppo e alle società eterodirette, innanzitutto, con riguardo alla informazione economica, contabile e finanziaria e alla pianificazione dei flussi di cassa, così da istituire un efficace sistema di monitoraggio e prevenzione delle crisi a *livello consolidato*; in mancanza del quale il soggetto esercente la direzione unitaria non potrebbe, appunto, “*attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale*” (art. 2086, comma 2, c.c.)» (F. GUERRERA, *Assetti organizzativi di gruppo e prevenzione delle crisi*, cit., 20 ss. – corsivo dell'Autore).

⁷⁴ V. sul punto le esigenze di fondo della composizione di gruppo illustrate al precedente par. 1.

⁷⁵ Sul condivisibile presupposto che il dovere degli organi di controllo della capogruppo pur non distinguendosi rispetto a quello esercitato in una società monade «per funzione (che consiste sempre in una verifica della conformità ai principi di legge dell'azione degli amministratori) né per struttura, la quale si articola sempre in un momento ricognitivo, valutativo e dinamico-communatorio», si caratterizza per la «tipologia dei comportamenti oggetto del controllo [...]»: e ciò in conseguenza del fatto che gli amministratori di s.p.a. capogruppo», oltre ai compiti gestori relativi alla società cui appartengono, «sono investiti di specifiche funzioni (l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento)» (U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 121).

Così, si è affermato, infatti, che «[g]li organi di controllo della capogruppo, a loro volta, possono incorrere in una responsabilità per colpa omissiva, rientrando nei loro compiti la vigilanza sulla corretta gestione societaria ed imprenditoriale che la legge contrappone alla direzione unitaria, di cui è espressione, in fase prodromica all'esercizio della direzione unitaria, la predisposizione di piani, progetti e regolamenti inerenti gli assetti, e in fase di effettivo esercizio, il rispetto, l'esecuzione e l'adeguamento dei predetti strumenti» (M. CALLEGARI, *Gli assetti societari ed i gruppi*, cit., 608 ss.).

e ponendo in essere ogni strumento di pressione a tal fine consentito) affinché anche le società eterodirette si dotino di assetti organizzativi, amministrativi e contabili di rilevanza di gruppo idonei alle attività di monitoraggio di cui al punto (i);

(iii) sul rispetto da parte della capogruppo e dei relativi amministratori dei «principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria» delle eterodirette⁷⁶, tenendo anche conto dei possibili vantaggi compensativi «fondatamente prevedibili» e dei relativi limiti, tra cui, in particolare, la preservazione della continuità aziendale delle società eterodirette e, in ogni caso, purché le scelte o le direttive non determinino in capo alle stesse l'insorgenza del primo stadio rilevante ex art. 12 CCII, ossia la *pre-crisi* (e a *fortiori* della *crisi* e dell'*insolvenza*)⁷⁷.

Con la precisazione che l'organo di controllo della capogruppo, non essendo «organo di controllo del gruppo»⁷⁸, non dovrebbe essere tenuto a verificare la legittimità dei comportamenti degli amministratori di tutte le società del medesimo⁷⁹.

Gli organi di controllo dell'*eterodiretta*⁸⁰ dovrebbero, invece, vigilare, per quanto qui interessa:

⁷⁶ U. TOMBARI, *Collegio sindacale in gruppi di società: la responsabilità dei sindaci di una s.p.a. "capogruppo"*, cit., 95, ID., *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 120.

⁷⁷ Mentre, nel caso in cui le stesse abbiano fatto ricorso a strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza o alla composizione negoziata, occorrerà vigilare sul rispetto da parte della capogruppo e dei relativi amministratori degli interessi prioritari di tali procedure o percorsi. V., ad esempio, per la composizione negoziata l'art. 21 CCII. In tal senso anche L. BENEDETTI, *La disciplina della composizione negoziata di gruppo*, cit., 2023, 292.

⁷⁸ U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, 121, nonché, ID. *Il controllo sindacale sugli amministratori in una società per azioni dominante e dipendente. Contributo ad uno studio dei sindaci in una prospettiva "di gruppo"*, cit., 946.

⁷⁹ Dovendosi limitare a controllare l'operato di quelli della *holding*, anche se, come si è già avuto modo di vedere, nell'esercizio della sua funzione di controllore sui «principi di corretta amministrazione» difficilmente potrebbe rimanere indifferente alla struttura, agli assetti ed alla dinamica generale del gruppo (e ciò sia per quanto attiene alla fase di elaborazione/adozione della direttiva che per quella di sua attuazione). Stanti, infatti, i suoi poteri e gli auspicati (ed imposti) flussi informativi tra gli organi «di gruppo» (su cui si v. oltre), l'organo di controllo della capogruppo dovrebbe vigilare sull'effettiva esistenza di assetti adeguati «di gruppo» e sulla corretta applicazione delle direttive della capogruppo stessa, eventualmente stimolando interventi volti a persuadere in tal senso le società dominate. In questo senso si era già pronunciata la dottrina, in un momento in cui ancora non vi era una disciplina generale del gruppo, osservando che «in ogni caso si può ammettere che i sindaci della capogruppo, ove risulti loro la commissione di illeciti da parte degli amministratori di società controllate, abbiano il dovere di riferirne agli amministratori della controllante, affinché questi possano proporre all'assemblea delle società figlie interessate l'adozione di opportuni provvedimenti» (G. CAVALLI, *Gli organi e il controllo giudiziario, Gli organi e il controllo giudiziario*, in AA.VV., *Le Società per azioni*, a cura di G. Cavalli, M. Marulli e C. Salvetti, in *Giur. sist.*, fondata da W. Bigiavi, III, Milano, 1996, 985).

⁸⁰ Sulla base della condivisibile premessa per cui essi sarebbero tenuti «a controllare che l'organo amministrativo collabori costantemente con gli amministratori della capogruppo e che, in

(i) sulla dotazione da parte dell'eterodiretta di assetti organizzativi, amministrativi e contabili di rilevanza di gruppo, anche alla luce delle direttive della *holding* nei termini sopra descritti;

(ii) sul dovere degli amministratori di questa di collaborare con gli organi amministrativi della capogruppo nel rispetto, però, della loro descritta "funzione filtro", consentendo l'adozione e l'esecuzione di direttive, eventualmente pregiudizievoli per l'eterodiretta purché in vista di vantaggi compensativi «fondatamente prevedibili», nei limiti, anzidetti, in particolare della preservazione della continuità aziendale dell'eterodiretta e, in ogni caso, purché ciò non determini in capo ad essa l'insorgenza dello stadio di *pre-crisi* (e a *fortiori* di *crisi* e di *insolvenza*)⁸¹.

3. *Composizione negoziata di gruppo e declinazione della tesi del "presupposto cangiante"*

3.1. *Il presupposto per ricorrere alla composizione negoziata di gruppo*

Ciò considerato, è ora possibile affrontare il tema della declinazione, in un contesto di gruppo, della tesi del *presupposto cangiante* e, quindi, delle connesse valutazioni dell'organo di controllo preordinate alla segnalazione *ex art. 25-octies* CCII.

Occorre, a tal fine, partire dal presupposto per ricorrere alla composizione negoziata "di gruppo".

L'art. 25 CCII si limita a richiamare l'art. 12, comma 1, CCII dettato in un contesto di società monade. Sicché spetta all'interprete valutarne una sua declinazione nel contesto di gruppo, tenuto conto della ratio ispiratrice dell'art. 25 CCII⁸².

Sembra anzitutto opportuno scindere il presupposto – identificato nel presente lavoro negli stadi della *pre-crisi*, della *crisi* e dell'*insolvenza reversibile* (secondo la c.d. tesi *estensiva*) o *relativamente irreversibile* (per la tesi *super-*

tale prospettiva, esegua puntualmente le direttive gestionali da questi impartite», inclusa, a mio avviso, l'adozione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili di rilevanza "di gruppo", nel «rispetto dell'interesse della società dipendente» (così, ante riforma del diritto societario, già U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, 121, nonché, ID. *Il controllo sindacale sugli amministratori in una società per azioni dominante e dipendente. Contributo ad uno studio dei sindaci in una prospettiva "di gruppo"*, cit., 946) – oggi diremmo, in particolare, dei «principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale» della stessa – e nell'adempimento, dunque, di una diligente "funzione filtro" (su cui v. sopra par. 2.2.1).

⁸¹ O, specularmente a quanto detto sopra, nel rispetto degli interessi sottesi alle eventuali procedure concorsuali o percorsi di risanamento cui la società abbia fatto ricorso.

⁸² Su cui v. par. 1 del presente capitolo.

estensiva moderata)⁸³ – nei suoi due specifici requisiti o “corni” per come sopra già analizzati: quello dello *squilibrio significativo* e quello del *ragionevole risanamento*.

Fermo restando che, stante l'autonomia giuridica delle società di gruppo – anche in ambito concorsuale⁸⁴ – ed il chiaro tenore, sul punto, del combinato disposto dei commi 1 e 6 dell'art. 25 CCII⁸⁵, il presupposto oggettivo per ricorrere alla composizione negoziata di gruppo dovrebbe sussistere in capo ad ogni società che decida di accedervi⁸⁶, è il primo requisito a subire, in maniera più evidente, a mio avviso, una possibile peculiare sfumatura.

Come anticipato, è parso evidente allo stesso legislatore la tendenziale interdipendenza economica tra le società di un gruppo – che, peraltro, in via sistematica è evincibile dallo stesso complesso di norme civilistiche che del gruppo si occupano⁸⁷ – a partire dal notorio impegno (o come visto, per alcuni, obbligo) della capogruppo di supportare le eterodirette o, in ogni caso, in considerazione del rischio economico del menzionato “effetto domino”⁸⁸. Pertanto, vista la globale ed anticipatoria valutazione che il ricorso alla composizione negoziata richiede, tenuto anche conto dell'ampiezza e genericità della nozione di *pre-crisi*⁸⁹, non sembra possibile ignorare, nell'ambito di un gruppo, le condizioni economiche di altre imprese ad esso appartenenti.

⁸³ V. parte I, cap. I.

⁸⁴ V., per tutti, G. SCOGNAMIGLIO, *La gestione dei gruppi di imprese nella prospettiva del risanamento. Spunti dalla recente disciplina della “composizione negoziata della crisi”*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 6 maggio 2022, 3.

⁸⁵ «[P]iù imprese che si trovano nelle condizioni indicate nell'art. 12, comma 1 [...] possono chiedere [...] la nomina dell'esperto» (comma 1), mentre, «[l]e imprese partecipanti al gruppo che non si trovano nelle condizioni indicate nell'art. 12, comma 1, possono [...] partecipare alle trattative» (comma 6), ma non, riterrei, ricorrere alla composizione negoziata.

⁸⁶ Come sostenuto già in passato da dottrina e giurisprudenza in relazione alle procedure concorsuali tradizionali [v., per tutti, in dottrina R. SANTAGATA, *Sulla ristrutturazione del gruppo mediante costituzione di una società in nome collettivo funzionale al concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2015, 641; S. POLI, *Il “concordato di gruppo”: ii) verifica critica degli approdi giurisprudenziali con tentativo di ricavare dal sistema le chiavi per un parziale superamento del dogma della separazione delle masse (attive) (Parte II)*, in *Contr. impr.*, 2015, 1, 109; in giurisprudenza v., ad esempio, Cass., 21 aprile 2011, n. 9260, in *Dir. fall.*, 2012, II, 279 e Cass., 18 novembre 2010, n. 23344, in *Fall.*, 2011, 565 ss.]. Nello stesso senso, L. BENEDETTI, *La disciplina della composizione negoziata di gruppo*, cit., 293-294.

⁸⁷ E non solo. Come recentemente ricordato, le dinamiche (economiche, patrimoniali e soprattutto finanziarie) di gruppo sono ritenute rilevanti ai fini di stabilire la sussistenza delle condizioni della postergazione ex art. 2467, comma 2, c.c. nonché, dalle stesse Autorità di vigilanza, come dimostra la nota circolare della Banca d'Italia del 27 dicembre 2006, n. 263, e dalle agenzie di *rating* (cfr. sul punto L. BENEDETTI, *La disciplina della composizione negoziata di gruppo*, cit., 294 ss. e ivi ampi riferimenti a dottrina e giurisprudenza).

⁸⁸ V. sempre par. 1 del presente capitolo.

⁸⁹ Su cui v. parte I, cap. I.

Dunque, pare potersi affermare, quanto al primo requisito, che nella valutazione della sussistenza degli stadi di *pre-crisi*, *crisi* e *insolvenza* debbano attentamente considerarsi le dinamiche di gruppo e, segnatamente, i legami economici, patrimoniali e finanziari nonché i vincoli giuridici esistenti tra le imprese di un gruppo, ferma la constatazione per cui, anche nei casi di legami più deboli, le condizioni economiche di una capogruppo dovrebbero (quantomeno presuntivamente) rilevare, già (e soprattutto) ai fini dell'intercettazione dello stadio della *pre-crisi*, in tutte le eterodirette⁹⁰, per i riflessi finanziari e sulla continuità aziendale che la prima ha su queste ultime, secondo l'*id quod plerumque accidit*⁹¹.

Quanto al secondo requisito, non pare parimenti ignorabile la dimensione di gruppo ai fini della valutazione sulle ragionevoli prospettive di risanamento, sia che lo si intenda in senso oggettivo sia che lo si intenda, secondo la tesi qui sostenuta, anche in senso soggettivo. Ciò non solo per le medesime ragioni di interconnessione o interdipendenza patrimoniale o economico-finanziarie già illustrate, ma anche e soprattutto (i) ove si seguisse la tesi, sopra descritta⁹², della sussistenza di un dovere di supporto delle eterodirette da parte della capogruppo, quale corollario del dovere di rispettare i «principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale» o, in ogni caso, (ii) ove sia prassi o frutto di vincoli specifici contrattuali che la capogruppo, nel caso specifico, intervenga per risanare la controllata: in entrambe le ipotesi, sarebbe irragionevole – nella prospettiva degli organi sociali della singola impresa – non considerare le intenzioni e le condizioni economiche, patrimoniali e finanziarie della capogruppo e delle altre eterodirette che, infatti, avrebbero pari “esigenze” o “diritti” ad essere supportate⁹³.

3.2. Il “presupposto cangiante” della segnalazione nei gruppi

Alla luce di quanto precede si può ora verificare il tipo di valutazione richie-

⁹⁰ V. in questo senso anche L. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, 299 per ampi conforti comparatistici provenienti dalla dottrina tedesca.

⁹¹ V. le considerazioni al par. 1 di questo capitolo.

⁹² V. precedente par. 2.1.

⁹³ Pare addivenire alla conclusione per cui occorre valutare la dinamica di gruppo pure per questo requisito anche L. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, 299-300, tuttavia sulla base di altre argomentazioni e, seguendo la tesi del solo *risanamento oggettivo*, propone la verifica del risanamento in virtù della disciplina del concordato di gruppo e del criterio di prevalenza *ex art.* 285 CCII. Per l'A. vi sarebbe concreta prospettiva di risanamento allorché, confrontando i flussi complessi derivanti dalla continuazione dell'attività con quelli derivanti dalla liquidazione, i creditori delle società del gruppo risultino soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale. In merito alla visione unitaria del risanamento, pur con riguardo all'accordo di ristrutturazione, v. B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis, l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Contr. impr.*, 2011, 1320. Per una visione atomistica, invece, del requisito v. G. SCOGNAMIGLIO, *La gestione*, cit., 23 ss.

sta agli organi di controllo di gruppo onde procedere con la segnalazione *ex art. 25-octies* CCII.

Ferma la tesi del *presupposto cangiante* e, quindi, per quanto riguarda il collegio sindacale di s.p.a.⁹⁴, della verifica del presupposto secondo quanto sostenuto in questo lavoro (vale a dire in termini di *non manifesta irragionevolezza del risanamento*⁹⁵ una volta riscontrati gli stadi della *pre-crisi, crisi o insolvenza*), parrebbe possibile sostenere che il raggio di estensione della valutazione in questione possa perimetrarsi come segue.

1. Quanto all'organo di controllo della capogruppo, la segnalazione *ex art. 25-octies* CCII onde sollecitare il ricorso alla composizione negoziata per la capogruppo stessa, dovrebbe giungere nei seguenti casi:

(i) ove entrambi i requisiti del presupposto (*squilibrio significativo e ragionevole risanamento*) derivino (o siano riscontrabili) direttamente dall'attività della capogruppo; oppure

(ii) ove il requisito dello *squilibrio significativo* derivi (o sia riscontrabile) direttamente dalla stessa attività della capogruppo o (indirettamente) dalle condizioni in cui versano una o più eterodirette [il che può essere determinato o dall'obbligo giuridico della capogruppo di intervenire a sostegno delle stesse⁹⁶ o dal mero effetto economico che le condizioni di queste ultime potrebbero produrre sulla prima in considerazione dell'(inter)connessione tra loro esistente nel caso concreto] e quello del *ragionevole risanamento* sia riscontrabile considerando;

(ii).(i) solo le condizioni della capogruppo oppure, in relazione alle caratteristiche del caso concreto;

(ii).(ii) anche o solo le condizioni delle (e i sacrifici richiedibili alle) eterodirette; tuttavia, poiché in tale ultimo caso verrebbe richiesto un contributo (*recte*, appunto, un sacrificio) a queste ultime, occorrerebbe valutare la sussi-

⁹⁴ Sul consiglio di sorveglianza, sul comitato per il controllo sulla gestione e sull'organo di s.r.l. v. parte II, cap. I. Quanto si illustrerà in questo paragrafo sembrerebbe pienamente applicabile anche a tali ultimi organi, fermo quanto si è già detto a proposito della diversa declinazione del *presupposto cangiante*, specie per il comitato per il controllo sulla gestione su cui v. nuovamente parte II, cap. I, par. 1.2.

⁹⁵ Oggettivo, per la tesi *estensiva* o anche solo soggettivo, per quella *super-estensiva moderata* (v. parte I, cap. I).

⁹⁶ E, quindi, sempre, ove si sostenga la tesi dell'esistenza di tale obbligo o vi siano doveri contrattuali in tal senso oppure, in caso contrario, solo ove la prassi sino a quel momento seguita suggerisca di confidare ragionevolmente in tale supporto (o, meglio, nell'ottica dell'organo di controllo e della tesi del *presupposto cangiante*: allorché non risulti manifestamente irragionevole che la capogruppo intervenga in considerazione della prassi) o, ancora, ove gli effetti economici dell'eventuale dissesto dell'eterodiretta suggeriscano che, ragionevolmente (o, di nuovo che non sia manifestamente irragionevole) che la capogruppo o altre società del gruppo intervengano.

stenza di vantaggi compensativi fondatamente conseguibili per le medesime derivanti dalla partecipazione al percorso, tenuto conto del limite ultimo del rispetto della loro continuità aziendale e, più in generale, del divieto sopra sostenuto (quale confine ultimo alla teoria dei vantaggi compensativi) di procurare ad esse squilibri tali da integrare anche solo lo stadio di *pre-crisi*⁹⁷.

Resta fermo che, come si vedrà oltre in punto disciplina, i destinatari di tale segnalazione dovrebbero essere solo gli amministratori della capogruppo (non essendo contemplato né ricavabile, a mio avviso, dal tessuto normativo attuale un potere diretto di segnalazione *extra-societario*), i quali, nel caso *sub (ii).(ii)*, dovranno esercitare gli strumenti di “direzione e coordinamento” a tal fine opportuni (incluse le eventuali direttive volte ad invitare anche le eterodirette “*in bonis*” alla partecipazione alle trattative *ex art. 25*, comma 6, CCII)⁹⁸ ed a cui, specularmente, si accompagnerà il dovere di collaborazione e la “funzione filtro” degli amministratori dell’eterodiretta.

Diversa sembra essere, invece, la situazione in cui l’organo di controllo, sempre della capogruppo, rilevi la sussistenza del presupposto della composizione negoziata in un’eterodiretta senza che questo riverberi alcun effetto sulla stessa capogruppo. In tal caso, a mio avviso, non potrebbe procedere con la segnalazione (né verso gli amministratori della capogruppo, perché il presupposto non si sarebbe materializzato in questa, né verso quelli dell’eterodiretta poiché, come detto, non sembra esistere un potere di segnalazione *extra societario*), mentre dovrebbe attivare i propri poteri di vigilanza anche reattiva per stimolare gli amministratori ad intervenire, ove possibile, presso le eterodirette onde far sì che si attivino per ricorrere alla composizione negoziata o, per ipotesi, partecipare alle trattative *ex art. 25*, comma 6, CCII nel caso in cui vi abbia fatto ricorso altra impresa del gruppo (sempre nei limiti, in tale ultimo caso, riterrei, delle valutazioni di gruppo consentite, ovvero, *in primis*, dei vantaggi compensativi fondatamente conseguibili⁹⁹).

⁹⁷ V. precedente par. 2.2.1.

⁹⁸ L. BENEDETTI (*op. ult. cit.*, 288) ricorda che di regola alla *holding* spetta «la decisione in merito alle sorti delle altre componenti del gruppo al manifestarsi di una situazione di crisi o pre-crisi» (nello stesso senso il medesimo A. in *Frammenti di uno statuto organizzativo delle società del gruppo in crisi ricavabili dal sistema dell'allerta: prime considerazioni*, cit., 715 ss.).

⁹⁹ Il che starebbe a significare che, come recentemente sostenuto, il coinvolgimento delle altre imprese *in bonis* non dovrebbe avvenire ove ciò potesse rivelarsi pregiudizievole per la conservazione del loro «valore di funzionamento» e, quindi, in ultima istanza, per i relativi creditori (v. L. BOGGIO, *La composizione negoziata della crisi dei gruppi di imprese*, in AA.VV., *Crisi e Insolvenza dopo il Correttivo ter*, a cura di M. Irrera, S.A. Cerrato, Bologna, 2024, 586 ss., per cui il 6° comma in questione dovrebbe interpretarsi «nel senso che l’invito dell’esperto, come pure la decisione spontanea di intervenire nel procedimento di composizione negoziata devono rispondere ad un interesse “del gruppo” – o meglio, in una prospettiva di *separate entity approach*, delle singole imprese del gruppo che abbiano avviato il relativo procedimento». Ciò sulla base di una interpreta-

Naturalmente l'intensità dell'esercizio di tali poteri dipenderà dall'esistenza o meno di obblighi della capogruppo in tal senso¹⁰⁰ e, in ogni caso, dei prospettabili effetti economici sulla stessa capogruppo e sul gruppo medesimo derivanti dalle condizioni dell'eterodiretta in questione.

2. Quanto, invece, agli organi di controllo delle *eterodirette*, sembra possibile affermare che la segnalazione, anche qui diretta esclusivamente agli amministratori della società eterodiretta stessa per le medesime ragioni appena illustrate, debba avvenire:

(i) nei casi in cui entrambi i requisiti del presupposto (*squilibrio significativo e ragionevole risanamento*) derivino (o siano riscontrabili) direttamente dall'attività dell'eterodiretta; oppure

(ii) ove il requisito dello *squilibrio significativo* derivi (o sia riscontrabile) direttamente dalla stessa attività dell'eterodiretta o (indirettamente) dalle condizioni in cui versano la capogruppo¹⁰¹ o una o più delle altre eterodirette [in particolare nei casi normalmente di stretta (inter)connessione economica, patrimoniale e finanziaria tra loro] e quello del *ragionevole risanamento* sia riscontrabile considerando;

(ii).(i) solo le condizioni dell'eterodiretta stessa oppure, alla luce delle caratteristiche del caso concreto;

(ii).(ii) anche o solo le condizioni della (e i sacrifici richiedibili alla) capogruppo (specie nei casi in cui questa abbia l'obbligo di intervenire a sostegno delle controllate¹⁰²) o le condizioni delle (e i sacrifici richiedibili alle) altre

zione sistematica e teleologica che consideri la finalità dell'art. 21 CCII nella parte in cui sancisce che «quando sussiste probabilità di insolvenza l'imprenditore gestisce l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività», previsione che «espliciterebbe che le ragioni di conservazione del valore di funzionamento dell'impresa prevarrebbero su quelle della libertà di gestione della stessa [...] Per quanto il comando sia attuale in situazioni di "probabile insolvenza", se ne può trarre un più generale principio di cautela nella conduzione della composizione negoziata». Ma v. la diversa posizione, pur con riguardo al precedente contesto normativo, di R. GUIDOTTI, *La sospensione degli obblighi relativi al capitale e della causa di scioglimento collegata*, in *La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento (d.l. 118/2021 conv. in l. 147/2021)*, diretto da M. Irrera, S.A. Cerrato, coordinato da F. Pasquariello, cit., 174 ss.

¹⁰⁰ Su cui v. le diverse tesi sopra illustrate (cfr. precedente par. 2.1).

¹⁰¹ Anche persona fisica: la definizione di gruppo del CCII, infatti, contempla espressamente l'*holding* persona fisica, tema su cui come noto sono stati numerosi gli scritti e le tesi sostenute cui non è possibile né risulta pertinente qui dar conto. Per un'esauritiva ricognizione v., per tutti, L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., c.c.*, Milano, 2012, 189 ss. e più recentemente A. VALZER, *Abuso di eterodirezione e regimi di responsabilità. La recente giurisprudenza del Tribunale di Milano*, in *Riv. dir. soc.*, 2016, 3 ss. Per una critica alla definizione anche in rapporto alla c.d. supersocietà di fatto v. R. PENNISSI, *op. cit.*, 87 ss.

¹⁰² E, quindi, sempre, ove si sostenga la tesi sopra illustrata dell'esistenza di tale obbligo o vi siano doveri contrattuali in tal senso oppure, in caso contrario, solo ove la prassi sino a quel mo-

eterodirette, ma, tenendo conto, anche in tale valutazione, dei vantaggi compensativi di queste nei limiti già descritti¹⁰³.

Fermo, anche qui, quanto sopra detto in merito alla “funzione filtro” degli amministratori delle eterodirette ove fossero, ad esempio, anche qui “invitate” dalla capogruppo a supportare l’eterodiretta in difficoltà.

Non sembra, invece, che gli organi di controllo dell’eterodiretta possano (*recte*, debbano) attivarsi nei casi in cui ravvisino le condizioni in esame in capo ad altre società che non siano destinate a riverberare effetti sullo stato di salute della società di cui sono organi, non essendo immaginabile alcun dovere delle eterodirette, salvo specifici accordi o direttive, di assistere le altre società del gruppo (a differenza, come visto, secondo una certa tesi, per la capogruppo).

4. La rilevazione del presupposto della segnalazione nei gruppi

4.1. Il ruolo degli assetti di gruppo nella rilevazione del presupposto

Ciò considerato in relazione al presupposto della segnalazione nel gruppo, occorre ora passare all’indagine sul suo accertamento e, dunque, sulla sua *rilevazione*.

Sembra anzitutto indiscutibile, anche nella dimensione di gruppo, la necessaria ricerca di una «tempestività» della sequenza logica della *materializzazione* – *emersione* – *rilevazione* (e *valutazione*) – *segnalazione* sopra sostenuta a proposito delle società monadi¹⁰⁴.

Inoltre, sembra parimenti indiscutibile che il punto di riferimento sia destinato ad essere rappresentato, anche in tale prospettiva, dall’adeguatezza degli assetti e, segnatamente, anzitutto dalla loro rilevanza di gruppo¹⁰⁵.

mento seguita suggerisca di confidare ragionevolmente in tale supporto (o, meglio, ciò quantomeno nell’ottica dell’organo di controllo e della tesi del *presupposto cangiante*: allorché, quindi, non risulti manifestamente irragionevole che intervenga la capogruppo in considerazione della prassi esistente) o, ancora, ove gli effetti economici dell’eventuale dissesto dell’eterodiretta suggeriscano che, ragionevolmente (anzi, di nuovo, che non sia manifestamente irragionevole) che la capogruppo o altre società del gruppo intervengano nel risanamento.

¹⁰³ Non sembra agevole risolvere il problema se, in caso di obbligo della capogruppo ad intervenire, questa debba adempierlo al costo di mettere in pericolo la propria continuità aziendale. Il punto – che non può essere qui affrontato – potrebbe forse essere risolto alla luce del tema, tornato recentemente in auge a seguito della pandemia Covid-19, dei confini della nozione di impossibilità della prestazione.

¹⁰⁴ Parte I, cap. II, par. 2.1, 2.2. Naturalmente la complessità delle rilevazioni e delle valutazioni non potrà che essere considerata ai fini dello scrutinio di tale «tempestività», anche in tal caso, nel duplice significato della «puntualità» e della «precocità» qui sostenuto (V. sempre parte I, cap. II, par., 2, 3.3.1, 5).

¹⁰⁵ V. precedente par. 2.3.

Come visto, infatti, il principio di adeguatezza ricavabile dal combinato disposto degli artt. 2086 c.c. e 3 CCII sembra preordinato, anzitutto, proprio alla *rilevazione* del presupposto della segnalazione di cui all'art. 25-*octies* CCII: mentre l'art. 2086 c.c. funzionalizza gli assetti (anche) alla «*rilevazione* tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale», l'art. 3 CCII identifica le caratteristiche che gli assetti devono a tal fine possedere, vale a dire affinché gli squilibri normativamente rilevanti possano *emergere* dalla realtà aziendale e, quindi, essere *rilevati* dagli organi societari.

Pertanto, pare potersi sostenere che, ai sensi dell'art. 3 CCII, gli assetti, per essere idonei a rilevare «tempestivamente» la crisi o l'insolvenza del gruppo (*recte*, della capogruppo e delle eterodirette nei termini di cui al paragrafo che precede) (artt. 3, commi 2 e 3, CCII), dovrebbero consentire l'*emersione* e poi la *rilevazione* di quei segnali tipici di una fase anteriore alla prima che deve essere rilevata con tempestività (ovverosia la *crisi*) e, quindi, come sopra sostenuto a proposito del contesto di società monade¹⁰⁶, quella della *pre-crisi*.

Pertanto, le imprese del gruppo dovrebbero essere messe «*in rete*»¹⁰⁷ in modo tale che la capogruppo e le altre società – ove naturalmente vi sia quel vincolo economico o giuridico tale da ritenere ragionevole che le condizioni negative di una possano riverberare i propri effetti sulle altre – siano in grado di intercettare quei segnali, anzitutto, tipici di *pre-crisi* anche delle altre imprese del gruppo. Ciò a maggior ragione con riguardo alle informazioni di cui al comma 3 ed alle esposizioni rilevanti di cui al comma 4 dell'art. 3 CCII, posto che, in ogni caso, non sembra sostenibile che i creditori pubblici qualificati ed il ceto bancario rivolgano le proprie segnalazioni *ex* artt. 25-*novies* e 25-*decies* CCII agli organi di controllo di società diverse da quella direttamente interessata, pur appartenente ad un gruppo.

Inoltre, sempre alle medesime condizioni, gli assetti dovrebbero consentire di ricavare, nell'ambito del gruppo, quelle stesse informazioni idonee ad effettuare il *test* pratico *ex* art. 13 CCII in ciascuna impresa per verificare la sussistenza del *ragionevole risanamento* a livello di gruppo, nei limiti, come visto, della rilevanza, in base alle caratteristiche del gruppo stesso¹⁰⁸, e dei vantaggi compensativi fondatamente conseguibili¹⁰⁹.

Non si intende sostenere che un'eterodiretta qualsiasi possa, in ogni caso, attraverso l'interrogazione degli assetti, apprendere *sic et simpliciter*, i dati e le informazioni di un'altra o addirittura della capogruppo, ma che ciò debba avvenire solo nei casi in cui, vuoi per vincoli giudici vuoi per indissolubili relazioni economiche, gli effetti negativi di una possano ripercuotersi sulle condizioni dell'altra,

¹⁰⁶ Parte I, cap. II, par. 2.2.

¹⁰⁷ Su tale espressione v. in particolare oltre.

¹⁰⁸ Cfr. par. 3.2.

¹⁰⁹ Cfr. precedenti par. 2.2 e 2.2.1.

selezionando i dati e le informazioni a tal fine rilevanti ai sensi dell'art. 3 CCII. Un punto di equilibrio potrebbe essere rappresentato dalla strutturazione di assetti idonei a consentire tali rilevazioni alla capogruppo la quale dovrebbe poi avere la responsabilità di selezionare e condividere, attraverso un assetto altrettanto adeguato in termini di tempestività, i dati e le informazioni rilevanti con le eterodirette interessate e, segnatamente, con i relativi organi di controllo che, ai sensi dell'art. 2407, comma 1, c.c., hanno specifici doveri di riservatezza.

A ciò fa da *pendant* il coacervo di poteri informativi ed ispettivi degli organi di controllo che, nell'ottica di gruppo, dovrebbero in tal senso declinarsi.

Un *focus* sul punto appare dunque opportuno.

4.2. *I poteri informativi dell'organo di controllo nel gruppo ai fini della rilevazione del presupposto della segnalazione*

Il tema della declinazione dei poteri dell'organo di controllo nell'ambito dei gruppi è da tempo discusso stante l'esistenza di una normativa codicistica piuttosto lacunosa che, in alcuni punti, disciplina rilevanti poteri dei controllori, ma spesso solo con riguardo a quelli della capogruppo e, in altri, ignora completamente la questione.

Prima di declinare i poteri dell'organo di controllo ai fini della *rilevazione* del presupposto, appare necessaria una succinta digressione sul tema.

4.2.1. *I poteri informativi nei gruppi. Il problema*

Già in passato si evidenziava la necessità di verificare se i sindaci operanti nei gruppi fossero o meno dotati dei poteri necessari per svolgere adeguatamente la loro attività di controllo, dal c.d. "momento valutativo"¹¹⁰ (ossia il giudizio di conformità di un certo comportamento degli organi del gruppo rispetto a determinate norme di condotta¹¹¹) e "ricognitivo"¹¹² (mediante il quale vengono assunte informazioni, dal "gruppo", su ciò che deve essere controllato), a quello c.d. "dinamico-comminatorio"¹¹³ che notoriamente si esplica nell'intervento reattivo¹¹⁴.

La questione si poneva anzitutto *ante* riforma del diritto societario, in quanto

¹¹⁰ U. TOMBARI, *Il controllo sindacale*, cit., 951.

¹¹¹ U. TOMBARI, *Gruppo di società*, cit., 233-234.

¹¹² U. TOMBARI, *Il controllo sindacale*, cit., 951.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ F. VASSALLI, *Sindaci (collegio dei), b) diritto commerciale*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, 735. In generale, v., tra gli altri, già G. CAVALLI, *Profili del controllo sindacale sugli amministratori di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1968, 368.

i poteri dei sindaci, oltre ad essere alquanto limitati, erano stati concepiti dal legislatore soltanto per una struttura di società monade.

In particolare, il primo problema era (ed è, in parte, ancora oggi) quello di comprendere se i sindaci fossero dotati di poteri sufficienti per raccogliere informazioni e dati necessari ad assolvere alla loro funzione, poiché è sempre stato evidente che, in un contesto di gruppo, i sindaci dovrebbero a tal fine venire a conoscenza di ciò che avviene non solo all'interno della società di appartenenza, ma anche nelle altre società del gruppo¹¹⁵.

Così, quanto al “momento valutativo – ricognitivo”, già prima della riforma si è tentato¹¹⁶ di declinare in tale prospettiva i tre tipici poteri – doveri informativi esistenti, vale a dire di: (i) assistere alle adunanze del consiglio di amministrazione e alle riunioni del comitato esecutivo (art. 2405, comma 1, c.c. vecchio testo) che, peraltro, pur per le sole quotate, la Consob, con la comunicazione del 20 febbraio 1997, aveva raccomandato proprio ai sindaci di gruppo¹¹⁷, (ii) procedere ad atti di ispezione (art. 2403, comma 3, c.c., vecchio testo) nella propria società; (iii) richiedere agli amministratori di questa notizie sull'andamento delle operazioni sociali (art. 2403, comma 4, c.c., vecchio testo) tenuto conto del dovere degli amministratori della capogruppo di «dirigere il gruppo con la diligenza del mandatario»¹¹⁸.

Inoltre, mancando nel previgente sistema delle espresse indicazioni sui poteri informativi infragruppo, si individuava nello specifico dovere di collaborazione costante tra gli organi sociali delle diverse società del gruppo il principale strumento idoneo ad assicurare al collegio sindacale di una *holding* le informazioni necessarie per adempiere ai propri compiti di controllo¹¹⁹.

¹¹⁵ U. TOMBARI, *Il controllo sindacale*, cit., 952 e ivi (nt. 43) riferimenti alla dottrina tedesca in particolare sui poteri del *Aufsichtsrat* “di gruppo”.

¹¹⁶ U. TOMBARI, *Il controllo sindacale*, cit., 954.

¹¹⁷ Potere che, specie quanto al comitato esecutivo, precedentemente consisteva in una mera facoltà e che la dottrina aveva ipotizzato come principale indice per valutarne la responsabilità (G. CAVALLI, *I sindaci*, cit., 111).

¹¹⁸ U. TOMBARI, *Il controllo sindacale*, cit., 954. In effetti, si osservava che se una *holding* avesse svolto esclusivamente l'attività di direzione e coordinamento senza alcuna attività operativa, la relazione ex art. 2428 c.c. non avrebbe potuto che contenere indicazioni su tale attività. In argomento anche P. ABBADESSA, *La circolazione delle informazioni all'interno del gruppo*, in AA.VV., *I gruppi di società, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, cit., I, 570; L.A. BIANCHI, *Informazione societaria e bilancio consolidato di gruppo*, Milano, 1990, 323 ss.; P. BALZARINI, *La disciplina dei bilanci consolidati*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei bilanci di società*, a cura di M. Bussoletti, Torino, 1995, 215-216.

¹¹⁹ U. TOMBARI, *Il controllo sindacale*, cit., 955. Così si faceva riferimento alla già menzionata comunicazione Consob del 20 febbraio 1997 che, seppur per le quotate, aveva già non solo raccomandato la nomina di un membro del collegio sindacale della *holding* nei collegi sindacali delle società del gruppo «al fine di accrescere a favore del collegio sindacale la trasparenza sull'attività svolta dalla società, anche attraverso imprese controllate», ma aveva dettato alcune

Quanto, invece, al momento “dinamico-comminatorio”, considerata la sostanziale inesistenza, all’epoca, di poteri reattivi dei sindaci¹²⁰, l’attenzione veniva focalizzata sul contenuto della relazione *ex art.* 2429 c.c. (che sintetizzava l’attività di controllo svolta nel corso dell’esercizio sociale)¹²¹ nella quale l’organo di controllo avrebbe dovuto specificare le verifiche svolte sull’adempimento dell’organo amministrativo al dovere di gestione del gruppo con la diligenza richiesta e nel rispetto dell’interesse sociale delle singole società dipendenti¹²². Ciò onde consentire ai soci di svolgere le opportune valutazioni e di intraprendere le conseguenti iniziative in punto revoca e responsabilità ed al fine di sottrarsi ad una possibile responsabilità in solido con gli amministratori verso la società¹²³.

Tali principi – si osservava inoltre – avrebbero dovuto trovare applicazione anche per i sindaci della controllata onde consentire ai soci di queste di verificare se i relativi amministratori avessero correttamente adempiuto alla loro funzione c.d. “filtro”¹²⁴.

Sicché, in assenza di “specifici organi di gruppo”, il controllo sulla confor-

raccomandazioni ai sindaci di una società situata al vertice del gruppo; in particolare prevedendo che questi:

(i) acquisissero «la conoscenza sull’attività complessivamente svolta dalla società nei vari settori in cui essa ha operato, anche attraverso imprese controllate»;

(ii) richiedessero agli amministratori della *holding* di «acquisire dagli amministratori delle controllate le informazioni necessarie per svolgere il controllo sull’attività della capogruppo»;

(iii) richiedessero tali informazioni anche al «revisore della capogruppo» cosiddetto «principale» il quale avrebbe dovuto «anche in considerazione del patrimonio informativo di cui dispon[eva]» informare il collegio sindacale della capogruppo medesima di dati e notizie, acquisiti nel corso della propria attività svolta anche presso le controllate, «rilevanti ai fini del controllo di competenza dei sindaci».

¹²⁰ L’attività “comminatoria”, se così si può chiamare, dei sindaci culminava al più nella relazione sul progetto di bilancio *ex art.* 2429 c.c.

¹²¹ U. TOMBARI, *Il controllo sindacale*, cit., 965. Così si riportavano nuovamente (in modo parzialmente critico) le raccomandazioni della Consob con la menzionata comunicazione secondo cui i collegi sindacali avrebbero dovuto integrare, rispetto a quanto previsto dal legislatore, il contenuto della relazione sul bilancio d’esercizio esprimendo in particolare valutazioni e commenti su vari aspetti, tra cui le «operazioni infragruppo (ivi compresi, oltre ai rapporti di natura finanziaria, anche i rapporti di natura commerciale e di fornitura) e con le parti correlate ed operazioni atipiche o inusuali rispetto alla normale gestione d’impresa poste in essere dalla società o da società appartenenti al gruppo ad essa facente capo» verificando che con specifico riguardo alle operazioni infragruppo e con parti correlate fosse «indicato l’interesse della società al compimento dell’operazione, per i profili del conflitto di interesse».

¹²² U. TOMBARI, *Il controllo sindacale*, cit., 967.

¹²³ «[L]a ridefinizione delle funzioni dell’organo amministrativo e dell’organo sindacale di S.p.A. dominante non può non avere come conseguenza la possibilità di configurare, nel caso in questione, una responsabilità c.d. concorrente dei sindaci *ex art.* 2407, comma 2 c.c.» (U. TOMBARI, *Il controllo sindacale*, cit., 969).

¹²⁴ U. TOMBARI, *Il controllo sindacale*, cit., 970.

mità ai principi dell'ordinamento dell'amministrazione del gruppo avrebbe potuto realizzarsi solo attraverso una cooperazione effettiva degli organi di controllo di tutte le società del gruppo, attraverso, lo scambio reciproco di dati e informazioni¹²⁵: «[c]iò che occorre è, in sostanza, “collegare in rete” gli organi di controllo delle *Konzerngesellschaften* ed assicurare per questa via a ciascuno di essi il patrimonio informativo necessario per l'esercizio dei rispettivi compiti»¹²⁶.

Come noto, con l'approvazione del TUF e, soprattutto, con la riforma del diritto societario è stata ridisegnata la disciplina dell'organo di controllo, ampliando i relativi poteri informativi, ispettivi e reattivi e, contestualmente alla introduzione di una regolamentazione del fenomeno dei gruppi di società, sono stati disciplinati rilevanti poteri del collegio sindacale, sebbene lo “statuto” che ne deriva sia ancora carente.

Le lacune, tuttavia, parrebbero colmabili attraverso alcuni argomenti teleologici e sistematici di seguito illustrati, fondamentali per ricostruire ai nostri fini i poteri di indagine dell'organo di controllo sullo stato di salute del gruppo.

4.2.2. ...*(segue)* La tesi del collegamento contrattuale nei gruppi

Come visto¹²⁷, il tessuto “connettivo” che tiene insieme i diversi contratti di società di un gruppo, vale a dire idoneo ad individuare i diversi poteri e doveri delle società e degli organi ad esso appartenenti, potrebbe essere individuato nell'istituto del collegamento contrattuale¹²⁸. Con la conseguenza che applicando ai diversi contratti di società di un gruppo i principi civilistici dei negozi collegati, si giungerebbe alla loro connessione funzionale ed interdipendenza causale, col risultato di far automaticamente discendere un obbligo di collaborazione reciproco tra organi volto al perseguimento dell'interesse di gruppo (o, in ogni caso, nell'ambito del diritto della crisi, quantomeno della continuità aziendale delle società del gruppo), potendo sostenere, per questa via, la “libera” circolazione, all'interno del gruppo, dei rimedi, degli strumenti e delle legittimazioni¹²⁹.

¹²⁵ U. TOMBARI, *Il controllo sindacale*, cit., 957.

¹²⁶ *Ibidem*. Con riferimento al *Aufsichtsrat*, lo stesso A. afferma come la proposta del collegamento in rete delle funzioni di controllo in un gruppo si deve a P. HOMMELHOFF, *Verernetzte Aufsichtsratsüberwachung im Konzern*, in *ZGR*, 1996, 163. Sul ruolo determinante della circolazione delle informazioni per un adeguato svolgimento dei compiti di controllo si veda, per tutti, anche già M. RESCIGNO, *La Consob e la corporate governance: prime riflessioni sulla comunicazione Consob 20 febbraio 1997 in materia di controlli societari*, in *Riv. soc.*, 1997, 767.

¹²⁷ V. precedente par. 2.2.

¹²⁸ S. GIOVANNINI, *op. cit.*, *passim*. Per una sintesi della teoria e delle altre esistenti in materia v. *supra* par. 2.2.

¹²⁹ S. GIOVANNINI, *op. cit.*, *passim*.

La tesi, invero, dovrebbe essere intesa ed eventualmente applicata con cautela, pena il rischio di violare, a mio sommosso parere, uno dei principi cardini del diritto dei gruppi, ossia l'autonomia patrimoniale e la distinta soggettività delle società del gruppo, e, più a monte, i principi generali in tema di interpretazione della legge (in particolare l'art. 12 disp. prel. c.c.)¹³⁰.

Fermo quanto precede, la tesi – vieppiù alimentata dalle descritte esigenze di *early warning* – potrebbe effettivamente sopperire a eventuali lacune, permeando di sé l'intera disciplina del gruppo di società e fungendo così da «tessuto connettivo»¹³¹ del sistema, dando nuova linfa alla tesi già sostenuta in passato che suggeriva, come visto, di «collegare in rete» gli organi di controllo delle *Konzerngesellschaften* ed assicurare per questa via a ciascuno di essi il patrimonio informativo necessario per l'esercizio dei rispettivi compiti¹³².

Così le stesse Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate ricordano la rilevanza dello scambio informativo proprio con i corrispondenti organi di controllo delle società del gruppo, anche di incentivare misure di prevenzione della crisi e della perdita della continuità aziendale¹³³.

4.2.3. I poteri informativi ed ispettivi. In particolare il flusso informativo “biunivoco”

Sulle predette basi concettuali, occorre ora esaminare i diversi poteri degli organi di controllo di gruppo a partire dai flussi informativi in tale contesto¹³⁴, quale fulcro dell'intero sistema di controllo¹³⁵.

¹³⁰ La tesi, detto altrimenti, per quanto valida e utile sia da un punto di vista ricostruttivo e definitorio del fenomeno dei gruppi sia per leggere ed interpretare, in una prospettiva di gruppo, gli obblighi degli organi sociali, colmando eventuali lacune, non potrebbe, a mio avviso, spingersi sino a superare la personalità giuridica o a prescindere, in ogni caso, dalla soggettività giuridica delle società del gruppo. Così, ad esempio non pare condivisibile, come più oltre si vedrà, l'attribuzione, per questa via, della legittimazione ad instaurare la procedura del controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. nella *holding* ai soci di minoranza delle controllate (come invece sostiene, da ultimo, anche S. GIOVANNINI, *Responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, cit., 71 ss.).

¹³¹ S. GIOVANNINI, *op. cit.*, 26.

¹³² U. TOMBARI, *Il controllo sindacale*, cit., 958.

¹³³ Ciò sia nella versione del dicembre 2024 (v. la Prefazione alle Norme di E. DE NUCCIO, 2) sia nell'ultima versione del dicembre 2024 (v. sempre la Prefazione e in particolare le Norme n. 5.6-5.7).

¹³⁴ Per una classificazione delle informazioni all'interno del gruppo v. il saggio di P. MONTALENTI, *L'informazione e il diritto commerciale: principi e problemi*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2015, 786. In particolare sotto il profilo del «contenuto» si sono indicate: (i) l'informazione «contabile» (a partire dalle informazioni di gruppo nel bilancio individuale e nel bilancio consolidato), (ii) l'informazione «gestionale» (sia nei bilanci sia quelle endoconsiliari periodiche dovute dai delegati anche sulle operazioni di maggior rilievo effettuate dalle società e dalle sue controllate ex art.

Il tema è stato studiato in dottrina con riguardo, da un lato, al profilo (interno) della circolazione delle informazioni nel gruppo (ovvero tra i diversi organi che lo compongono), e dall'altro lato, a quello dell'informazione (esterna) sul gruppo e sui rapporti tra i diversi enti che ne fanno parte¹³⁶, scomponendo i poteri informativi dei sindaci su tre principali binari: (i) diritto di ottenere informazioni dagli altri organi e dal soggetto incaricato del controllo contabile; (ii) potere-dovere di assistere alle adunanze dell'assemblea, dell'organo amministrativo e del comitato esecutivo; (iii) facoltà ispettive *uti singuli*.

Si tratta, quindi, di comprendere, ai fini della *rilevazione* del presupposto della segnalazione, come si snodino tali prerogative nel contesto di gruppo¹³⁷.

4.2.3.1. I poteri informativi dell'organo di controllo della capogruppo

L'organo di controllo può, anzitutto, *ex art. 2403-bis c.c.*: (a) richiedere agli amministratori della capogruppo¹³⁸ (che a loro volta, hanno specularmente gli obblighi informativi di cui agli artt. 2381, comma 5, c.c.) notizie sull'andamento generale delle operazioni sociali o su singoli affari, «anche con riferimento a società controllate», (b) scambiare «informazioni» con gli organi di controllo «delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo ed all'andamento generale dell'attività sociale».

2381, comma 5, c.c. e, per le quotate, art. 150, comma 1, T.U.F.), (iii) l'informazione «organizzativa» (ossia sugli assetti *ex art. 2381, comma 3, c.c.*). Sotto il profilo dell'informazione «motivazionale» si sono menzionate quelle (iv) sulle decisioni in presenza di interessi degli amministratori, spesso, appunto, di gruppo (art. 2391 c.c.), (v) sulle operazioni con parti correlate (art. 2391-bis c.c.), (vi) sulle decisioni influenzate dalla direzione unitaria (art. 2497-ter c.c. e art. 150, comma 1, T.U.F.). Aspetti su cui – prosegue l'A. – «si è registrato o un vero e proprio innesto normativo "filosoficamente" innovativo, caratterizzato dal passaggio dagli obblighi formali di astensione alla *disclosure* analitica, strumento di trasparenza, di "tracciabilità" delle decisioni, di valutazione di correttezza per eventuali profili di responsabilità».

¹³⁵ È ormai pacifico che la funzionalità e l'efficienza dei modelli organizzativi nel gruppo, dipenda strettamente «dalla quantità e dalla qualità delle comunicazioni e delle informazioni continuamente scambiate tra il soggetto controllante ed i soggetti controllati e tra questi ultimi soltanto» (E. RIMINI, *Il controllo contrattuale*, Milano, 2002, 186).

¹³⁶ Così già G.E. COLOMBO, *Informazione societaria e gruppi di società*, in AA.VV., *L'informazione societaria. Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 5-6-7 novembre 1981*, a cura di P. Alvisi, P. Balzarini, G. Carcano, I. Milano, 1982, 669 ss.; A. PAVONE LA ROSA, *Gruppi di imprese e informazione societaria*, *ivi*, II, 1115 ss.; G. DE FERRA, *Le informazioni sulle società controllate nella relazione degli amministratori di cui all'art. 2429-bis*, *ivi*, II, 745 ss.; P. GUERRA, *L'informazione societaria e le società controllate*, *ivi*, II, 779 ss.

¹³⁷ Come detto, la disciplina delle società quotate non è oggetto del presente lavoro, tuttavia, ai fini del tentativo ricostruttivo qui sviluppato appare utile per taluni segmenti di normativa operare un raffronto con la disciplina del TUF.

¹³⁸ Per le quotate la richiesta può avvenire direttamente agli organi delle controllate *ex art. 151 TUF*.

Si ritiene inoltre che, pur non previsto dal legislatore, il collegio sindacale possa interrogare, oltre amministratori e sindaci delle eterodirette, anche i soggetti preposti al controllo interno¹³⁹ quale fulcro degli assetti concepiti in ottica di gruppo¹⁴⁰.

Il complesso di questi poteri, accompagnato da quelli ispettivi di cui al primo comma della medesima disposizione, è stato individuato dalla dottrina come la principale fonte di una possibile (e doverosa¹⁴¹) forma di collaborazione tra sindaci di società facenti parte del medesimo gruppo, collaborazione altrimenti ostacolata dal dovere di riservatezza di cui all'art. 2407, comma 1, c.c.¹⁴².

Sicché, seguendo le tesi qui sostenute, inclusa quella del collegamento negoziale, sembra possibile affermare che, ferma l'interlocuzione con il revisore *ex* art. 2409-*septies* CCII che, in considerazione degli adempimenti connessi anche al bilancio consolidato, rappresenta una rilevante fonte di interlocuzione e di scambio di informazioni¹⁴³, l'organo di controllo¹⁴⁴ della capogruppo ben po-

¹³⁹ M. AIELLO, sub art. 2403 bis c.c., in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Delle società – Dell'azienda – Della concorrenza*, a cura di D. Santosuosso, II, Milano, 2015, 511.

¹⁴⁰ V. sopra par. 2.2.2.

¹⁴¹ Poteri – si osserva – senza dubbio di grande importanza «in funzione dell'adempimento del dovere del collegio sindacale della società capogruppo di vigilare sulla legittimità (anche) dell'attività di direzione e coordinamento» (U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 123), tanto che quello della capogruppo potrebbero chiedere a quello della controllata «i dati necessari per poter verificare se una direttiva gestionale elaborata a livello di *holding* sia in contrasto con l'interesse sociale della “dipendente”» (U. TOMBARI, *op. cit.*).

¹⁴² In questo senso si è affermato, infatti, che il dovere di riservatezza dei sindaci, proprio grazie alle norme illustrate, troverebbe una deroga nei rapporti di gruppo (V. GIORGI, *Libertà di informazione e dovere di riservatezza degli amministratori nei gruppi di società*, Torino, 2005, 236. L'Autore, inoltre, sostiene più in generale che la dinamica di gruppo dovrebbe consentire di valutare con maggiore elasticità anche la condotta dell'amministratore che riveli notizie da ritenersi riservate nell'ambito del gruppo: cfr. p. 258).

¹⁴³ V., in particolare, l'art. 10-*quinquies*, comma 1, d.lgs. n. 39 del 2010 per cui il revisore del gruppo assume la responsabilità della relazione sul bilancio consolidato, norma che sembrerebbe imporre il dovere di quest'ultimo di verificare la coerenza dei dati ricevuti con la contabilità delle imprese consolidate e, quindi, di non limitarsi a svolgere un controllo volto meramente ad accertare la regolarità del consolidato e la sua corrispondenza alle scritture contabili e alle informazioni trasmesse dalle controllate (G. OLIVERI, *La rilevanza giuridica del consolidato*, in *Tratt. Colombo-Portale*, VII, Torino, 1994, 626). Tanto che il comma 4 della stessa norma individua, tra le misure che il revisore del gruppo può adottare, «lo svolgimento di un ulteriore lavoro di revisione legale della società controllata interessata, che può essere svolto sia direttamente sia tramite esternalizzazione, la richiesta agli amministratori della società controllata di ulteriori documenti e notizie utili alla revisione e lo svolgimento[...] di accertamenti, controlli ed esame di atti e documentazione presso la società controllata interessata». Cfr. sul punto già il principio di revisione ISA Italia 600.

¹⁴⁴ In particolare il collegio sindacale. A parziali diverse conclusioni dovrebbe, invece, giungersi con riguardo al consiglio di sorveglianza posto che, come visto sopra (parte II, cap. I, par. 1.2) l'art. 2409-*quaterdecies* c.c., nel richiamare il comma secondo e terzo dell'art. 2403-*bis* c.c., appare escludere il relativo comma primo che prevede proprio il potere individuale di procedere con atti

trebbe chiedere agli amministratori della stessa capogruppo¹⁴⁵ o direttamente all'organo di controllo dell'eterodiretta (esercitando, però, i propri poteri ispettivi esclusivamente nell'ambito della società di cui sono organi, in assenza di una espressa previsione normativa che attribuisca questo potere anche in altre società del gruppo¹⁴⁶), notizie:

di ispezione. Per questa ragione, anche nei gruppi, la condotta del consigliere di sorveglianza con riguardo alla *rilevazione* e *valutazione* del presupposto dovrebbe essere guardata con minore severità, non potendo i consiglieri di sorveglianza, in assenza di diverse previsioni statutarie, approfondire mediante ispezioni quanto emerge *prima facie* dagli assetti e dalle informazioni ricevute dall'organo amministrativo e dal revisore *ex artt.* 2403-*bis*, comma 2 e 2409-*septies* c.c.

Quanto al comitato per il controllo sulla gestione riterrei parimenti possibile addivenire, *mutatis mutandis*, alle conclusioni già sopra sviluppate con riguardo al contesto di società monade, dovendo per essi necessariamente valorizzarsi non solo i medesimi poteri istruttori dei sindaci, ma i loro specifici poteri di interlocuzione con i delegati nella loro qualità di amministratori. Sicché ferma la loro maggiore responsabilità, come visto, in termini di *valutazione* del presupposto, l'adeguatezza degli assetti (che è uno degli indizi fondamentali *ex art.* 2729 c.c. del meccanismo presuntivo di tempestività sostenuto nel presente lavoro) dovrebbe essere valutata con maggior rigore stante la loro natura di amministratori ed il tenore dell'art. 2409-*octiesdecies*, comma 5, c.c. che contempla lo specifico riferimento al sistema di controllo interno.

¹⁴⁵ E, nelle quotate, direttamente a quello dell'eterodiretta *ex art.* 151, comma 1, TUF.

¹⁴⁶ O eventualmente di previsioni negoziali contenute ad esempio all'interno di un regolamento di gruppo (su cui v., per tutti: F. GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *Banca, borsa*, 2005, I, 86 ss.; P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 317 ss.; U. TOMBARI, *Autonomia privata e gruppi d'impresa*, Studio CNN 248-2009/I; F. GUERRERA, *I regolamenti di gruppo*, in AA.VV., *Società, banche e crisi d'impresa*, Liber amicorum Pietro Abbadessa, cit., 1551 ss.; M. CALLEGARI, *Gli assetti societari e i gruppi*, in AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, diretto da M. Irrera, Torino, 2016, 585 ss.; N. RONDINONE, *op. cit.*, 69 ss.; G. RUGOLO, *La direzione unitaria nel gruppo cooperativo*, Torino, 2021, 104 ss.). La tesi sembrerebbe avvalorata, in via sistematica, anche da quell'orientamento giurisprudenziale sorto in ambito di s.r.l. che, per quanto sempre più incline ad estendere il diritto di controllo e di ispezione del socio su documentazione relativa a società controllate, non ammetta in ogni caso la possibilità di procedere ad atti di ispezione direttamente presso queste ultime, bensì solo su tale documentazione se disponibile presso la società di cui sono soci (cfr., ad esempio, Trib. Milano, 27 settembre 2017, in *Giur. it.*, 2018, 118 ss., Trib. Torino, 20 febbraio 2019, in *Foro it.*, 2019, I, 2194), al più imponendo agli amministratori un dovere di riottenere la disponibilità onde esibirla ai soci (Trib. Venezia, 19 settembre 2020, in *www.ilcaso.it*).

Per una critica sulla possibilità di consentire alla capogruppo un potere generale ispettivo cfr. V. GIORGI, *op. cit.*, 259.

Per una diversa prospettiva, anche in chiave comparatistica, v. M. PARGENDLER, *The new corporate law of corporate groups*, in *Harvard Business Law Review*, v. 14, 2024, 339 ss. L'approfondita indagine dimostra in effetti una tendenza a superare la distinzione della soggettività e personalità giuridica delle società di un gruppo su un doppio versante: (i) nelle valutazioni e connesse responsabilità gestorie; (ii) nell'estensione dei poteri e legittimazioni. Tuttavia, se il primo aspetto parrebbe in effetti confortare la tesi di una necessaria visione non atomistica del gruppo, l'attribuzione di specifiche legittimazione dovrebbe richiedere (e infatti richiede espressamente ove previsto) delle specifiche previsioni. Non sembra infatti rinvenibile un principio generale (regolare e non eccezionale) di superamento dell'autonomia giuridica delle società di un gruppo in assenza

(i) sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari della *holding* e delle eterodirette stesse ai fini di verificare il corretto esercizio della direzione e coordinamento nonché, per quanto più specificamente di interesse del presente lavoro,

(ii) sullo stato di salute della stessa *holding* e delle eterodirette (e sempreché, nei limiti che si è detto, ciò possa rilevare per il generale andamento della gestione della capogruppo e per la sua prevedibile evoluzione), a partire dalla possibilità di intraprendere quella “fase zero” che sta alla base dell'attività istruttoria prodromica al *procedimento segnalatorio* di cui all'art. 25-*octies* CCII¹⁴⁷.

D'altronde i riferimenti contenuti agli artt. 2381, comma 5, c.c. e 2403-*bis*, comma 2, c.c. all'«andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione» e all'«andamento generale dell'attività sociale» dovrebbero consentire tali richieste: non si vede, infatti, come non possano ritenersi fondamentali, ai fini della «prevedibile evoluzione» della gestione e come non possano riguardare l'«andamento generale della gestione», eventuali notizie sulle condizioni economiche, patrimoniali o finanziarie delle società del gruppo, ove naturalmente rilevanti, alla luce di quanto qui sostenuto, per la capogruppo.

4.2.3.2. I poteri informativi dell'organo di controllo dell'eterodiretta

Se queste affermazioni paiono condivisibili, rimane invece ancora il dubbio se e con quali limiti l'organo di controllo dell'eterodiretta possa a sua volta ri-

di particolari abusi tale da consentire, almeno nel nostro ordinamento, l'estensione analogica (anche solo come *analogia iuris*) o interpretazioni estensive di previsioni dal dubbio tenore letterale come quella in esame. Invero anche altrove, ove si consente la circolazione di legittimazioni nel gruppo sono previste norme espresse: v., in Francia, ad esempio l'art. L225-223 *Code de commerce*: «Une association répondant aux conditions fixées à l'article L. 22-10-44, ainsi que un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, peuvent poser par écrit au président du conseil d'administration ou au directoire des questions sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société, ainsi que, le cas échéant, des sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3. Dans ce dernier cas, la demande doit être appréciée au regard de l'intérêt du groupe. La réponse doit être communiquée aux commissaires aux comptes, s'il en existe.

A défaut de réponse dans un délai d'un mois ou à défaut de communication d'éléments de réponse satisfaisants, ces actionnaires peuvent demander en référé la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion». Peraltro si è stabilito che tali poteri di ispezione potrebbero operare solo nei confronti delle controllate su impulso dei soci della controllante e non verso quest'ultima su impulso di quelli delle controllate (Cour de cassation, Sept 10, 2013, Bull civ IV, No 12-16509).

Per una panoramica, v., ancora, M. PARGENDLER, *The new corporate law of corporate groups*, in *Harvard Business Law Review*, v. 14, 2024.

¹⁴⁷ V., sempre per il collegio sindacale, parte I, cap. II, par. 2.3 e 3.3.3.5, nonché, per il consiglio di sorveglianza e soprattutto per il comitato per il controllo sulla gestione, parte II, cap. I, par. 1.3.1 e 1.3.2. Per le s.r.l. v. parte II, cap. I, par. 2.

chiedere dati ed informazioni sulla *holding* e se possa farlo direttamente agli organi di quest'ultima per verificare (i) che sia stata esercitata correttamente l'attività di direzione e coordinamento (specie per valutare la politica di gruppo e l'esistenza di eventuali prevedibili vantaggi compensativi) (ii) che gli amministratori dell'eterodiretta stessa abbiano correttamente svolto la loro funzione "filtro" nonché (iii) onde conoscere lo stato di salute della stessa capogruppo e di altre società del gruppo ove idoneo (secondo quanto visto nei paragrafi precedenti) ad influire su quello della stessa eterodiretta.

L'art. 2403-*bis* c.c. (e, invero, anche gli artt. 2381, comma 5, c.c. e 150 TUF), in effetti, pare presupporre un flusso informativo a senso unico e "dall'alto verso il basso": (a) da un lato, la richiesta di informazioni sembra poter provenire sempre e solo dai sindaci della *holding* e mai da quelli delle controllate; (b) dall'altro, lo scambio di informazioni e dati tra organi di controllo sembra parimenti presupporre sempre un'iniziativa ed una richiesta specifica di quelli della *holding* a quelli dell'eterodiretta e mai il contrario.

Riterrei possibile sostenere una diversa interpretazione, ossia la necessaria sussistenza, nei limiti della diversa soggettività giuridica delle società del gruppo, di un flusso informativo "biunivoco" tra organi e società del gruppo. Ciò in base sia al descritto possibile dovere generale di collaborazione tra organi del gruppo in virtù della citata tesi del collegamento negoziale sia alla luce di una interpretazione teleologica e sistematica del combinato disposto, da una parte degli artt. 2403, 2407 e 2497 c.c., dall'altra degli artt. 2403-*bis*, 2381, 2497-*bis* e *ter* c.c.¹⁴⁸. Infatti, se i sindaci rispondono per omessa vigilanza sui principi di «corretta amministrazione» (artt. 2403 e 2407 c.c.), se, come si è tentato di sostenere sopra¹⁴⁹, i principi di «corretta gestione societaria e imprenditoriale» (art. 2497 c.c.) sono parte integrante di questi ultimi, con la conseguenza che la loro violazione potrebbe esporli parimenti a responsabilità (artt. 2407 c.c. e 2497, comma 2, c.c.) e se, infine, i sindaci sono destinatari degli obblighi informativi degli amministratori derivanti dagli artt. 2381 c.c. e, quantomeno per il tramite dell'art. 2405 c.c.¹⁵⁰, delle motivazioni relative alle decisioni influenzate dalla capogruppo *ex* art. 2497-*ter* c.c., dovendo, in ogni caso, esaminare la relazione sulla gestione (richiamata anche dall'art. 2497-*bis* c.c.), non si vede come i loro poteri informativi debbano arrestarsi ad una visione di società monade, dovendo, di contro, essere letti funzionalmente al sistema appena tratteggiato e, quindi, ben potendo, quantomeno nell'ambito delle riunioni del consiglio di

¹⁴⁸ E, per le quotate, artt. 150, 151 TUF.

¹⁴⁹ V. precedente par. 2.2.

¹⁵⁰ Che costituisce, secondo la dottrina, una delle più importanti fonti di accesso alla conoscenza dei fatti societari, specie se si intende condividere la tesi per cui essi, ancorché privi del diritto di voto, avrebbero diritto di intervento, di interloquire con gli altri membri delle adunanze, potendo richiedere dunque informazioni sull'oggetto delle stesse (S. AMBROSINI, *Il collegio sindacale*, in *Tratt. Rescigno*, VI, Torino, 2013, 255).

amministrazione dell'eterodiretta, richiedere specifiche informazioni sui predetti aspetti.

Non solo, ma, a mio avviso, negli stessi concetti di «operazioni di maggior rilievo», «per le loro dimensioni o caratteristiche», su cui gli amministratori devono riferire all'organo di controllo *ex art.* 2381 c.c., dovrebbero necessariamente rientrare anche quelle influenzate dalla stessa capogruppo¹⁵¹.

Per questa via, riterrei che sia il concetto di «operazioni di maggior rilievo» sia, ancor di più, quello di «generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione» su cui parimenti l'organo amministrativo deve riferire *ex art.* 2381 c.c., potrebbero consentire ai sindaci dell'eterodiretta di richiedere allo stesso notizie sullo stato di salute della capogruppo e di altre società dello stesso gruppo, ove, naturalmente, secondo quanto qui già più volte detto, ciò possa essere rilevante per l'eterodiretta: anche in tal caso, sarebbe, quindi, la «prevedibile evoluzione» della gestione dell'eterodiretta ad essere influenzata dalle condizioni economiche, patrimoniali o finanziarie delle altre società del gruppo, a partire da quelle della *holding* e a legittimare le richieste in esame.

Conseguentemente anche la tipologia di documenti che possono essere oggetto di ispezioni *ex art.* 2403-*bis* c.c. dovrebbe declinarsi in base ai predetti poteri e doveri dell'organo di controllo.

Pertanto, sembra potersi concludere, con riguardo ai poteri informativi dell'organo di controllo dell'eterodiretta¹⁵², che (ferma anche in tal caso l'interlocuzione e scambio di informazioni con il revisore *ex art.* 2409-*septies* c.c.¹⁵³):

(i) gli «atti di ispezione e di controllo» potrebbero avere ad oggetto anche documenti relativi alle decisioni influenzate dalla *holding*, alle relative direttive e a tutto ciò che potrebbe consentire la valutazione su operazioni rientranti tra

¹⁵¹ Non a caso a proposito delle «operazioni di maggior rilievo» si è affermato che «il potere del collegio sindacale di chiedere informazioni potrà allora riguardare, ad esempio, le motivazioni di una determinata operazione e, soprattutto, i processi di valutazione che hanno condotto gli amministratori ad intraprendere determinate decisioni [...] [i]n definitiva, il collegio sindacale può esercitare il potere di richiesta di informazioni con riferimento ad ogni aspetto sul quale ritenga di dovere essere informato al fine di vigilare sul rispetto dei principi di corretta amministrazione» (P. MAGNANI, *op. ult. cit.*, 217).

¹⁵² In particolare del collegio sindacale. Per i sistemi alternativi di *governance* dovrebbero valere, *mutatis mutandis*, le analoghe considerazioni sopra viste in nt. 144 del presente capitolo con riguardo al consiglio di sorveglianza ed al comitato per il controllo sulla gestione della capogruppo.

¹⁵³ Tuttavia il soggetto incaricato della revisione legale della controllata potrebbe essere in possesso di minori informazioni sulla controllante di quante non ne abbia quello di quest'ultima sulla controllata stessa. Né pare possibile sostenere che l'organo di controllo dell'eterodiretta abbia il potere di richiedere direttamente informazioni al revisore della capogruppo. Conseguentemente sarà, al più, sempre per il tramite dell'organo di controllo della capogruppo, attraverso il flusso informativo biunivoco sostenuto nel testo, che l'organo di controllo della controllata potrà attingere informazioni sulla società capogruppo o su altre società del gruppo, ove rilevanti per la controllata.

quelle di cui agli artt. 2497-*bis* e *ter* c.c. nonché, ove rilevante per l'eterodiretta, anche sullo stato di salute della *holding* e delle altre società del gruppo¹⁵⁴, sempreché tali documenti siano a disposizione della società eterodiretta stessa, non potendo, a mio avviso, i sindaci di questa recarsi direttamente presso i locali della *holding* o di altre società, in assenza di un'espressa previsione normativa (statutaria o contrattuale) in tal senso;

(ii) i suoi componenti potrebbero chiedere, specie in sede consiliare *ex* art. 2405 c.c., agli amministratori dell'eterodiretta stessa notizie sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari della *holding*, purché connessi alle decisioni o alle operazioni di cui all'art. 2497-*ter* c.c. o che comunque trovano riscontro nella relazione sulla gestione *ex* artt. 2497-*bis*, 2428 c.c. e, in ogni caso, sullo stato di salute della stessa *holding* e di altre società del gruppo (e sempreché, nei limiti che si è detto, ciò possa rilevare per il generale andamento della gestione dell'eterodiretta medesima e per la sua prevedibile evoluzione);

(iii) stante il più neutro¹⁵⁵ e generico tenore dell'art. 2403-*bis*, comma 2, secondo periodo, c.c., potrebbe ottenere informazioni e documenti direttamente dall'organo di controllo della capogruppo (a) sull'attività di direzione e coordinamento¹⁵⁶, specie con riferimento a quelle operazioni – di nuovo – poste in essere *ex* artt. 2497-*ter* c.c., o che trovano riscontro nella relazione sulla gestione *ex* artt. 2497-*bis*, 2428 c.c., nonché (b) sull'«andamento generale dell'attività sociale», incluse quelle sullo stato di salute della capogruppo e delle altre società del gruppo sempre nei medesimi limiti, a partire, ad esempio, dalle interlocuzioni in sede della menzionata “fase zero” dell'istruttoria prodromica alla segnalazione *ex* art. 25-*octies* CCII. In effetti, con riferimento a tale ultima ipotesi, in questa prospettiva “di gruppo” potrebbe, come già sostenuto sopra per i sindaci della capogruppo, reinterpretarsi la locuzione «andamento generale dell'attività

¹⁵⁴ Ad esempio: la relazione sulla gestione della società coordinata e diretta (art. 2497-*bis*, comma 5, c.c.), i verbali dei consigli di amministrazione della *holding* in particolare per quanto attiene alle operazioni di cui agli artt. 2381, comma 5, e 2391-*bis*, comma 2, c.c., le informazioni contenute nelle relazioni sulla gestione della *holding* *ex* art. 2428, comma 3, n. 2), c.c., i *budget* ed i piani strategici, industriali e finanziari di gruppo, le motivazioni delle decisioni di cui all'art. 2497-*ter* c.c.

¹⁵⁵ Sulla “biunivocità” dello scambio la dottrina, proprio con riferimento allo scambio di informazioni tra organi di controllo di gruppo, ha già avuto modo di affermare che «[i]l riferimento legislativo a uno scambio di informazioni fra organi di controllo sembra peraltro deporre nel senso della legittimità di un flusso *biunivoco*, tale per cui anche i sindaci di una controllata possono ricevere informazioni sulla controllante» [S. AMBROSINI, sub artt. 2403-2406, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2004, 904 (corsivo dell'Autore)]. Ma per un flusso «a senso unico» nelle quotate v. A. BERTOLOTI, *Società per azioni. Collegio sindacale. Revisori. Denuncia al Tribunale*, cit., 202).

¹⁵⁶ S. PROVIDENTI, *Commento* sub art. 2403-*bis*, in *Commentario al codice civile. La riforma del diritto societario*, V, *Società per azioni*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003, 283.

sociale» di cui all'art. 2403-*bis* c.c.¹⁵⁷ in chiave sistematica e teleologica con le disposizioni e la *ratio* qui esaminate al CCII: sia la direzione e coordinamento sia le condizioni economiche, patrimoniali e finanziarie della capogruppo e delle altre società del gruppo ben potrebbero, a seconda del caso concreto, essere rilevanti per l'«attività sociale» dell'eterodiretta.

In conclusione occorre ancora una precisazione. Sul punto si è giunti persino a sostenere, in base ad una interpretazione estensiva dell'art. 2403-*bis*, comma 2, c.c., che tale norma statuirebbe un principio di liceità della circolazione delle informazioni intragruppo, consentendo persino ai sindaci della controllata di chiedere informazioni agli amministratori della controllante¹⁵⁸. A mio sommo parere, l'affermazione dovrebbe valere solo nella parte in cui legittima uno scambio informativo infragruppo “biunivoco” nei termini contenuti appena visti, ma non laddove intende consentire ai sindaci della controllata di richiedere informazioni addirittura direttamente agli amministratori della *holding*, in quanto nemmeno l'art. 151 TUF – dal tenore più ampio dell'art. 2403-*bis* c.c. – pare consentire una tale interpretazione: quest'ultima norma, che prevede una facoltà del singolo sindaco di interloquire con amministratori di altra società del gruppo, contempla espressamente ed esclusivamente l'ipotesi delle «richieste» del sindaco della *holding* agli organi di amministrazione e controllo «delle società controllate» e non fa riferimento né alle «società controllanti» né a «scambi» di informazioni che eventualmente legittimerebbero letture più ampie e di ulteriore “biunivocità”¹⁵⁹.

4.3. Segnalazione nei gruppi e dovere di riservatezza

Quanto precede non sembra ostacolato dal dovere di riservatezza previsto dall'art. 2407, comma 1, c.c. per cui, come noto, i sindaci «devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio»¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Tradizionalmente volta, invero, a delimitare l'oggetto delle informazioni scambiate tra organi di controllo.

¹⁵⁸ M. LIBERTINI, *Commento art. 2403-bis*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. d'Alessandro, Padova, 2011, II, 2, 248.

¹⁵⁹ È chiaro poi che i sindaci ben potrebbero effettuare queste richieste, ma un conto è sostenere che questa rimanga una loro facoltà che non obbliga i destinatari delle richieste ad un riscontro, altro è dotare gli stessi di veri e propri poteri che invece proprio un tale riscontro impongono.

¹⁶⁰ Si sostiene, con riguardo al comma 1 dell'art. 2407 c.c., che disciplina i casi di responsabilità esclusiva dell'organo di controllo, l'opportunità di distinguere tra atti del singolo sindaco e atti del collegio (G. CAVALLI, *Il collegio sindacale*, cit., 182), ricadendo, la divulgazione, presumibil-

In effetti, nel contesto del presente lavoro, occorre verificare come conciliare questa disposizione con l'esigenza sopra vista ed oggi espressamente contemplata da parte del legislatore di una stretta collaborazione tra gli organi del gruppo e di creare un efficiente flusso informativo tra le società o, meglio, tra gli organi societari del gruppo ai fini (anche) della segnalazione *ex art. 25-octies* CCII.

Il quesito non è nuovo¹⁶¹ e già in passato si era proposta una lettura del dato giuridico adeguata anche al «*Lebenstypus* della società di gruppo [...] e più precisamente un'interpretazione che realizzi i valori sottostanti al c.d. dovere di riservatezza dei sindaci senza per questo paralizzare il sistema dei controlli interni in una società per azioni di gruppo»¹⁶².

A tal fine si osservava, anzitutto, come la *ratio* del dovere di riservatezza risiedesse nella volontà di «salvaguardare la società dalla divulgazione di notizie»¹⁶³ o, meglio, dalla divulgazione in un «ambiente imprenditoriale esterno a quello della società medesima»¹⁶⁴; così si concludeva che il dovere in questione non avrebbe potuto operare all'interno del gruppo, ma all'esterno, verso i soggetti estranei ad esso e che i sindaci fossero tenuti alla riservatezza con riferimento non solo a dati e informazioni relative alla società di cui erano organi, bensì anche di quelle dell'intero gruppo di cui fossero venuti a conoscenza in ragione del loro ufficio, alla stregua di quanto sostenuto dalla dottrina tedesca a proposito dello *Aufsichtsrat*¹⁶⁵.

A mio modo di vedere, tale interpretazione è stata accolta dal legislatore della riforma del diritto societario che, non espungendo o specificando alcunché nell'art. 2407 c.c., si è limitato ad introdurre delle norme che prevedono (ed impongono), come visto, la diffusione di informazioni (anche rilevanti) all'interno del gruppo tra gli organi delle società ad esso appartenenti¹⁶⁶.

mente nella prima categoria, mentre la falsità in attestazioni di cui sempre all'art. 2407 c.c., nella seconda.

¹⁶¹ Già prima dell'introduzione delle descritte disposizioni che oggi espressamente contemplano lo scambio di informazioni tra organi di gruppo, ci si era domandati se la allora vigente normativa consentisse «una collaborazione tra gli organi sindacali delle società di un medesimo gruppo, nella forma soprattutto di uno scambio reciproco di dati e informazioni, o se ciò [fosse] invece impedito dall'esistenza del c.d. obbligo di riservatezza di cui all'art. 2407, primo comma, c.c.» (U. TOMBARI, *Il controllo sindacale sugli amministratori*, cit., 940-941).

¹⁶² U. TOMBARI, *Il controllo sindacale sugli amministratori*, cit., 959.

¹⁶³ *Ibidem*, 960.

¹⁶⁴ *Ibidem* (corsivo mio). Nello stesso senso M. FRANZONI, *La responsabilità degli amministratori e sindaci*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, a cura di M. Franzoni, F. Galgano, A. Di Pietro, A. Rossi Vanini, XIX, Padova, 1994, 158; G. CAVALLI, *I sindaci*, cit., 167; G.U. TEDESCHI, *op. cit.*, 335-336.

¹⁶⁵ U. TOMBARI, *Il controllo sindacale sugli amministratori*, cit., 961, e ivi riferimenti alla dottrina tedesca.

¹⁶⁶ Così proprio a commento del flusso informativo intragruppo (sopra descritto) di cui all'art. 2403-bis c.c. si è osservato che «[t]ale opportuna precisazione consente di estendere agevolmente

Ciò, considerata la rilevanza dell'*early warning* e l'introduzione di una specifica disciplina della crisi, dell'insolvenza e della composizione negoziata del gruppo, dovrebbe poter riguardare a maggior ragione, pur nei limiti di rilevanza descritti ai paragrafi che precedono, le condizioni economiche, patrimoniali e finanziarie delle società del gruppo.

Conseguentemente, gli amministratori non potrebbero impedire l'accesso, anche con riguardo a tali informazioni, agli organi di controllo per timore che questi le utilizzino in modo contrario all'interesse della società¹⁶⁷.

4.4. Rilevazione e meccanismo presuntivo di tempestività

Ciò considerato, appare altresì applicabile, anche con riguardo all'organo di controllo operante nel gruppo (sia esso della capogruppo o delle eterodirette)¹⁶⁸, il meccanismo presuntivo in punto tempestività, naturalmente con diverse sfumature a seconda che l'organo segnalante sia il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza o il comitato per il controllo sulla gestione, alla stregua di quanto già visto nel contesto di società monade¹⁶⁹.

In particolare, sembra potersi sostenere che, anche in tale contesto, da un lato, l'esistenza di assetti adeguati *ex artt.* 2086 c.c. e 3 CCII, purché di rilevanza di "gruppo" nei termini descritti, sia idoneo a far presumere la «tempestività» dell'*emersione* del presupposto, dall'altro, il successivo, purché "tempestivo", invio della segnalazione potrebbe far presumere altresì la «tempestività» della relativa *rilevazione*.

Con la necessaria precisazione per cui tale meccanismo presuntivo andrebbe

la vigilanza a quei fatti che, ancorché imputabili a terzi, siano comunque idonei a influenzare l'andamento della gestione della società, superando le barriere imposte dall'autonomia delle diverse *legal entity* per privilegiare la sostanziale unitarietà del gruppo quale fenomeno economico» (M. AIELLO, sub 2403-bis c.c., cit., 511).

¹⁶⁷ V. G. CAVALLI, *Il collegio sindacale*, cit., 182, nt. 25 che riteneva che la *ratio* del dovere di riservatezza *ex art.* 2407 c.c. fosse proprio rinvenibile nel fatto di evitare che gli amministratori proibissero (talvolta anche pretestuosamente) l'accesso alle informazioni societarie allegando un generico timore di una loro divulgazione. Anzi, si è correttamente affermato che «il testo riformato dell'art. 2403-bis c.c. risolve in senso positivo il dubbio sulla legittimità dello scambio di informazioni tra organi di società assoggettate a direzione unitaria di gruppo, ovvero alla comunicazione di notizie apprese nell'esercizio del proprio incarico ai corrispondenti organi della controllata [...] Alla luce del nuovo testo normativo, riferito a tutte le società, non solo il comportamento "divulgativo" dell'organo di controllo in linea generale non sarebbe censurabile, ma apparirebbe anzi doveroso» (P. BOSTICCO, *La responsabilità degli organi di controllo nelle società di capitali*, Milano, 2009, 322-323).

¹⁶⁸ Parte I, cap. II, 2.3 e 2.4.

¹⁶⁹ V. parte II, cap. I, par. 1.2. Stesso dicasi nei casi di società del gruppo con organo di controllo o revisore unico di s.r.l. per cui dovrebbero valere analoghe considerazioni (parte II, cap. I, par. 2).

parimenti declinato in ottica di gruppo, potendosi ritenere «tempestivo» (nel senso anzitutto di *puntuale*)¹⁷⁰ quell'invio della segnalazione giunto all'esito di un *iter* valutativo svoltosi in un arco temporale che un organo di controllo diligente operante in un gruppo, preso a modello, alla luce del caso concreto, in presenza di assetti adeguati di gruppo, avrebbe impiegato a completare (tenendo conto della complessità dei descritti momenti istruttori nell'ambito del gruppo¹⁷¹, inclusa la c.d. «fase zero»¹⁷²).

5. *La disciplina della segnalazione, il procedimento segnalatorio nei gruppi e la vigilanza nel corso delle trattative*

La disciplina specifica della decisione sulla segnalazione, dei relativi contenuti e invio, salvo quanto visto sulla tempestività, non pare mutare tra società monade e società operante nel gruppo, potendosi dunque richiamare quanto sopra già visto a proposito della prima¹⁷³.

Qualche riflessione maggiore richiede, invece, il tema del *procedimento segnalatorio* nei gruppi, risentendo, specularmente, delle questioni sopra trattate con riguardo al tema della rilevazione del presupposto in tale contesto.

Pertanto, appare in primo luogo opportuno rinviare, in relazione alle verifiche che l'organo di controllo deve effettuare, secondo la tesi qui sostenuta, sul

¹⁷⁰ E, per le tesi qui sostenute, *precocce*, ma ciò ai fini del meccanismo premiale del secondo comma dell'art. 25-*octies* CCII.

¹⁷¹ Incentrati, in particolare, sulla complessità dei poteri informativi degli organi di controllo del gruppo, complessità che impone un diverso parametro di giudizio su tale tempestività a seconda della capacità dell'organo di controllo di acquisire informazioni rilevanti direttamente presso la società di cui è organo (attraverso i propri poteri istruttori) oppure per il tramite di altri organi (della capogruppo e dell'eterodiretta) nonché del revisore. Ad esempio, diverso dovrà essere il giudizio di tempestività nei casi in cui sia richiesto, onde comprendere la sussistenza del presupposto in capo all'eterodiretta, un approfondimento istruttorio all'organo di controllo di questa rispetto a quello della capogruppo o, nei casi in cui, più in generale, sia richiesto un approfondimento istruttorio all'organo di controllo dell'eterodiretta rispetto a fatti o condizioni della capogruppo.

Inoltre, occorre considerare che gli artt. 25-*novies* e 25-*decies* CCII prevedono che le segnalazioni esterne siano dirette all'organo di controllo della società debitrice e non a tutte quelle del gruppo. Aspetto che non sembra in ogni caso potersi ignorare, in quanto idoneo a depotenziare l'efficacia della segnalazione esterna in tale contesto.

¹⁷² Che in tale contesto, stante la complessità delle valutazioni richieste, dovrebbe essere viepiù valorizzata (v. parte I, cap. II, par. 2.3).

¹⁷³ Potendosi quindi richiamare quanto visto nella parte I, cap. II, par. 3 a proposito della collegialità, dei contenuti e della forma della segnalazione nonché sulla congruità del termine (congruità che, invero, dovrebbe però essere valutata alla luce dell'intrinseca e presumibile complessità di un riscontro che deve considerare la dimensione di gruppo).

riscontro dell'organo amministrativo a seguito della segnalazione, a quanto si è sopra in merito ai relativi poteri informativi ed ispettivi¹⁷⁴. In particolare, focalizzando l'attenzione su quel flusso "biunivoco" che, se risulta rilevante nella fase di accertamento e rilevazione del presupposto, lo è *a fortiori* in seno al *procedimento segnalatorio*. Sicché sembra ragionevole ritenere che gli organi di controllo del gruppo possano scambiarsi reciprocamente, anche con l'ausilio delle interlocuzioni dei revisori, le informazioni rilevanti per verificare la correttezza del riscontro dell'organo amministrativo, nei limiti della relativa sindacabilità¹⁷⁵, potendo anche chiedere, ciascuno, nell'ambito delle società di "appartenenza"¹⁷⁶, informazioni agli amministratori sulle condizioni economiche, finanziarie e patrimoniali delle altre società del gruppo ove a tal fine rilevanti. Ciò, naturalmente, considerando la complessità delle valutazioni richieste agli organi di controllo sia della capogruppo che dell'eterodiretta in merito ad entrambi i requisiti del presupposto per ricorrere alla composizione negoziata (*significativo squilibrio e ragionevole risanamento*)¹⁷⁷.

In secondo luogo appare necessario un più ampio approfondimento sullo strumento dell'art. 2409 c.c. nei gruppi, posta la sua centrale rilevanza nella dialettica¹⁷⁸ con l'organo amministrativo nell'ambito del *procedimento segnalatorio*.

5.1. Il controllo giudiziario nei gruppi

5.1.1. La legittimazione

Come noto, l'art. 2409 c.c. nel prevedere la legittimazione del collegio sindacale¹⁷⁹ e, più in generale, dei soci di minoranza (qualificata), non specifica se debba trattarsi di quelli della capogruppo o della controllata.

Conseguentemente, potrebbe sostenersi che i soci di qualsiasi società del gruppo potrebbero promuovere il controllo giudiziario nelle altre o, meglio, potrebbe sostenersi sia che quelli della capogruppo potrebbero promuoverlo nell'eterodiretta sia che quelli di quest'ultima potrebbero promuoverlo nella prima.

¹⁷⁴ V. precedente par. 4.2.3.

¹⁷⁵ V. parte I, cap. II, par. 3.3.3.2.

¹⁷⁶ Per le società quotate (non oggetto del presente lavoro), gli organi di controllo della capogruppo potrebbero, come visto, chiedere direttamente a quelli di amministrazione della controllata.

¹⁷⁷ V. precedente par. 3.

¹⁷⁸ Ciò con riguardo ad ogni organo di controllo a prescindere dal sistema di *governance* prescelto. A tal proposito, si richiama sin d'ora quanto già esaminato nel precedente capitolo in merito alla particolare capacità del consiglio di sorveglianza di imporsi nella dialettica con l'organo amministrativo, stante il suo potere di revoca dei consiglieri di gestione.

¹⁷⁹ Del P.M. nelle società aperte e, ex art. 152 TUF, anche della Consob per le quotate.

La tesi non sarebbe ostacolata dal tenore letterale della norma, posto che, come appena ricordato, questa attribuisce la legittimazione ai soci, senza specificare se per tali debbano intendersi quelli della società controllante o quelli della società controllata. Inoltre la stessa l. n. 366 del 2001 di delega alla riforma del diritto societario [art. 10, comma 1, lett. a)] potrebbe deporre in tal senso ove richiede una maggiore tutela per le minoranze delle società controllate. Infine, da un punto di vista sistematico, salvo quanto già detto con riguardo alla tesi del collegamento negoziale (che consentirebbe la “circolazione” delle legittimazioni nei gruppi)¹⁸⁰, si potrebbe sostenere, in particolare a favore di una tale legittimazione in capo ai soci delle eterodirette, che se i soci di queste *ex art.* 2497 c.c. sono legittimati a citare in giudizio la capogruppo e i suoi amministratori *a fortiori* dovrebbero poter prevenire un pregiudizio e dunque essere legittimati a promuovere nella stessa capogruppo il controllo giudiziario.

A mio sommosso parere, la tesi, pur inserendosi in un percorso di progressiva attenuazione della distinta soggettività e personalità giuridica delle diverse società di un gruppo di tendenza internazionale, come già visto¹⁸¹, non potrebbe essere accolta.

Anzitutto, l'argomento sistematico che fa leva sull'art. 2497 c.c. non convince posto che, *in primis*, questa norma non consente di agire immediatamente verso la capogruppo, ma solo sussidiariamente alla mancata soddisfazione dei soci di minoranza da parte della società eterodiretta e, inoltre, richiede che si sia già verificando un danno, unico evento che consentirebbe questa peculiare rottura dei confini societari¹⁸². Inoltre, l'art. 2497 c.c. contempla anche la

¹⁸⁰ V. paragrafo precedente 4.2.2. In dottrina cfr. S. GIOVANNINI, *op. cit.*, 71 ss.; A. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, Milano, 2008, 170 ss.; nonché già E. DALMOTTO, *L'art. 2409 c.c. e le irregolarità a danno delle società controllate: legittimazione attiva e passiva*, in *Giur. it.*, 2005, c. 2343 ss.; C. MONTAGNANI, *Il controllo giudiziario nel gruppo*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, 432.

¹⁸¹ V. nuovamente M. PARGENDLER, *The new corporate law of corporate groups*, in *Harvard Business Law Review*, v. 14, 2024, 339 ss. e le riflessioni già sopra sviluppate (§ 4.2.3.1) sulle ragioni per cui non sembrerebbe sostenibile il superamento dell'autonomia giuridica delle società del gruppo. A tal proposito, come parimenti visto, nello stesso ordinamento francese, l'ispezione in società controllate su impulso dei soci della controllante (essendo invece inammissibile il contrario: Cour de cassation, Sept 10, 2013, Bull civ IV, No 12-16509) è espressamente e chiaramente previsto dalla legge (art. L 225-231); inoltre l'azione sociale di responsabilità può essere esercitata solo nell'ambito della società di cui l'attore è socio *ex art.* L225-252 *Code de Commerce* sebbene non possa trascurarsi che la giurisprudenza francese ha riconosciuto ai soci di minoranza la possibilità di ottenere la nomina di un amministratore per tutte le società di un gruppo (Cour de cassation, Feb 5, 1985, Bull civ IV, No 82-15119).

Stesso dicasi per l'ordinamento tedesco che, invero, risulta ancora più rigido con riguardo alla distinta autonomia giuridica delle società del gruppo, tanto che non consente, in ogni caso, l'esercizio di azioni di responsabilità “incrociate” nel gruppo (G. ZOURIDAKIS, *Shareholder Protection Reconsidered: Derivative Action in the UK, Germany and Greece*, New York, 2020, 89).

¹⁸² Sul tema sia consentito rinviare, anche per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali sulla

legittimazione dei creditori sociali, sicché, ove si seguisse la tesi illustrata, si potrebbe ritenere irragionevole non legittimare anche questi ultimi ad agire *ex art. 2409 c.c.* Tuttavia, una tale estensione, oltre a non trovare alcun aggancio letterale nella norma, sarebbe foriera di gravi conseguenze per la stabilità della società che potrebbe ritrovarsi coinvolta in tali procedimenti potenzialmente quotidianamente (posto che è richiesto il mero «fondato sospetto»). Peraltro, la legittimazione a tutela di interessi dei terzi, ossia quella del P.M., sembrerebbe limitata alle sole società aperte, mentre, con riguardo più specifico ai creditori, il CCII ha introdotto un potere addirittura “extrasocietario” del solo curatore nei casi di liquidazione giudiziale *ex art. 291*. Secondo tale norma il curatore può infatti promuovere la denuncia di cui all’art. 2409 «nei confronti di amministratori e sindaci delle società del gruppo». Elementi normativi, questi, che, vista la loro specificità e specialità, ostano ad una interpretazione analogica o anche solo estensiva idonea ad attribuire una legittimazione generale dei creditori ad agire *ex art. 2409 c.c.*, a maggior ragione, in maniera extrasociale, ovvero in tutte le società del gruppo.

In secondo luogo, quanto all’argomentazione basata sulla teoria del collegamento negoziale, occorre osservare che la tesi sembrerebbe provare troppo, posto che un conto è ritenere il gruppo un’unica realtà imprenditoriale tale per cui il collegamento negoziale dovrebbe suggerire una lettura delle norme orientata a tale dinamica (e, dunque, improntata all’individuazione ed alla prospettazione di doveri di collaborazione tra organi, all’interpretazione dei doveri di valutazione e di riservatezza ispirati ad una logica di gruppo), altro è attribuire poteri a chi non ne ha, forzando oltremodo il dato normativo, specie allorquando si tratti di norme (come l’art. 2409 c.c.) che già contemplano espressamente al loro interno previsioni concernenti il gruppo e per le quali non sembra potersi sostenere un’involontaria omissione del legislatore e, quindi, una relativa interpretazione correttiva.

Se si seguisse questa tesi, inoltre, si ignorerebbe la soggettività ed autonomia giuridica delle società del gruppo, dovendosi coerentemente ammettere l’esercizio, da parte di ciascun organo di controllo di ciascuna società del gruppo, di ogni potere reattivo in maniera “extrasociale” e, quindi, l’impugnazione delle delibere assembleari e consiliari *ex artt. 2377 e 2388 c.c.* e la convocazione dell’assemblea *ex art. 2406 c.c.* di ogni società del gruppo, l’azione di responsabilità *ex art. 2393, comma 3, c.c.* nei confronti di ogni organo amministrativo del gruppo e, perché no, di ottenere proprio *ex art. 2409 c.c.* la revoca di ogni organo del gruppo.

Per la necessaria autonomia soggettiva delle società del gruppo pare deporre, infine, lo stesso art. 2497 c.c. laddove, come poc’anzi ricordato, condiziona la legittimazione dei soci di minoranza e dei creditori dell’eterodiretta ad agire

possibile “rottura” della soggettività giuridica della capogruppo, a F. SUDIERO, *La tutela risarcitoria del socio tra danno diretto e danno riflesso*, Torino, 2020, 141 ss.

contro la capogruppo *ex art.* 2497 c.c., alla loro mancata soddisfazione da parte di quest'ultima, così segnando nettamente in via preventiva i confini societari.

Sul tema, specie con riguardo alla legittimazione dei soci di minoranza, si è espressa la giurisprudenza in maniera contrastante¹⁸³ anche se l'orientamento più permissivo è stato criticato proprio sulla base delle argomentazioni appena illustrate¹⁸⁴.

Dunque, sulla base di quanto precede, riterrei che la legittimazione a promuovere il controllo giudiziario *ex art.* 2409 c.c. non possa che essere attribuita ai soci e agli organi della società con riferimento alla quale quella procedura si vuole attivare. Pertanto, fermo restando che, come sopra visto¹⁸⁵, l'(omesso o) inadeguato riscontro alla segnalazione appare certamente una grave irregolarità, sembra necessario approfondire quando, vista la complessità delle valutazioni degli organi di controllo di gruppo¹⁸⁶, il riscontro possa ritenersi tale.

¹⁸³ Nel 2004 la Corte d'Appello di Milano aveva precisato, con riguardo alla legittimazione dei soci di minoranza della capogruppo che pur consentendo il ricorso *ex art.* 2409 c.c. di reprimere atti gestori idonei ad arrecare danno anche ad una o più società controllate, non contempla la possibilità di «adottare misure cautelari direttamente nei confronti delle società controllate», ma solo quella di «emanare provvedimenti incidenti sulla gestione della controllante» (App. Milano, 12 marzo 2004, in *Giur. it.*, 2005, 2342). Di diverso avviso si è più recentemente mostrato il Tribunale di Milano che, con una pronuncia del 2008, alle luce delle allora nuove norma sull'abuso di direzione e coordinamento, aveva riconosciuto la legittimazione sia dei soci della società controllante che di quelli delle società controllate a provocare il controllo del Tribunale *ex art.* 2409 c.c. sulla legittimità dell'attività degli amministratori e dei sindaci della società controllante, nel caso di gravi irregolarità in grado di arrecare danno – anche solo potenziale – alla stessa società controllante o alle società da quest'ultima controllate.

¹⁸⁴ Anzitutto ribadendo la necessità di considerare la distinta soggettività giuridica delle società del gruppo facendo leva sull'argomentazione, poc'anzi ricordata, della necessaria limitazione dei casi di rottura della soggettività giuridica della società: «il sistema, se per un verso riconosce il principio della responsabilità della società di vertice per quelle politiche che siano lesive delle aspettative dell'investimento di minoranza nel gruppo, per l'altro tenta, contemporaneamente, di comporre gli interessi confliggenti anzitutto là dove il conflitto e le istanze di tutela parimenti si originano (ossia nella stessa società eterodiretta): così volendo evitare che ogni controversia possa immediatamente colpire il cuore del gruppo, minandone, in sostanza il funzionamento». Proprio questa istanza – prosegue l'A. – «resterebbe inevitabilmente frustrata se si ammettesse che ogni socio delle società eterodirette, pur non potendo agire immediatamente nei confronti della società capogruppo che abbia già leso i beni giuridici di cui all'art. 2497, comma 1, c.c., possa però, appunto *ex art.* 2409 c.c., attivarsi, anche prima, sulla base del mero sospetto di possibili irregolarità foriere di danno e così provocare – questa volta sì – in via preventiva il controllo giudiziario della e nella capogruppo» (A. VALZER, *Attività di direzione e coordinamento di società e denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c.*, nota a Trib. Milano, 25 luglio 2008, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 125. R. TETI, *Il controllo giudiziario*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 569, F. MAINETTI, sub art. 2409 c.c., in AA.VV., *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2004, 938.).

¹⁸⁵ Parte I, cap. II, par. 3.3.3.2.

¹⁸⁶ V. par. 2, 3 e 4 del presente capitolo.

5.1.2. Il perimetro del sindacato dell'organo di controllo di gruppo sul riscontro dell'organo amministrativo alla segnalazione

Come visto, la valutazione della sussistenza del presupposto per ricorrere alla composizione negoziata passa per un'indagine sullo stato di salute delle società del gruppo tenendo conto dei relativi reciproci legami giuridici ed economici. Inoltre, le valutazioni gestorie, nell'ambito del gruppo, dovrebbero tener conto dei vantaggi compensativi fondatamente prevedibili, pur nei limiti descritti, ossia dell'equilibrio economico, patrimoniale e finanziario nonché della continuità aziendale delle eterodirette¹⁸⁷.

Dunque, riprendendo quanto sostenuto con riguardo al caso della società monade, parrebbe possibile affermare che l'organo di controllo dovrebbe limitarsi a verificare la correttezza procedurale, la ragionevolezza e la razionalità economica del riscontro ricevuto e, in ogni caso, nei limiti della *business judgment rule*, tenendo conto che si tratta pur sempre di discrezionalità vincolata in particolare alla preservazione della continuità aziendale e del *best-interest-of-creditors test*¹⁸⁸ e avendo come punto di riferimento non solo la continuità aziendale e i creditori della società del cui risanamento si tratta, ma anche di quelli del gruppo, specie ove l'organo amministrativo ipotizzi un coinvolgimento di altre società, se del caso anche *in bonis* come ammette l'art. 25 CCII. Riterrei che, anche in tal caso, il confine ultimo debba essere pur sempre la sussistenza di vantaggi compensativi fondatamente conseguibili di queste (e, quindi, il limite ultimo dei relativi equilibri e continuità aziendali¹⁸⁹). In particolare, se l'organo amministrativo della capogruppo affermasse, nel proprio riscontro alla segnalazione, che il risanamento di questa sarebbe possibile solo coinvolgendo altre società del gruppo, magari *in bonis*, l'organo di controllo (anche onde non rispondere verso le società eterodirette o, i suoi soci o creditori *ex art. 2497*, comma 2, c.c.) dovrebbe operare tale controllo di legittimità sul riscontro considerando il limite ultimo dei vantaggi compensativi fondatamente conseguibile per le società eterodirette: ove tale coinvolgimento fosse idoneo a ledere la continuità aziendale di altre società del gruppo o a determinarne anche solo la *pre-crisi*, dovrà intervenire, se del caso, appunto ai sensi dell'art. 2409 c.c., trattandosi di riscontro inadeguato, secondo la tesi qui sostenuta. Stesso dicasi, nell'ipotesi opposta, ove si trattasse del riscontro alla segnalazione da parte dell'organo amministrativo di una controllata che ipotizzi, magari grazie al già interve-

¹⁸⁷ V. i precedenti par. 2.2.1 e 2.3.

¹⁸⁸ Nei termini del "trattamento non deteriore" rispetto alla liquidazione giudiziale ove si seguisse la tesi qui sostenuta (e, quindi, dell'*insolvenza relativamente irreversibile*), salvo il giudizio di convenienza con riguardo ai crediti tributari (a meno di non sostenere la tesi correttiva proposta per cui il giudizio di convenienza dovrebbe valere soltanto per i piani meramente liquidatori): v., in particolare, parte I, cap. I, par. 3.2.4.

¹⁸⁹ V. precedente par. 3.

nuto consenso e appoggio da parte degli amministratori della capogruppo, un coinvolgimento di quest'ultima o di altre società del gruppo nel risanamento della controllata stessa.

La tesi si regge in sostanza su una lettura coordinata dell'art. 2409 c.c. e dell'art. 2497 c.c. su cui appare opportuno soffermarsi, pur brevemente.

L'art. 2409 c.c. consente il ricorso al tribunale nei casi di anche solo «fondato sospetto» di gravi irregolarità potenzialmente pregiudizievoli per la capogruppo o per le società controllate. Sicché una piana applicazione della norma, in un contesto di gruppo, potrebbe legittimare il ricorso all'art. 2409 c.c. in ogni caso di decisione potenzialmente pregiudizievole dell'eterodiretta anche se in vista di vantaggi compensativi fondatamente conseguibili. Conclusione che, però, contrasterebbe con la *ratio* stessa della teoria dei vantaggi compensativi.

Conseguentemente, dovrebbe ritenersi che una tale decisione non dovrebbe consentire l'attivazione del ricorso *ex* art. 2409 c.c. Tuttavia, poiché non sembra negabile che, in tale caso, esista sia un potenziale pregiudizio sia una evidente irregolarità (posto che l'intervento dei vantaggi compensativi parrebbe evocato proprio da una violazione nell'attività di direzione e coordinamento), anziché ritenere, come da taluni sostenuto, irrilevante il pregiudizio potenzialmente a carico della controllata¹⁹⁰, forse si potrebbe spostare il "baricentro" della valutazione, sulla «gravità» delle irregolarità.

In altre parole, a mio sommosso parere, l'atto compiuto dall'amministratore, per quanto irregolare (perché in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale) non dovrebbe potersi considerare alla stregua di una irregolarità «grave» fintantoché sia riscontrabile un vantaggio compensativo «fondatamente prevedibile» (arg. *ex* artt. 2409, 2497, 2634 c.c.). Conseguentemente, in tali casi l'organo di controllo (e questo dovrebbe valere sia per quelli della capogruppo che per quelli dell'eterodiretta), verificata l'esistenza di una direttiva pregiudizievole (o potenzialmente tale) ma posta in essere in vista di vantaggi compensativi fondatamente prevedibili nei termini e limiti visti, non potrebbe reagire e quindi nemmeno ricorrere al controllo giudiziario, mancando il requisito della «gravità»¹⁹¹.

¹⁹⁰ Sull'irrelevanza, in una prospettiva di sistema, del pregiudizio potenziale a carico della controllata alla luce della teoria dei vantaggi compensativi v. S. DE VITIS, sub art. 2409 c.c., in AA.VV., *La riforma delle società. Società per azioni*, I, a cura di M. Sandulli, V. Santoro, Torino, 2003, 606, A. BERTOLLOTTI, *Società per azioni. Collegio sindacale. Revisori. Denuncia al Tribunale*, cit., 535.

¹⁹¹ La tesi pare trovare conforto in quell'orientamento che individua la nozione di "gravità" come requisito a sé rispetto al "danno", da ricercarsi nel contemperamento o, meglio, nella comparazione, degli interessi in gioco. Secondo questo orientamento la gravità dovrebbe essere valutata «anzitutto mediante una comparazione tra il vantaggio che l'esito della procedura potrebbe procurare all'interesse sociale e il rischio e gli oneri cui la società risulta esposta durante il suo svolgimento (in analogia a quanto previsto dall'art. 2378, comma 4 c.c., in materia di sospensione

Ciò dovrebbe valere anche con riguardo al riscontro alla segnalazione che prevede, in tali limiti, il coinvolgimento nel risanamento di altre società del gruppo.

5.2. *La vigilanza in pendenza delle trattative*

Anche sulla vigilanza in pendenza delle trattative parrebbe potersi richiamare quanto visto per il contesto di società monade¹⁹², con l'accortezza di perimetrare l'ambito della descritta dialettica professionale con l'esperto in una prospettiva di gruppo, tenendo altresì conto del possibile coinvolgimento di più società nella composizione negoziata. Pertanto, fermo restando che il combinato disposto degli artt. 25-*octies*, comma 1, e 21, CCII pare sancire i profili ed i limiti dell'attività di controllo nell'ambito della composizione negoziata, perimetrando anche i confini della *business judgment rule* e, quindi, della insindacabilità degli atti gestori, occorrono le seguenti precisazioni.

In primo luogo, l'organo di controllo della società (capogruppo o eterodiretta) che ha fatto ricorso alla composizione negoziata dovrebbe verificare che gli atti (sia di ordinaria che di straordinaria amministrazione) compiuti dall'imprenditore, avvengano, se in stato di *crisi*, in modo tale da «evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività», se in stato di *insolvenza*, «nel prevalente interesse dei creditori» (art. 21 CCII) e, in ogni caso (quindi, anche nello stadio della *pre-crisi*), in coerenza con le trattative e la prospettiva di risanamento e non in pregiudizio di queste e dei creditori sociali, considerando in tali valutazioni la dimensione di gruppo in cui opera la società e le altre società che abbiano fatto ricorso alla composizione negoziata o che comunque risultino coinvolte nelle trattative *ex* art. 25, comma 6, CCII. Pertanto, l'atto non dovrà pregiudicare le prospettive di risanamento e i creditori delle società che hanno fatto ricorso alla composizione negoziata, né i creditori di quelle coinvolte *ex* art. 25, comma 6, CCII (salve le valutazioni viste in punto vantaggi compensativi fondatamente conseguibili) né le trattative con tutte le società del gruppo coinvolte.

In secondo luogo, l'interlocutore dell'organo di controllo, ai fini delle verifiche in questione, sarà l'unico esperto o, nel caso in cui la composizione negoziata del gruppo non sia trattata in modo unitario, i singoli esperti. In tal caso, occorrerebbe (in virtù dei doveri diligenza professionale gravanti su controllori ed

dell'esecuzione di deliberazioni assembleari impugnate). Ciò servirebbe a scriminare ed escludere dalla fattispecie almeno le irregolarità per la cui rimozione l'attivazione del procedimento si presenta come misura ultronea o controproducente». S. ROSSI, sub art. 2409, *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, cit., 576.

¹⁹² Cfr. parte I, cap. II, par. 4.

esperto) raccordare le interlocuzioni tra le diverse società del gruppo e, quindi, ipotizzare un effettivo coordinamento dei diversi organi di controllo come sembra suggerire, in ogni caso, l'art. 25, comma 7, CCII¹⁹³.

In terzo luogo, nel caso di rilevazione di un atto avente le predette caratteristiche, le connesse indagini e reazioni dell'organo di controllo dovrebbero parimenti essere declinate in una prospettiva di gruppo, tenendo in considerazione, quindi, anche quanto visto nei precedenti paragrafi¹⁹⁴ con riguardo ai poteri informativi, ispettivi ed in merito all'esperibilità del ricorso *ex art.* 2409 c.c.

6. Il meccanismo premiale in punto responsabilità nei gruppi

Riterrei, infine, che anche il meccanismo premiale *ex art.* 25-*octies*, comma 2, CCII possa trovare applicazione nei gruppi alla stregua di quanto avviene per le società monadi, pur con le diverse declinazioni tra collegio sindacale, consiglio di sorveglianza e comitato per il controllo sulla gestione, posta anche la posizione di amministratori di questi ultimi.

Sicché anche in tal caso potrebbe operarsi un generale rinvio alle parti che precedono¹⁹⁵, inclusa la tesi che intende attribuire alla «tempestività» del secondo comma dell'art. 25-*octies* CCII il significato di *precocità* (a differenza della «tempestività» del primo comma, quale *puntualità*) e quella concernente il contenuto della vigilanza «sull'andamento delle trattative» che, stante la dimensione di gruppo, dovrebbe riguardare quelle in cui sono coinvolte tutte le società del gruppo che vi abbiano preso parte, nei limiti dei poteri degli organi di controllo di ciascuna e fermo restando, più in generale, che, a mio avviso, solo gli organi di controllo delle società che hanno fatto ricorso alla composizione negoziata potrebbero beneficiare del meccanismo premiale in esame e non gli organi di quelle che sono state meramente coinvolte nelle trattative *ex art.* 25, comma 6, CCII, prive dei requisiti per la composizione negoziata. Difetterebbe per queste, infatti, quantomeno l'altra condizione a tal fine necessaria, ossia la «tempestività» (*recte, precocità*) della segnalazione.

Naturalmente, ai fini di una corretto "*procedimento di vigilanza integrata di*

¹⁹³ Per cui «[q]uando le imprese appartenenti ad un medesimo gruppo presentano più istanze ai sensi dell'articolo 12, comma 1, e gli esperti nominati, sentiti i richiedenti e i creditori, propongono che la composizione negoziata si svolga in modo unitario oppure per più imprese appositamente individuate, la composizione prosegue con l'esperto designato di comune accordo fra quelli nominati. In difetto di designazione, la composizione prosegue con l'esperto nominato a seguito della prima istanza presentata». La *ratio* di efficienza, alla base, quindi, anche delle esigenze di coordinamento appare chiara nella disposizione.

¹⁹⁴ Paragrafi 4 e 5.1.

¹⁹⁵ Sul meccanismo premiale v., in generale, parte I, cap. II, par. 5 e sui sistemi alternativi di *governance* (e sulla s.r.l.) v. parte II, cap. I.

*gruppo*¹⁹⁶, sarà fondamentale l'esistenza di un efficace collaborazione tra organi di controllo e revisori del gruppo e di un efficiente sistema di assetti di gruppo, aspetto che, dunque, rileverà nella duplice prospettiva dell'adempimento ai doveri di vigilanza in pendenza delle trattative (di cui al primo comma dell'art. 25-*octies* CCII) e dell'assolvimento all'onere di vigilanza sulle trattative (di cui al secondo comma della medesima norma).

La prospettiva di gruppo richiede, a mio parere, un ultimo approfondimento, ossia sull'estensione del meccanismo premiale a quella diversa forma di responsabilità evocata proprio dalla disciplina dei gruppi: la c.d. "responsabilità aggiuntiva" di cui all'art. 2497, comma 2, c.c. Ciò in quanto l'art. 25-*octies*, comma 2, CCII richiama solo l'art. 2407 c.c.

6.1. Focus sulla responsabilità c.d. "aggiuntiva": nozione e differenze con l'art. 2055 c.c.

Come noto, l'istituto della responsabilità "aggiuntiva" ha una precipua "funzione estensiva" della responsabilità da attività di direzione e coordinamento¹⁹⁷ prevedendo la responsabilità solidale con la capogruppo di chi abbia «comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio».

Ai fini del presente lavoro è la prima parte della norma a suscitare taluni interrogativi.

La dottrina che si è occupata specificamente di tale istituto ha anzitutto tentato di accostare la responsabilità di cui all'art. 2497, comma 2, c.c. all'illecito aquiliano e, in particolare, a quella norma che sanziona il concorso nel fatto illecito, ossia l'art. 2055 c.c. In particolare, si è osservato che, secondo l'orientamento maggioritario, il secondo comma dell'art. 2497, comma 2, c.c. si limiterebbe a riprodurre nel microsistema normativo dei gruppi una disciplina analoga a quella dell'art. 2055 c.c.¹⁹⁸.

Secondo invece altra tesi¹⁹⁹, tale interpretazione renderebbe la norma mera-

¹⁹⁶ Cfr. parte I, cap. II, par. 5.2.

¹⁹⁷ Così V. CARIELLO, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. soc.*, 2007, 57.

¹⁹⁸ Si vedano, tra gli altri, G. GIANNELLI, *Covenants finanziari e finanziamento dell'impresa in crisi*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, 619; A. DI MAJO, *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 550; P. DAL SOGLIO, sub art. 2497, cit., 2355; I. FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Soc.*, 2003, 1203. Occorre sul punto ricordare che prima dell'art. 2947, comma 2, c.c., si riteneva che le norme fondanti la responsabilità dei sindaci della *holding* verso la controllante fossero proprio gli artt. 2043 e 2055 c.c. (G. CAVALLI, *Gli organi e il controllo giudiziario*, cit., 986-987).

¹⁹⁹ L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, comma 2 c.c.*, Milano, 2012, 48 ss.

mente pleonastica, cosicché l'art. 2497, comma 2, c.c. dovrebbe presentare «anche un *contenuto precettivo ulteriore* rispetto all'art. 2055 c.c.»²⁰⁰.

Infatti, le norme divergono già da un punto di vista testuale e teleologico: l'art. 2055 c.c. non sarebbe di per sé fonte di responsabilità ma solo di solidarietà fra soggetti corresponsabili, presupponendo risolta a monte «la questione dell'attribuzione della responsabilità ai concorrenti», rimandando ai criteri di imputazione previsti dalle singole fattispecie di «responsabilità monosoggettiva»²⁰¹; l'art. 2497, comma 2, c.c., invece, fonderebbe «*autonomamente l'antigiuridicità*»²⁰², individuando specificamente «*una nuova ed autonoma fattispecie di responsabilità*».²⁰³

La stessa dottrina si è poi interrogata su quale sia l'illecito che la fattispecie in questione così individuerebbe e lo ha identificato nel concorso nell'inadempimento e cioè, in quel fenomeno per cui un terzo interferisce nel rapporto giuridico altrui mediante comportamenti che provocano l'inadempimento del debitore²⁰⁴. La norma dunque sanzionerebbe, per questa opinione, chiunque abbia posto in essere un fatto causalmente efficiente alla realizzazione dell'inadempimento della capogruppo ai suoi doveri *ex* art. 2497 c.c.: secondo i principi generali dell'illecito aquiliano, non ogni danno è ingiusto, dovendosi a tal fine, effettuare una valutazione comparativa degli interessi confliggenti del danneggiante e del danneggiato onde verificare che il primo abbia leso un interesse giuridicamente rilevante e tutelato dall'ordinamento²⁰⁵, valutazione che, quindi, secondo questa opinione, sarebbe già avvenuta a monte a livello legislativo con la norma in esame.

²⁰⁰ L. BENEDETTI, *op. cit.*, 54 (corsivo dell'Autore).

²⁰¹ L. BENEDETTI, *op. cit.*, 54-55.

²⁰² L. BENEDETTI, *op. cit.*, 55 (corsivo dell'Autore).

²⁰³ L. BENEDETTI, *op. cit.*, 56 (corsivo dell'Autore).

²⁰⁴ L. BENEDETTI, *op. cit.*, 56. L'A. ha cura di evidenziare (v. spec. nt. 28) come il fenomeno in questione differisca da quello della lesione del credito, che postula, invece, un impedimento di natura esterna al rapporto tale per cui la prestazione diviene impossibile alla stregua del fatto fortuito. L'A. intende poi seguire la tesi dominante che inquadra la responsabilità della *holding* in quella contrattuale (così già, per tutti, F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 162); a favore della natura extracontrattuale si è invece, come noto, posta la dottrina tradizionale (v., tra molti, L. PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Soc.*, 2002, 1477 ss.; G. ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ.*, 2004, 659).

²⁰⁵ Circostanza che di per sé esclude che la semplice cooperazione al compimento del danno conseguente all'inadempimento del debitore sia sufficiente a determinare la corresponsabilità.

6.2. ...(*segue*) Responsabilità “aggiuntiva” ed art. 25-octies CCII

Tanto premesso, onde analizzare il rapporto di questa norma rispetto a quella di cui all’art. 2407, comma 1, c.c., menzionata espressamente dall’art. 25-octies CCII, tipica dei sindaci di società autonoma, riterrei necessario comprendere il significato della locuzione «aver preso parte al fatto lesivo».

Considerata elemento essenziale della fattispecie, l’espressione tipizza le modalità di partecipazione alla lesione, di compimento della concausa, di una condotta etiologicamente concorrente al pregiudizio arrecato all’eterodiretta e, quindi, degli interessi dei soci di minoranza e dei creditori di questa²⁰⁶.

La genericità del concetto di “partecipazione” («aver preso parte») ha indotto la dottrina a ricercare argomenti ermeneutici, onde delinearne il contenuto, sia nelle teorie sulla causalità che nel diritto dei gruppi di società.

Con la conseguenza che, raffrontate le due fattispecie contemplate dal secondo comma 2 dell’art. 2497 c.c., mentre la seconda (chi «*abbia consapevolmente tratto beneficio* ..») evoca, nel suo rappresentare una sostanziale ipotesi di arricchimento senza causa²⁰⁷ un atteggiamento passivo del beneficiario²⁰⁸, la prima (chi abbia «*preso parte al fatto lesivo*») pare esigere contributo causale effettivo del soggetto – in chiave omissiva o attiva – alla violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale²⁰⁹. Un contributo che riterrei potersi inserire in quella complessa valutazione della responsabilità omissiva del sindaco che, ancorata ai principi del “*più probabile che non*” e della “*causalità adeguata*”²¹⁰, dovrebbe considerare l’effettiva capacità, alla luce dell’interpretazione teleologica della specifica norma violata o delle massime di esperienza ricavabili da casi analoghi, del comportamento omesso di impedire o ridurre il rischio di accadimento dell’evento lesivo²¹¹.

Sicché sembra possibile considerare il terzo complice nell’inadempimento

²⁰⁶ «Non si vede, infatti, in quale altro modo debba intendersi il significato del lemma normativo utilizzato dal legislatore, se non come realizzazione di un contributo causalmente efficiente alla produzione dell’evento, che per espressa previsione normativa è unitario» (L. BENEDETTI, *op. cit.*, 62).

²⁰⁷ L. BENEDETTI, *op. cit.*, 66 e ivi rife.

²⁰⁸ L. BENEDETTI, *op. cit.*, 66; B. LIBONATI, *L’impresa e le società*, Milano, 2004, 286; G. GUZZI, *Partecipazioni qualificate di società in altra società: le fattispecie del controllo e del collegamento*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 256.

²⁰⁹ L. BENEDETTI, *op. cit.*, 65 e ivi rife.

²¹⁰ Cfr., tra molte, Cass., 30 ottobre 2009, n. 23059, in *Dir. e giur.*, 2009, in *Guida dir.* 2010, 6, 66.

²¹¹ Sul punto mi permetto di rinviare alla recente ricognizione sulla causalità nei diversi settori del diritto e nella filosofia effettuata in F. SUDIERO, *Il nesso di causalità nella responsabilità concorrente dell’organo di controllo: note per un nuovo tentativo ricostruttivo*, in *Giur. comm.*, 2023, I, 246 ss. ove ho tentato una ricostruzione della causalità nella responsabilità dell’organo di controllo (su cui v. anche *infra* a proposito della c.d. tesi della “*condotta unitaria impeditiva complessa*”).

della *holding* (e dell'eterodiretta) responsabile «soltanto delle conseguenze della sua condotta che appaiano sufficientemente prevedibili al momento nel quale ha agito, escludendosi in tal modo la responsabilità per tutte le conseguenze assolutamente atipiche o imprevedibili»²¹² secondo un accertamento che dovrebbe essere svolto con una prospettiva *ex ante*, mediante dunque una prognosi postuma.

Così, proprio a proposito della norma in esame, si è suggerito, al fine di individuare le responsabilità dei concorrenti nell'inadempimento della *holding*, di distinguere il momento dell'*elaborazione* dell'attività di direzione e coordinamento pregiudizievole da quello di *attuazione* della direttiva pregiudizievole²¹³.

Quanto al primo, il problema starebbe nel comprendere se il contributo del concorrente alla formazione dei processi decisionali all'interno del gruppo sia concausa dell'inadempimento della *holding* oppure se si debba attribuire alla volontà "autonoma" della *holding* di non conformarsi ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale dell'eterodiretta valore interruttivo del nesso causale. Quindi, si sostiene che il criterio eccessivamente generico della "probabilità" potrebbe essere specificato, se non sostituito, dalla valutazione della diversa «incidenza della condotta del terzo sul "*rischio*" cui sono esposti i creditori e i soci della dominata»²¹⁴ secondo quanto già proposto dalla dottrina civilistica al fine di accertare il nesso causale nei casi di complicità all'inadempimento, specie in quello dell'induzione ad esso²¹⁵. Di talché «il concorrente, a seconda dell'influenza esercitata sulle determinazioni della *holding* – ossia degli amministratori, che agiscono per essa –, può determinare un corrispondente aumento della probabilità che si verifichi l'inadempimento e quindi un aggravamento del rischio cui è esposto il creditore». Con la conseguenza che, ricorrendo tale evenienza, potrebbe «*dirsi esistente il nesso di causalità fra il contributo del concorrente e l'inadempimento*»²¹⁶.

In tale circostanza ci si dovrebbe dunque chiedere sino a quando l'organo di controllo della *holding* debba rispondere *ex art.* 2497, comma 2, c.c., in quanto non pare discutibile l'assenza in capo al medesimo, quantomeno direttamente, di poteri di influenza attiva sulle politiche gestorie della *holding*²¹⁷.

A tal proposito, a mio sommo avviso, andrebbe invero considerata, alla

²¹² L. BENEDETTI, *op. cit.*, 69.

²¹³ L. BENEDETTI, *op. cit.*, 70 ss. (corsivo mio) che sviluppa, invero, una tesi già apparsa in V. CARIELLO, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento*, *Riv. soc.*, 2007, 1 ss.

²¹⁴ L. BENEDETTI, *op. cit.*, 70 (corsivo dell'Autore).

²¹⁵ C. VERDE, *Note in tema di responsabilità del terzo per induzione all'inadempimento*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 440 ss., P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 39 ss.

²¹⁶ L. BENEDETTI, *op. cit.*, 70-71 (corsivo dell'Autore).

²¹⁷ V. *supra*.

luce dei diversi poteri reattivi di cui è dotato, la sua effettiva capacità impeditiva o deterrente e, quindi, la sua responsabilità omissiva *ex art.* 2407 c.c.²¹⁸, collocandola nel concatenamento causale dell'elaborazione delle direttive della *holding*, in ragione di una tesi che mi è parso poter recentemente sostenere in un tentativo ricostruttivo del nesso di causa nella responsabilità del sindaco, ossia quella che ho definito della “*condotta unitaria impeditiva complessa*”. Per tale tesi, la capacità impeditiva dell'evento dell'organo di controllo (e, quindi, idonea a rappresentare il suo antecedente causale rilevante) dovrebbe essere intesa come parte necessaria di un'unica o, meglio, unitaria condotta (se del caso a formazione progressiva) posta in essere da una pluralità di soggetti (inclusi gli amministratori), una condotta idonea da sola ad innescare una più ampia, ma individuata, condotta complessa (e complessiva) di più soggetti, impeditiva dell'evento, di cui rappresenterebbe una necessaria frazione²¹⁹.

In questo modo la valutazione su quell'«incidenza della condotta del terzo sul “rischio” cui sono esposti i creditori e i soci della dominata»²²⁰, non si risolverebbe nell'individuazione del grado di influenza meramente attiva che un soggetto può esercitare sulla *holding* determinandone la volontà, ma si estenderebbe anche all'individuazione delle capacità di un soggetto (ad esempio, il sindaco) di impedire la concretizzazione di quel rischio (pur non potendo determinare la volontà dell'ente), capacità che riterrei sussistente in capo all'organo di controllo in considerazione dei diversi poteri reattivi ad esso attribuito dalla legge.

Se, dunque, l'organo di controllo pur venendo a conoscenza della potenziale illiceità di una direttiva, non si sia attivato mediante gli strumenti che la legge pone a sua disposizione per impedirne il compimento o gli effetti pregiudizievoli, a partire dal potere di impugnazione delle delibere assembleari e consiliari sino al potere di cui all'art. 2409 c.c. (che, come visto, contempla espressamente le gravi irregolarità potenzialmente dannose anche per società controllate), potrebbe essere chiamato a rispondere anche *ex art.* 2497, comma 2, c.c.

È pertanto condivisibile l'affermazione di quella dottrina²²¹ che ha osservato che anche nei casi in questione il loro concorso «con gli amministratori non può che riconoscersi sulla base degli artt. 2407, comma 2 e [per il consiglio di sorve-

²¹⁸ V. considerazioni già sopra sviluppate (Introduzione, par. 7) a proposito del diverso tenore dell'art. 2407, comma 2, c.c. in conseguenza della recente sua riforma e, in particolare, al fatto che, ciononostante, la responsabilità dei sindaci per omessa vigilanza dovrebbe comunque ritenersi di tipo concorrente e solidale con gli amministratori.

²¹⁹ F. SUDIERO, *op. ult. cit.*, 254.

²²⁰ L. BENEDETTI, *op. cit.*, 70 (corsivo dell'Autore).

²²¹ V. SALAFIA, *La responsabilità della holding verso i soci di minoranza delle controllate*, cit., 395.

glianza] 2409-terdecies, comma 3 cod. civ.²²² perché la responsabilità degli amministratori dipende da attività od omissioni che devono essere controllate dai sindaci o dai componenti del consiglio di sorveglianza»²²³.

Quanto, invece, al momento dell'*attuazione* della direttiva pregiudizievole, la condotta del concorrente rileverebbe, ai fini del concorso nel risarcimento, se e solo se essa sia indispensabile, nei termini, a mio avviso, della menzionata tesi della "*condotta unitaria impeditiva complessa*", per la realizzazione dell'evento lesivo, unitamente alla direttiva medesima, emergendo, in particolare, in tal caso, il controllo sulla descritta funzione "filtro" degli amministratori della società dominata²²⁴. In questa prospettiva, pare condivisibile la diffusa opinione per cui di regola «la direttiva della capogruppo, pregiudizievole per la società coordinata e diretta, non può prescindere dalla cooperazione volontaria dell'organo amministrativo di quest'ultima, anche quando il pregiudizio derivi da operazioni decise con altre società del gruppo»²²⁵ e, quindi, anche dall'omissione dell'organo di controllo ove, naturalmente, nelle condizioni di prevenire, impedire o rimuovere il pregiudizio²²⁶.

²²² Per il comitato per il controllo sulla gestione la responsabilità evidentemente deriva anche (e soprattutto) dalla loro qualità anzitutto di amministratori non delegati e, quindi, ai sensi dell'art. 2392 c.c.

²²³ Per un'altra tesi che individua il coefficiente minimo della compartecipazione nella semplice *condicio sine qua non*, che però risulta essere eccessivamente slegata, a mio avviso, dai principi civilistici dettati in materia di induzione nell'inadempimento, v. A. VALZER, *La responsabilità da direzione e coordinamento di società*, cit., 151. Ad ogni modo la responsabilità omissiva del collegio sindacale ex art. 2407 c.c. sarebbe *a fortiori* rilevante anche ove si seguisse quest'ultimo orientamento.

²²⁴ L. BENEDETTI, *op. cit.*, 71.

²²⁵ V. SALAFIA, *La responsabilità della holding verso i soci di minoranza*, cit., 392 secondo il quale «[s]e non esiste un nesso di causalità fra la condotta degli amministratori e dei sindaci di quest'ultima [la controllata, ndr.] e il danno subito dalla società controllata, non si può configurare il coinvolgimento dei controllanti nella responsabilità dei predetti amministratori e sindaci». Secondo un'opinione, inoltre, il nesso di causalità tra la condotta degli amministratori dell'eterodiretta ed il danno da questa subito sarebbe persino in *re ipsa* «perché – escluse le ipotesi in cui essi siano del tutto estranei all'attività contraria ai principi di corretta gestione – la loro partecipazione come coartefici o consapevoli esecutori è imprescindibile per l'attuazione della operazione pregiudizievole» (G. SBISÀ, sub art. 2497 c.c., cit., 216).

²²⁶ Anche ex art. 2393, comma 3, c.c. per l'omesso esercizio dell'azione di responsabilità. Che la norma possa infatti consentire di chiamare a rispondere anche l'organo di controllo della *holding* non pare in discussione «[i] potenziali protagonisti – in veste di ideatori, proponenti o artefici – di operazioni compiute in violazione dei principi di corretta gestione e lesive per singole società coordinate e dirette, sono individuabili anzitutto negli organi di vertice della capogruppo (amministratori e direttori generali) [...] vengono poi in considerazione gli amministratori delle *holding* intermedie [...] i sindaci delle controllanti e delle controllate» (G. SBISÀ, sub art. 2497 c.c., cit., 211).

Anche se non è mancato il tentativo di limitare la responsabilità di questi ultimi (e degli amministratori) solo laddove «l'atto, compiuto in violazione dei principi di corretta gestione, è stato deciso

Dunque, la responsabilità degli “organi di controllo di gruppo” (sia della *holding* che dell’eterodiretta) dovrebbe, anche in tali casi, essere pur sempre individuata nell’art. 2407 c.c. (se del caso in combinato disposto con l’art. 2393, comma 3, c.c.), norma che, interpretata nel contesto in esame, dovrebbe tenere in considerazione l’effettiva capacità di impedire/rimuovere il pregiudizio subito dalla società a seguito dell’abuso da direzione unitaria²²⁷.

Conseguentemente il meccanismo premiale di cui all’art. 25-*octies* CCII dovrebbe trovare applicazione anche per la responsabilità cc.dd. “aggiuntiva” in esame, il che pare definitivamente in linea anche con il tenore della l. delega n. 155 del 2017 per cui, come più volte ricordato, il Governo avrebbe dovuto determinare i «criteri di responsabilità del collegio sindacale» in modo che, in caso di segnalazione, «non ricorra la responsabilità solidale dei sindaci con gli amministratori per le conseguenze pregiudizievoli dei fatti o delle omissioni successivi alla predetta segnalazione»²²⁸. Formula così generica da includere, a mio avviso, anche la responsabilità di cui all’art. 2497, comma 2, c.c.²²⁹.

collegialmente o, quando (in conformità a decisioni strategiche) venga attuata una sistematica distrazione di ricchezza a danno di una società del gruppo, tale da renderle impossibile l’autonoma produzione di profitti» (sempre G. SBISA, sub art. 2497 c.c., cit., 212). In verità, a mio avviso, stante anche l’esistenza di strumenti incisivi quali quelli di cui agli artt. 2409 e 2393, comma 3, c.c., non pare vi siano ragioni per restringere a tal punto il campo della responsabilità dei controllori i quali dovrebbero intervenire in ogni caso, in presenza dei presupposti per far scattare l’esercizio dei relativi poteri reattivi, fermo restando che, trattandosi di responsabilità per fatto proprio, l’attore dovrebbe pur sempre individuare l’autore della condotta che ha causato l’evento lesivo accertandone i requisiti soggettivi di imputabilità (A. VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, cit., 123 ss.) oltre che dimostrare il nesso causale tra il comportamento omissivo ed il fatto lesivo (V. SALAFIA, *La responsabilità della holding verso i soci di minoranza*, cit., 396.).

²²⁷ Tale conclusione, sostanzialmente basata sulla ricostruzione del nesso di causa, potrebbe permettere di estendere il ragionamento ad ogni ipotesi di responsabilità concorrente dell’organo di controllo e, quindi, anche nei casi di cui agli artt. 2403 e 2055 c.c. e/o 185 c.p. verso gli *stakeholders* delle imprese del gruppo (cfr. F. GUERRERA, *Assetti organizzativi di gruppo e prevenzione delle crisi*, cit., 31).

²²⁸ In questo senso, come già detto, parevano muoversi, pur con le incertezze segnalate, sia l’art. 14 CCII sia l’art. 15 d.l. n. 118 del 2021 (ante legge di conversione). V., in particolare, i par. 4 e 5 dell’Introduzione.

²²⁹ Che, secondo l’orientamento prevalente, a differenza della responsabilità di cui comma 1, non riguarderebbe «l’attività [di direzione e coordinamento], ma i singoli atti di cui la stessa risulta composta» [L. BENEDETTI, *op. cit.* (corsivo dell’Autore)]. Ciò, in quanto, quello «che lede l’interesse dei soci esterni e dei creditori della dominata non è l’attività globalmente considerata, bensì le singole operazioni, i singoli atti tramite i quali essa si estrinseca» (L. BENEDETTI, *ibidem*). Tesi che parrebbe dimostrata: (i) dalla distinzione atto/attività proposta dalla teoria dell’impresa, tanto che, come autorevolmente affermato, «l’unificazione [dei singoli atti nell’attività, ndr.], funzionale all’applicazione di particolari discipline, non elimina o supera o sterilizza i momenti singoli ai quali è connessa un’identità e una rilevanza normativa» (G.M. RIVOLTA, *Gli atti d’impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 111) e (ii) dalla teoria dei vantaggi compensativi, visto che il principio implicherebbe «la possibilità di scomporre l’attività complessiva in singole operazioni ad essa riconducibili» (L. BENEDETTI, *op. cit.*, 99).

Note conclusive

La segnalazione interna: l'innovativo (ma precario) architrave dell'*early warning*

SOMMARIO. 1. Il presupposto della segnalazione. – 2. L'accertamento del presupposto della segnalazione: «tempestività» e distinzione tra *rilevazione* e *segnalazione*. – 3. La segnalazione ed il *procedimento segnalatorio* – 3.1. Collegialità, forma e contenuto della segnalazione. – 3.2. Dialettica con l'organo amministrativo e vigilanza durante le trattative. – 4. Il meccanismo premiale in punto responsabilità di cui all'art. 25-*octies*, comma 2, CCII. – 4.1. La declinazione della «tempestività» tra *puntualità* e *precocità*. – 4.2. La «vigilanza sull'andamento delle trattative». – 4.3. Il significato del beneficio. – 4.4. Precisazioni con riguardo agli «altri» controllori.

Sembra ora possibile rassegnare alcune note conclusive sull'istituto della segnalazione interna dell'organo di controllo, nella consapevolezza che la ricerca in merito è necessariamente aperta, non foss'altro perché, seppur frutto di un lungo *iter* normativo, la relativa disciplina, notevolmente ritoccata anche dall'ennesimo recente correttivo, è ancora sostanzialmente priva di approfondite elaborazioni dottrinali e di precedenti giurisprudenziali¹.

Le presenti conclusioni saranno metodologicamente tracciate attraverso una sintesi delle coordinate essenziali che hanno accompagnato l'intera ricerca, trattando all'interno di ognuna di esse del ruolo dei vari controllori e ciò, dunque, a differenza della struttura del lavoro, organizzata per tipologie di controllori al cui interno sono state esaminate le predette coordinate: in questo modo è parso, infatti, più efficace porre in evidenza i risultati dell'indagine.

Nelle pagine che precedono si è tentata una prima ricostruzione della disciplina generale della segnalazione *ex* art. 25-*octies* CCII dalla prospettiva dei diversi organi di controllo disciplinati dal Codice civile (con l'esclusione quindi delle normative di settore, incluso quello delle società quotate) operanti sia nell'ambito di società monadi che nei gruppi societari, attraverso un'indagine imperniata su quattro coordinate essenziali, costantemente presenti nelle varie disposizioni che nel tempo si sono occupate dell'istituto: (i) il significato del *pre-*

¹Onde evitare ripetizioni o parziali e ridondanti riferimenti, le presenti conclusioni non conterranno di proposito citazioni. Pertanto, per gli opportuni approfondimenti si rinvia alle singole parti del lavoro.

supposto della segnalazione, (ii) il suo accertamento, con la conseguente distinzione dei momenti della sua *rilevazione* e della successiva *segnalazione*, (iii) le modalità di comunicazione di questa e la sua declinazione come processo o meglio *procedimento segnalatorio* e, infine (iv) il *meccanismo premiale*, in punto responsabilità, legato all'istituto.

1. *Il presupposto della segnalazione*

Quanto alla prima coordinata, si è sostenuta la natura composita e cangiante del *presupposto* della segnalazione: “composita” poiché necessariamente costruito su quello per ricorrere alla composizione negoziata *ex art. 12 CCII* (e *25-quater CCII* per le imprese «sotto soglia»); “cangiante”, proprio perché non si confonde con quest'ultimo sia strutturalmente (come emerge dal raffronto tra l'*art. 12 CCII* e l'*art. 25-octies CCII*) sia perché la latitudine del relativo significato è influenzata dai diversi poteri, funzioni e responsabilità dell'organo di controllo rispetto a quello amministrativo (tesi qui definita del “*presupposto cangiante*”).

Così si è proceduto, anzitutto (parte I, cap. I), ad analizzare il presupposto per ricorrere alla composizione negoziata, affrontando le diverse tesi esistenti sui due requisiti o, come definito in dottrina, “corni”, di cui esso risulta composto: (a) quello della crisi, dell'insolvenza o «anche soltanto» dello «squilibrio patrimoniale o economico finanziario» che rende probabile la crisi o l'insolvenza dell'imprenditore (qui definito come requisito della “*squilibrio significativo*”) e (b) quello della sussistenza della ragionevole prospettiva di «risanamento dell'impresa» (qui definito come requisito del “*ragionevole risanamento*”) (parte I, cap. I, par. 1, 2 e 3). Giungendo alla conclusione, dopo aver esaminato i diversi argomenti a fondamento delle tesi ad oggi esistenti sul punto, che pare essere quella c.d. “*estensiva*” la più accreditata, confortata anche sul piano europeo e comparatistico, tale per cui il ricorso alla composizione negoziata parrebbe ammissibile negli stadi di *pre-crisi*, *crisi* e *insolvenza* c.d. “*reversibile*”, da intendersi quale stadio in cui, seppur connotato dall'incapacità del debitore di far fronte alle proprie obbligazioni regolarmente, risulti ancora possibile il risanamento oggettivo dell'attività di impresa (con conseguente inammissibilità di piani meramente liquidatori).

In tale scenario, si è tuttavia proposta una diversa soluzione (detta tesi “*super-estensiva moderata*”), parimenti confortata sul piano europeo e comparatistico nonché da una parte della più recente giurisprudenza, secondo cui il ricorso alla composizione negoziata potrebbe ritenersi ammissibile nei casi di *pre-crisi*, *crisi* e *insolvenza*, non solo “*reversibile*” nei termini appena illustrati, ma anche “*relativamente irreversibile*”, ossia nelle ipotesi in cui la composizione negoziata consenta, attraverso i suoi diversi possibili strumenti, percorsi e

benefici, un *risanamento anche solo soggettivo* dell'imprenditore (quindi, per il tramite di piani anche solo liquidatori) in misura non deteriore per i creditori rispetto alla liquidazione giudiziale (salvo che per i debiti tributari per cui dovrebbe valere il principio del miglior soddisfacimento, quantomeno con riguardo proprio a prospettive meramente liquidatorie), secondo, quindi, una diversa interpretazione del *best-interest-of-creditors test* (parte I, cap. I, par. 3 e più specificamente par. 3.3).

Definita, dunque, la base su cui è costruito il presupposto della segnalazione, si è proceduto a delineare i profili della tesi del "*presupposto cangiante*", per cui quello della segnalazione non solo non potrebbe confondersi con quello per ricorrere alla composizione negoziata, ma dovrebbe essere declinato, nel suo significato, considerando la prospettiva (e quindi secondo i poteri e i doveri) del soggetto (*recte*, organo) su cui grava il relativo adempimento. Con la conseguenza che, visti i diversi poteri e responsabilità dell'organo di controllo rispetto a quello amministrativo e viste, altresì, le diversità esistenti tra i vari organi di controllo a seconda del modello di *governance* prescelto, la valutazione sull'esistenza del *presupposto per ricorrere alla composizione negoziata* propedeutica alla decisione di procedere con la segnalazione e, pertanto, in ultima istanza, la verifica della *sussistenza del presupposto della segnalazione*, dovrebbe: (i) essere di tipo sintetico e nei limiti in cui si appalesi come sufficiente a far puramente scattare, nell'ottica dell'*early warning*, l'obbligo segnaletico, spettando poi esclusivamente all'organo gestorio valutare nel merito se ricorrere o meno alla composizione negoziata; (ii) declinarsi, in ogni caso, in maniera differente a seconda del tipo di organo di controllo che deve procedere con la segnalazione (parte I, cap. I, par. 4).

In questo senso, dunque, il presupposto per accedere alla composizione negoziata dovrebbe definirsi "*cangiante*" sul piano valutativo: da un lato, si manifesterebbe in maniera differente a seconda della prospettiva del vero e proprio accesso alla composizione negoziata (di competenza dell'organo amministrativo) o della mera segnalazione (di spettanza dell'organo di controllo), dall'altro, pur in tale ultima prospettiva, si atterrebbe diversamente a seconda del tipo di controllo onerato di tale adempimento.

Così, nel caso di s.p.a. monade, la valutazione a tali fini del collegio sindacale e del consiglio di sorveglianza dovrebbe arrestarsi alla verifica del presupposto in termini di *non manifesta irragionevolezza* del risanamento (*oggettivo*, nel caso in cui si intendesse sostenere la tesi "*estensiva*", o anche solo *soggettivo*, ove si sostenesse quella qui proposta "*super-estensiva moderata*") attraverso la composizione negoziata, sempre nei limiti del descritto *best-interest-of-creditors test*. Manifesta irragionevolezza da valutarsi con riguardo sia a motivi procedurali che sostanziali, motivi di cui si è tentato di proporre una possibile classificazione (parte I, cap. I, par., 4.3.1). Nel sistema monistico, sempre di società monade, invece, la valutazione del comitato per il controllo sulla gestione, pur sintetica,

dovrebbe declinarsi, stante la qualità di amministratori dei relativi componenti, in termini positivi di *ragionevolezza*, anche se nei limiti di una discrezionalità vincolata al *best-interest-of-creditors test* nei termini descritti (parte I, cap. I, par. 4, per il collegio sindacale, e parte II, cap. I, par. 1, per i sistemi alternativi di *governance*).

Nel caso di s.r.l. monade, quanto precede sembra parimenti estensibile ai relativi: collegio sindacale, sindaco unico, revisore (ancorché unico), eventuale organo di controllo “atipico” ed altri organi di controllo ove si ritenessero ammissibili i diversi modelli di *governance* anche in tale tipo societario. Con le due necessarie precisazioni per cui: (a) nel caso di revisore “unico”, la sua, qui sostenuta, ineliminabile minima funzione di controllo sulla gestione nella s.r.l., dovrebbe suggerire di non sopravvalutare l’inciso «nell’esercizio delle rispettive funzioni» contenuto nell’art. 25-*octies* CCII, che in apparenza potrebbe limitare il suo raggio di azione; (b) nel caso di organo di controllo “atipico”, tale dovere di controllo di gestione e quello di segnalazione non potrebbero essere escluse dall’autonomia privata, giusto il loro tenore imperativo, derivante anche da principi unionali (parte II, cap. I, par. 2).

Nessuna differenza, infine, dovrebbe rilevarsi per le imprese cc.dd. «sotto soglia» nonostante il diverso tenore del primo comma dell’art. 25-*quater* CCII, rispetto all’art. 12 CCII, sui presupposti per ricorrere alla composizione negoziata, rimasto, presumibilmente per mera svista normativa, identico al tenore dell’art. 12 CCII ante Correttivo-*ter* (parte II, cap. I, par. 3).

Nelle ipotesi di controllori operanti nei gruppi di società (parte II, cap. II, par. 2 e 3), ferme le distinzioni tra i diversi modelli di *governance*, è parso necessario includere nelle valutazioni propedeutiche alla segnalazione la considerazione della dimensione di gruppo (in ragione dei vincoli economici, finanziari, patrimoniali se non giuridici esistenti tra le diverse società facenti parte di esso) sia con riguardo al requisito dello *squilibrio significativo* sia per quello del *ragionevole risanamento*. Quanto più specificamente a quest’ultimo, si è altresì osservato che il suo conseguimento ben potrebbe derivare da sacrifici imposti ad alcune delle società del gruppo, pur sempre, tuttavia, nei limiti dei vantaggi compensativi fondatamente conseguibili *ex artt.* 2497 e 2634 c.c., la cui esistenza dovrebbe essere condizionata, in ogni caso, al rispetto della continuità aziendale e dell’equilibrio patrimoniale ed economico – finanziario di ogni società del gruppo.

In altre parole, nell’ambito di tale valutazione prospettica, gli organi sociali non potrebbero mai ipotizzare, a pena di contraddizione del sistema, un vantaggio compensativo fondatamente conseguibile ove il sacrificio richiesto all’eterodiretta fosse idoneo a determinare in quest’ultima l’insorgenza dei presupposti per accedere alla composizione negoziata (a partire dallo stadio della *pre-crisi*).

Di talché è parso possibile concludere che:

(i) l'organo di controllo della *capogruppo* dovrebbe procedere con la segnalazione *ex art. 25-octies* CCII (i).(i) allorché entrambi i requisiti del presupposto (*squilibrio significativo* e *ragionevole risanamento*) derivino (o siano riscontrabili) direttamente dall'attività della capogruppo nonché (i).(ii) ove il requisito dello *squilibrio significativo* derivi (o sia riscontrabile) direttamente dalla stessa attività della capogruppo o (indirettamente) dalle condizioni in cui versano una o più eterodirette (ossia nelle ipotesi in cui sussista un obbligo giuridico della capogruppo di intervenire a sostegno delle stesse o ciò possa derivare dal mero effetto economico che le condizioni di queste potrebbero avere sulla prima) e quello del *ragionevole risanamento* sia riscontrabile considerando le condizioni della capogruppo oppure, in ragione delle caratteristiche del caso concreto, quelle delle eterodirette, purché, però, l'eventuale sacrificio a queste richiesto avvenga nei limiti dei vantaggi compensativi fondatamente conseguibili nei termini descritti;

(ii) gli organi di controllo delle *eterodirette* dovrebbero, invece, procedere con la segnalazione (ii).(i) allorché entrambi i requisiti del presupposto (*squilibrio significativo* e *ragionevole risanamento*) derivino (o siano riscontrabili) direttamente dall'attività dell'eterodiretta nonché (ii).(ii) ove il requisito dello *squilibrio significativo* derivi (o sia riscontrabile) direttamente dalla stessa attività dell'eterodiretta o (indirettamente) dalle condizioni in cui versano la capogruppo o una o più delle altre eterodirette (in particolare nei casi normalmente di stretta interconnessione economica, patrimoniale e finanziaria tra queste) e quello del *ragionevole risanamento* sia riscontrabile considerando solo le condizioni dell'eterodiretta stessa oppure, alla luce delle caratteristiche del caso concreto, quelle della capogruppo (specie nei casi in cui questa abbia l'obbligo di intervenire a sostegno delle controllate) o delle altre eterodirette, ma, considerando, anche in tale valutazione, il limite ai vantaggi compensativi nei termini descritti.

Non è sembrato, invece, sostenibile che gli organi di controllo dell'eterodiretta possano (*recte*, debbano) attivarsi nei casi in cui ravvisino le condizioni in esame in capo ad altre società che non siano destinate a riverberare effetti sullo stato di salute della società cui appartengono, non essendo immaginabile, in tal caso, alcun loro dovere di intervento (a differenza, secondo una certa tesi illustrata, della capogruppo).

2. L'accertamento del presupposto della segnalazione: «tempestività» e distinzione tra rilevazione e segnalazione

Con riguardo alle modalità di accertamento del presupposto della segnalazione e alla sua richiesta «tempestività», si è anzitutto osservato come quest'ultima caratteristica sia intimamente connessa alle modalità di *emersione* e *rilevazione* del

presupposto per ricorrere alla composizione negoziata. Così si è ritenuto di dare rilevanza, più che a un momento singolo, all'intera catena o sequenza accertativa del presupposto prodromica alla *segnalazione* e, quindi, ai momenti: (i) della *materializzazione* o *verificazione* degli elementi, dei dati o comunque degli squilibri rilevanti (a partire da quelli sintomatici della *pre-crisi*) nella realtà aziendale, (ii) della loro *emersione* (dagli assetti la cui adeguatezza è infatti a ciò parametrata *ex artt.* 2086 c.c. e 3 CCII), (iii) della loro *rilevazione* (e, quindi, valutazione) e, infine, (iv) della *segnalazione*. Dunque la seguente sequenza: *materializzazione – emersione – rilevazione (e valutazione) – segnalazione*.

Con la conseguenza che la «tempestività» o, di contro, l'«intempestività» della predetta sequenza – dalla *materializzazione* alla *rilevazione* (includere) – si rifletterà necessariamente su quella della *segnalazione*.

Sicché sul presupposto dell'esistenza di un dovere soltanto indiretto di monitoraggio dello stato di salute dell'impresa da parte dell'organo di controllo, è parso possibile sostenere che il dovere di «tempestiva» *rilevazione*, possa presumersi (i) in presenza di assetti adeguati *ex artt.* 2086 c.c. e 3 CCII (in quanto per legge idonei a far *emergere* «tempestivamente» quei dati, elementi, squilibri rilevanti ai fini della *segnalazione*) e (ii) alla condizione che il lasso di tempo intercorrente (i) tra il momento della *rilevazione* (ovvero quello necessario alla valutazione degli elementi emersi e rilevati) e quello della *decisione* di effettuare la segnalazione e poi (ii) tra quest'ultimo e quello dell'effettiva *comunicazione* della segnalazione all'organo amministrativo sia «tempestivo». Dove per «tempestivo» dovrebbe intendersi quel lasso di tempo che un controllore diligente modello, calato nel caso concreto e, quindi, avuto riguardo della specifica realtà aziendale e del singolo dato aziendale, evento o, in generale, squilibrio rilevante, impiegherebbe, una volta *emerso* quest'ultimo dagli assetti, a completare il proprio *iter valutativo* e, quindi, a procedere con la *segnalazione*. Fermo restando che tra la decisione di procedere con la segnalazione e la sua successiva comunicazione all'organo amministrativo, non essendovi ulteriori momenti valutativi, dovrebbe passare un arco di tempo prossimo alla immediatezza (parte I, cap. II, par. 2.1, 2.2 e 2.3). «Tempestività» che potrebbe essere favorita da un'efficace dialettica con l'organo amministrativo – a partire da una c.d. «fase zero» preliminare, come suggerito, in ottica comparatistica dalla *Haut Conseil du Commissariat aux comptes* francese le cui procedure d'allerta hanno notoriamente ispirato il legislatore italiano ed europeo – e con il revisore *ex art.* 2409-septies CCII.

Detto altrimenti, si è tentato di sostenere che l'esistenza di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati ai sensi del combinato disposto degli artt. 2086 c.c. e 3 CCII, che dettano i parametri normativi per la rilevazione di tutti e tre gli stadi (della *pre-crisi*, *crisi* ed *insolvenza*: ossia quelli rilevanti ai fini del ricorso alla composizione negoziata), potrebbe costituire una presunzione semplice di tempestività dell'*emersione* e, conseguentemente, della *rilevazione*, purché il lasso di tempo intercorrente tra quest'ultima e l'effettiva comunicazio-

ne della *segnalazione* all'organo gestorio sia stato altrettanto tempestivo nei termini descritti.

È parso, quindi, possibile leggere e ricostruire il sistema delle caratteristiche degli assetti tratteggiate dall'art. 3 CCII in chiave geometricamente coerente con la lettura data agli artt. 12 e 25-*octies* CCII, in modo tale da ipotizzare la *rilevazione*, attraverso i medesimi assetti, di tutti gli stadi utili ai fini dell'accesso alla composizione negoziata.

E, quindi, seguendo l'art. 3 CCII: (i) la verifica della insostenibilità del debito nei dodici mesi evidenzerebbe, alla luce del tenore letterale dell'art. 2, comma 1, lett. a) e b), CCII, lo stadio della *crisi* e, *a fortiori*, quello dell'*insolvenza*, (ii) eventuali criticità nella continuità aziendale (non necessariamente escluse dall'esistenza della sostenibilità del debito) oppure situazioni debitorie rilevanti (per importi o qualità dei creditori), potrebbero rivelare l'esistenza non solo di una situazione di *crisi* ma anche di una sua mera probabilità prospettica e, quindi, secondo la definizione qui condivisa, di uno stadio di *pre-crisi*, (iii) le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il *test* pratico, in uno ai predetti dati su indebitamento e continuità aziendale, si rivelerebbero utili ai fini della verifica del *ragionevole risanamento* (parte I, cap. II, par. 2.4).

Più precisamente, con riguardo a quest'ultimo aspetto, si è tentato di individuare i parametri normativi dell'ultimo stadio di ammissibilità della composizione negoziata, nella prospettiva meramente segnalatoria dell'organo di controllo, ossia il grado difficoltà del risanamento, naturalmente diverso a seconda che si segua la tesi *estensiva* dell'*insolvenza reversibile* (che impone una valutazione anche del *risanamento oggettivo*) oppure quella, qui sostenuta, c.d. *super-estensiva moderata* o dell'*insolvenza relativamente irreversibile* (che invece richiede una mera valutazione del *risanamento soggettivo puro*), giungendo alla conclusione per cui la verifica della continuità aziendale sembra, in ogni caso, destinata a rivestire un ruolo centrale in quanto, anche seguendo quest'ultima tesi, la sua compromissione rappresenterebbe indice di un negativo *best-interest-of-creditors test*. Sicché tale compromissione ben potrebbe determinare il giudizio negativo dell'organo di controllo sulla sussistenza del presupposto per ricorrere alla composizione negoziata e, quindi, della segnalazione (con conseguente dovere di depositare istanza per l'apertura della liquidazione giudiziale *ex* art. 37, comma 2, CCII, poiché si tratterà, a seconda della tesi seguita, di stadio di *insolvenza irreversibile* o di *insolvenza assolutamente irreversibile*).

Infatti, a parte i casi di manifesta irragionevolezza del risanamento per *aspetti procedurali* (quali le inammissibilità, ad esempio *ex* artt. 25-*quinquies* o 17, comma 9, CCII, che non possono essere ignorate dall'organo di controllo), i dati dell'indebitamento, così come quelli sulla continuità aziendale sembrerebbero destinati a rivestire un rilievo centrale onde valutare i casi di manifesta irragionevolezza per *aspetti sostanziali* e legati sia alla fattibilità giuridica (derivante, ad

esempio, dall'impossibilità di rinegoziazione per le qualità del creditore, come accade per gli enti previdenziali il cui credito non sembra rinunciabile in sede di composizione negoziata nonostante il nuovo art. 23, comma 2-*bis*, CCII) sia a quella economica (tendenzialmente ricollegata alla rilevanza dell'indebitamento o della effettiva compromissione della realtà aziendale).

Per completezza, nell'ambito delle modalità di accertamento del presupposto, è parso anche necessario verificare gli effetti delle altre segnalazioni *ex artt. 25-novies* e *25-decies* CCII dei creditori pubblici qualificati, delle banche e degli intermediari finanziari, concludendo nel senso della loro centrale utilità anche per riscontrare quanto emerso dagli assetti ma del loro valore meramente indiziario rispetto alla più ampia e complessa valutazione richiesta sul punto all'organo di controllo (parte I, cap. II, par. 2.5).

Quanto precede con riguardo al collegio sindacale di s.p.a., ai controllori di s.r.l. (incluso il "revisore unico" che si è anche identificato come possibile destinatario delle segnalazioni dei creditori pubblici qualificati, stante il suo incomprimibile dovere di vigilanza sulla gestione nei termini visti) ed al consiglio di sorveglianza nella versione di *default*² (ancorché operanti in imprese «sotto soglia»), tenuto conto, per questi ultimi, dell'analogo ruolo di vigilanza, come dimostra il richiamo all'art. 2403 c.c. da parte dell'art. 2409-*terdecies*, comma 1, lett. c) (anche se si è ipotizzato per questo organo un minor rigore nel giudizio di non manifesta irragionevolezza del risanamento, in quanto, secondo l'orientamento prevalente, i relativi componenti sarebbero privi di poteri ispettivi individuali), qualche ulteriore precisazione si è ritenuto di svolgere con riguardo al comitato per il controllo sulla gestione, ritenendosi opportuno considerare la natura di amministratori, pur non esecutivi, dei relativi componenti: se anche per questi potrebbe valere quanto sostenuto per gli altri organi di controllo (inclusi i meccanismi presuntivi di «tempestività», basati sull'adeguatezza degli assetti,), dovrebbe tuttavia essere valutata con maggior rigore sia la c.d. "fase zero" di interlocuzione sia la loro condotta, stante appunto la loro natura di amministratori ed il tenore dell'art. 2409-*octies-decies*, comma 5, c.c. che contempla lo specifico riferimento al sistema di controllo interno.

Parimenti non è parso di ostacolo ad un efficace meccanismo di rilevazione, il richiamo dell'art. 25-*novies* CCII al solo presidente del collegio sindacale. In particolare, per le medesime ragioni sistematiche e teleologiche per cui si ritiene estensibile l'istituto della segnalazione a tutti gli organi di controllo, è sembrato sostenibile che le segnalazioni dei creditori pubblici qualificati *ex art. 25-novies* CCII debbano essere indirizzate anche al presidente del consiglio di sorveglianza e a quello del comitato per il controllo sulla gestione, mentre alcun dubbio

² Si è così altresì precisato che le considerazioni in questione potrebbero divergere nel caso in cui al consiglio di sorveglianza fossero attribuiti statutariamente ulteriori poteri e competenze come la stessa legge appare consentire.

potrebbe suscitare al riguardo l'art. 25-*decies* CCII che, infatti, richiama "neutralmente" gli «organi di controllo societari». Di contro le segnalazioni esterne sono parse difficilmente estensibili alle imprese «sotto soglia», giusto il tenore piuttosto inequivoco dell'art. 25-*quater* CCII.

Stesso dicasi nell'ambito dei gruppi, per cui, ferma la distinzione tra i diversi possibili organi nei medesimi termini di cui sopra, si è osservato, da un lato, la centrale rilevanza degli assetti di gruppo, ossia idonei a mettere in "rete" le diverse società del gruppo onde tempestivamente far *emergere* e poi *rilevare* il presupposto in esame, dall'altro, la necessaria declinazione dei poteri informativi ed ispettivi dei controllori in una prospettiva di gruppo (e, quindi, in senso bidirezionale o biunivoco tra organi e revisori della capogruppo e quelli dell'eterodiretta), pur nel rispetto della soggettività giuridica e dell'autonomia delle singole società ad esso appartenenti, ma il cui esercizio dovrebbe essere scevro da questioni di riservatezza, valevoli, verso l'esterno, per la natura stessa della composizione negoziata, ma non internamente al gruppo (parte II, cap. II, par. 4).

3. La segnalazione ed il procedimento segnalatorio

3.1. Collegialità, forma e contenuto della segnalazione

Esaminato il presupposto ed il relativo accertamento, si è proceduto con l'analisi della disciplina positiva della segnalazione, a partire dalle relative modalità di decisione e, quindi, la competenza collegiale, esaminando la specifica posizione del singolo controllore rispetto alla decisione della maggioranza anche in punto responsabilità. Si è quindi osservato come, ferma l'irrilevanza del dissenso con riguardo ad una decisione di non effettuare una segnalazione non dovuta e l'impossibilità di ritenere responsabile un sindaco dissenziente in merito ad una decisione di effettuarne una non dovuta (purché abbia provveduto alla verbalizzazione del relativo dissenso *ex* art. 2404 c.c.), in nessuno degli altri due casi rimanenti (dissenso rispetto alla decisione di effettuare una segnalazione dovuta oppure rispetto a quella di non effettuarne una dovuta) è parso possibile riconoscere il meccanismo premiale di cui al secondo comma dell'art. 25-*octies* CCII, posto che, nel primo caso, si riconoscerebbe un beneficio ad un soggetto non meritevole, mentre nel secondo lo si riconoscerebbe in assenza della verifica del suo stesso presupposto, ossia l'effettuazione della segnalazione.

Ragionamento, questo, che si è inteso estendere anche all'eventuale revoca connessa alla segnalazione, precisando che, nonostante il diverso tenore della norma rispetto al passato, sembrerebbe ancora oggi possibile sostenere la possibilità di una giusta causa di revoca ma solo nelle ipotesi di segnalazioni avvenute con colpa grave o quantomeno temerarie e in mala fede (parte I, cap. II, par.

3.1). Diversamente la segnalazione non potrebbe rappresentare giusta causa di revoca e ciò sia per la rilevanza dello strumento nell'ottica dell'*early warning* (che dovrebbe infatti favorirne piuttosto che restringerne l'applicazione) sia argomentando, *a fortiori*, dall'art. 120-*bis* che prevede persino una stabilizzazione dell'organo amministrativo che abbia deciso di accedere ad uno strumento di risoluzione della crisi.

A tal proposito, è parso opportuno anche un *focus* sulla posizione dei membri del consiglio di sorveglianza e del comitato per il controllo sulla gestione che, a differenza dei sindaci, sono revocabili anche senza giusta causa (salve le tutele risarcitorie) e si è concluso che la loro revoca se conseguente ad una legittima segnalazione nei medesimi termini visti per il collegio sindacale, non potrebbe ritenersi sorretta da giusta causa, con conseguente diritto al solo risarcimento dei connessi danni per i consiglieri di sorveglianza e una possibile inefficacia della revoca, alla stregua dell'art. 120-*bis* CCII, per i componenti del comitato per il controllo sulla gestione.

Con riguardo alle modalità di redazione e comunicazione della segnalazione, fermo il necessario utilizzo, nell'invio, di mezzi idonei a provarne la ricezione, si è ritenuto di considerare la forma scritta richiesta una mera tipologia di forma "funzionale", ossia volta ad innestare un vero e proprio "*procedimento segnalatorio*" e quindi di strutturata dialettica con l'organo amministrativo ed il soggetto incaricato della revisione legale dei conti. Con la conseguenza che, esclusi eccessivi formalismi, dovrebbe ritenersi sufficiente che la segnalazione sia incorporata in un supporto duraturo, immodificabile e di cui sia possibile accertarne la paternità in capo all'organo di controllo (e, quindi, quantomeno la firma del suo presidente) (parte I, cap. II, par. 3.2).

Quanto al contenuto, la motivazione dovrebbe consentire di ricostruire l'*iter* logico – giuridico che ha portato l'organo a ritenere sussistente il presupposto della composizione negoziata (pur nei limiti della tesi del *presupposto cangiante*), onde consentire all'organo amministrativo di procedere con gli opportuni approfondimenti anche al fine di un effettivo riscontro ed originare una proficua dialettica interorganica.

Quanto alla fissazione del termine e alla sua «congruità» (comunque non superiore a trenta giorni), entrambi dovrebbero essere calibrati in ragione del caso specifico (valutando le due variabili essenziali della *complessità* e dell'*urgenza*) e della tipologia di riscontro richiesto all'organo amministrativo che è parso potersi interpretare, pur nel generico ed infelice tenore della norma, come relativo ai "primi" interventi posti in essere ed alle soluzioni ipotizzate, posto che l'esecuzione di (ancorché prime) «iniziative intraprese», richieste dall'art. 25-*octies* CCII, presuppone almeno un quadro chiaro sulla strategia a monte (parte I, cap. II, par. 3.3.2, 3.3.3.1).

3.2. Dialettica con l'organo amministrativo e vigilanza durante le trattative

La segnalazione avvia, dunque, quello che si è definito (trovando anche conforto comparatistico nel sistema francese) un vero e proprio “*procedimento segnalatorio*”, articolato nella successiva dialettica tra organo di controllo, organo amministrativo e soggetto incaricato della revisione legale dei conti avente ad oggetto il riscontro dell'organo amministrativo alla segnalazione. Procedimento che appare necessariamente influenzato dalla capacità dell'organo di controllo di imporsi in tale dialettica endosocietaria e, in particolare, sulle scelte dell'organo amministrativo.

In particolare, si è proceduto ad esaminare (i) i rapporti con il revisore, ricercando e ricostruendo altresì una disciplina di coordinamento tra le possibili diverse iniziative segnaletiche valorizzando, in particolare, i doveri di diligenza professionale e di scambio di documentazione *ex art. 2409-speties* c.c. nonché (ii) quelli con l'organo amministrativo, focalizzando l'attenzione sui diversi poteri e doveri reattivi dell'organo di controllo nei vari modelli di *governance*. Così, fermo il limite di sindacabilità del riscontro alla segnalazione alla luce della *business judgment rule*, è parso possibile sostenere l'utilizzabilità, in caso di mancato o inadeguato riscontro e di inutilità del coinvolgimento dell'assemblea *ex art. 2406* c.c., del ricorso al controllo giudiziario *ex art. 2409* c.c. Ciò anche (i) nei gruppi societari, ma sempre nel rispetto della diversa soggettività ed autonomia delle società del gruppo e (ii) nella s.r.l., qualsiasi sia il “controllore” prescelto, incluso dunque il revisore “unico” al quale si è quindi ritenuto non peregrino estendere il potere di agire *ex art. 2409* c.c. Evidenziando, in tale prospettiva, anche la possibile capacità “persuasiva” dei controllori dei sistemi alternativi di *governance* e, segnatamente (i) del consiglio di sorveglianza, specie ove investito dei poteri di c.d. “alta direzione”, giusto il suo potere di revoca dei membri del consiglio di gestione nonché (ii) del comitato per il controllo sulla gestione, quantomeno per la qualità di amministratori dei suoi componenti e, quindi, della loro capacità di influire nella dialettica con gli organi esecutivi, a partire, invero, già dalla c.d. “fase zero”.

Infine, nel contesto degli esiti del *procedimento segnalatorio*, si è esaminato il perdurante dovere di controllo di legittimità sostanziale dell'organo di controllo in pendenza delle trattative, giusto il tenore dell'art. 25-*octies* CCII che richiama l'art. 2403 c.c., un controllo che è parso potersi declinare come dovere di interlocuzione professionale con l'esperto sugli atti potenzialmente idonei a compromettere le prospettive di risanamento, le trattative o a pregiudicare i creditori, anche nell'ambito e nelle dinamiche dei diversi sistemi di *governance*, della s.r.l., delle imprese «sotto soglia» e di gruppo, giusto il disposto dell'art. 21 CCII (parte I, cap. II, par. 3.3.3 e 4, parte II, cap. I, par. 1.3, parte II, cap. II, par. 5).

4. Il meccanismo premiale in punto responsabilità di cui all'art. 25-octies, comma 2, CCII

4.1. La declinazione della «tempestività» tra puntualità e precocità

Infine, si è affrontato il meccanismo premiale partendo, anzitutto, dal requisito della «tempestiva segnalazione» ed offrendone un'interpretazione eclettica e dinamica. In particolare, onde delineare una prospettiva coerente e geometrica dell'istituto ed evitare interpretazioni pleonastiche (come potrebbe essere quella di considerare il secondo comma dell'art. 25-octies CCII in termini di mera assenza di responsabilità nel caso di adempimento di atti dovuti), si è proposto di distinguere i due commi dell'art. 25-octies CCII in modo tale da ipotizzare, al primo comma, dedicato espressamente alla segnalazione della *crisi* e dell'*insolvenza*, la previsione di un *dovere*, al secondo comma, quella di un *onere*. Così, si è proposto di interpretare la «tempestività», ai sensi del primo comma, in termini di «puntualità», ai sensi del secondo comma, in termini di «precocità», in questo modo dando rilievo, in tale ultimo caso, alla segnalazione dello stadio immediatamente anteriore alla *crisi*, ossia la *pre-crisi*.

Conseguentemente la segnalazione «*puntuale*» ai sensi del primo comma rappresenterebbe l'adempimento di un *dovere* che, quindi, impedirebbe il sorgere a monte della connessa responsabilità omissiva; la segnalazione «*precoca*», ai sensi del secondo comma, rappresenterebbe, invece, l'assolvimento di un *onere* ed aprirebbe la strada al meccanismo premiale, attenuando o escludendo eventuali responsabilità esistenti. In questo modo premiando, in linea con la prospettiva europea dell'*early warning*, l'attivazione dell'organo di controllo in una fase, appunto, precoce, ossia nei casi in cui abbia effettuato la segnalazione della *pre-crisi*. Con l'ulteriore precisazione, in ottica di favore per l'istituto della segnalazione, che ai fini premiali la segnalazione potrebbe considerarsi «tempestiva» sino ai sessanta giorni successivi alla rilevabilità dello stadio di *crisi* (così come è formulata la presunzione di «tempestività» nella norma stessa) o (secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata di tale presunzione) sino ai sessanta giorni successivi alla rilevabilità di uno stato di insolvenza c.d. «improvvisa», ovvero non preceduto da una stadio di *crisi*.

Il quadro sarebbe così coerente con l'intera impalcatura normativa, posto che l'obbligo di intervento degli organi sociali, sancito *ex art.* 2086 c.c. per lo stadio della *crisi* e, *a fortiori*, dell'*insolvenza*, troverebbe il proprio corrispettivo, nella prospettiva della segnalazione, nel primo comma dell'art. 25-octies CCII, mentre la *pre-crisi*, lungi dall'essere irrilevante per tale prospettiva, troverebbe il proprio riconoscimento, in ottica incentivante e premiale, nel secondo comma dell'art. 25-octies CCII.

Precisando che siccome con il termine «segnalazione» dovrebbe più correttamente intendersi il *procedimento segnalatorio* da questa attivato, vista l'im-

portanza dell'interlocuzione ma anche del coordinamento tra organo di controllo e soggetto incaricato della revisione legale dei conti, occorrerebbe estendere il meccanismo premiale ad entrambi a prescindere da chi tra i due abbia materialmente effettuato la segnalazione all'organo amministrativo, purché sia riscontrabile una effettiva ed efficiente collaborazione tra loro nell'ambito, appunto, del *procedimento segnalatorio*.

4.2. La «vigilanza sull'andamento delle trattative»

Ai fini premiali è richiesta anche la «vigilanza sull'andamento delle trattative». A tal proposito si è osservato come tale condizione non solo implichi la necessità di accedere effettivamente alla composizione negoziata (salva, in caso contrario, comunque la possibilità di concedere tale beneficio ai controllori nel ragionevole tempo occorrente all'organo amministrativo per giungere alla decisione eventualmente negativa in merito), ma anche un controllo sostanzialmente di merito sulle trattative: anche in tal caso, per simmetria con la segnalazione «precoca» del secondo comma dell'art. 25-*octies* CCII, il meccanismo premiale richiederebbe, quindi, qualcosa in più rispetto al semplice adempimento al dovere di vigilanza in pendenza di trattative di cui al primo comma (limitato, come visto, ad un dovere di dialettica professionale con l'esperto senza potersi estendere al merito).

A tal proposito si è parimenti ritenuta necessaria una proficua collaborazione tra organo di controllo e revisore che possa permettere ad entrambi di beneficiare del meccanismo premiale, pur nei limiti e nell'esercizio delle specifiche funzioni di ciascuno, introducendo così il concetto di *procedimento di vigilanza integrato* sulle trattative. Cosicché in conclusione il meccanismo premiale sarebbe legato ad un «precoca» e completo *procedimento segnalatorio* ed a un efficace *procedimento di vigilanza integrato* sulle trattative (parte I, cap. II, par. 5.1).

4.3. Il significato del beneficio

Viste le condizioni necessarie per beneficiare del meccanismo premiale, si è esaminato, infine, il relativo significato e si è ritenuto che lo stesso, alla luce delle molteplici possibili interpretazioni ipotizzabili (tenuto conto anche dei criteri della l. delega n. 155 del 2017), dovrebbe essere inteso come endiadi («attenuazione o esclusione della responsabilità»), consistente in una generale attenuazione (e, quindi, sino all'esclusione) della responsabilità dell'organo di controllo per i danni derivanti (alla società, ai creditori ai soci e ai terzi) da atti compiuti *in funzione e nel corso* delle trattative (ovverosia *teleologicamente* ed *etiologicamente* connessi ad essa). Generale attenuazione da intendersi nel senso che

l'organo di controllo dovrebbe rispondere per tali danni nei limiti del dolo e della colpa grave. Ciò tenuto conto della straordinarietà e peculiare complessità dei compiti ad esso attribuiti con gli istituti in esame, rendendo il meccanismo in questione quindi armonico e coerente con l'impianto civilistico e, segnatamente, con i principi derivanti dalle prestazioni gratuite (come, ad esempio, l'art. 1710 c.c. con riguardo al mandato) e dall'art. 2236 c.c. Il che potrebbe equivalere a rendere l'organo di controllo – in tali casi – responsabile solo per i danni derivanti da atti o omissioni palesemente riscontrabili nel corso della composizione negoziata e, quindi, in sostanza quelli segnalati dall'esperto *ex art. 21 CCII*.

Fuori, invece, da questi atti compiuti *in funzione e nel corso* delle trattative, la responsabilità rimarrebbe piena (parte I, cap. II, par. 5.2).

4.4. *Precisazioni con riguardo agli "altri" controllori*

Sul punto si è ritenuto parimenti estensibile quanto precede, in linea di principio, ai "controllori" di s.r.l. (incluso l'eventuale revisore "unico", tenuto conto, tuttavia, dei relativi limitati poteri rispetto all'organo di controllo), al consiglio di sorveglianza ed ai componenti del comitato per il controllo sulla gestione (inclusi quelli delle imprese cc.dd. «sotto soglia»), non essendo dirimente, per questi ultimi, il riferimento testuale all'art. 2407 c.c., ciò per le medesime argomentazioni teleologiche e sistematiche che suggeriscono l'estensione dello stesso art. 25-*octies* CCII a tali sistemi di *governance*, considerando che tale norma descrive un istituto unitario che non potrebbe essere applicato a segmenti. Due precisazioni si sono però svolte con riguardo al sistema monistico, stante la natura di *Giano bifronte* dei membri del comitato per il controllo sulla gestione (quali amministratori e controllori): da un lato, il riferimento alla vigilanza «sull'andamento delle trattative» parrebbe per loro un'indicazione semplicemente pleonastica dato il loro ruolo di amministratori, senza che ciò possa rendere l'istituto ad essi inapplicabile, dall'altro, poiché il meccanismo premiale, nei limiti di operatività del beneficio, ne attenuerebbe o escluderebbe la responsabilità in qualità di «controllori», ma non, a rigore, di amministratori, si è rilevata l'opportunità che gli stessi facciano constare sempre l'eventuale proprio dissenso anche *ex art. 2392*, comma 3, c.c. per eventuali atti che, pur forieri di far sorgere responsabilità, sarebbero coperti dall'esonero in questione (parte II, cap. I, par. e 1.3.4, 2, 3).

Quanto ai gruppi, vista l'identità ontologica tra la responsabilità dei controllori *ex art. 2407 c.c.*, richiamata dall'art. 25-*octies* CCII, e quella c.d. "aggiuntiva" di cui all'art. 2497, comma 2, c.c., in quanto fondate entrambe sul medesimo nesso di causa omissivo del relativo illecito, è parso possibile sostenere l'estensione anche a quest'ultima del descritto meccanismo premiale (parte II, cap. II, par. 6).

* * *

Si è, dunque, cercato, nelle precedenti pagine di ricostruire un quadro coerente dell'istituto in linea con i principi dell'*early warning*.

Così, anche la «tempestività» della *segnalazione*, che si è ritenuto dover anzitutto caratterizzare il momento della *rilevazione* per il tramite degli assetti, è parsa potersi declinare, a seconda dei casi, in termini di *puntualità* e di *precocità* in modo tale da attribuire il giusto rilievo alle possibili responsabilità derivanti dal relativo ritardo (in linea con i *doveri* di reazione in presenza di situazioni di *crisi* ed *insolvenza*) ma anche (e soprattutto) alla premialità ricollegata ad una saggia ed anticipatoria attivazione (esaltando così il ruolo sistematico e teleologico della *pre-crisi*).

Ciò al fine di adeguatamente cogliere le istanze di *early warning* che fondano l'odierno sistema di prevenzione della crisi e di preservazione della continuità aziendale a livello non solo «unionale».

Non sembrando, in effetti, più sufficiente né utile un tradizionale meccanismo di responsabilizzazione, divenuto ormai un paradigma distruttivo di valori e di radicale allontanamento dai settori più delicati delle professionalità più capaci, come, invero, già rilevato in materia di revisione dalla stessa Commissione europea³.

Dovendosi, di contro, senza eccedere in meccanismi deresponsabilizzanti⁴, valorizzare la proattività, in termini di cauta e ponderata premialità quale, a mio sommo avviso, nuova necessaria prospettiva per una saggia politica legislativa (e, ove possibile, interpretativa) in tema di crisi di impresa, in un quadro, peraltro, di condivisibile progressivo abbandono dello stigma del *fallimento*. Ciò tanto più ove si consideri che l'*early warning*, così come oggi strutturato dal legislatore, appare inequivocabilmente incentrato sull'istituto oggetto delle riflessioni di queste pagine e, quindi, in ultima istanza, sull'organo di controllo, già notoriamente «bersagliato» nelle aule di giustizia nelle azioni di responsabilità, specie quando esercitate dalle curatele.

Come scriveva Gavazzi, seppur in altro settore, «la tecnica dell'incentivo è perfettamente coerente con l'idea che il diritto si interessi solo, o quasi solo, delle azioni, dei risultati»⁵, affermazione che, seguendo gli insegnamenti di Bobbio,

³ V. la Racc. Comm. 2008/473/CE, «Limitazione della responsabilità civile dei revisori legali dei conti e delle imprese di revisione contabile», 5 giugno 2008 in GUUE, 21 giugno 2008, L 162/39 oggetto, tuttavia, di un intenso dibattito intorno al più generale tema dell'introduzione del c.d. «*liability cap*», come ricordano le riflessioni di G. STRAMPELLI, *Sistemi di controllo e indipendenza nelle società per azioni*, Milano, 2013, 49 ss.

⁴ In questo senso suscita talune perplessità, come succintamente esposto nel presente lavoro, la riforma dell'art. 2407 c.c. recentemente approvata con l. 14 marzo 2025, n. 35.

⁵ G. GAVAZZI, *Diritto premiale e diritto promozionale*, in *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, 1983, 37 ss.

in particolare sulla necessità, da un lato, di evitare la permeabilità tra diritto e morale, dall'altro, di applicare, in ogni caso, il filtro di giustizia ad ogni precetto, non potrebbe che adeguatamente fondare la predetta prospettiva, soprattutto in un tema così (socialmente) rilevante e spiccatamente oggettivo come quello della crisi d'impresa.

Pertanto, che si accolgano o meno le riflessioni sviluppate in questo lavoro, la fucina sull'istituto della segnalazione dell'organo di controllo dovrebbe rimanere in ogni caso aperta.

Altrimenti sarà già troppo tardi per l'*early warning*.

Bibliografia

- AA.VV., *La crisi d'impresa nel nuovo codice: problemi e prospettive*, a cura di F. Barachini, Torino, 2024.
- AA.VV., *Coronavirus and the Law in Europe*, diretto da E. Hondius, M. Santos Silva, A. Nicolussi, P. Salvador Coderch, C. Wendehorst, F. Zoll, Cambridge, 2021.
- AA.VV., *Il ruolo dell'Esperto nella Composizione Negoziata per la soluzione della Crisi d'Impresa*, a cura di S. Bonfatti, R. Guidotti, M. Tarabusi, Torino, 2021.
- AA.VV., *I gruppi nel codice della crisi*, a cura di D. Vattermoli, Pisa, 2020.
- AA.VV., *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, a cura di M. Irrera, Torino, 2020.
- AA.VV., *Crisis Management: Master the Skills to Prevent Disaster*, in Harvard Business Review Press, 2004.
- ABBADESSA P., *La circolazione delle informazioni all'interno del gruppo*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, I, a cura di P. Balzarini, G. Carcano, G. Mucciarelli, Milano, 1196.
- ABETE L., *Commento all'art. 38 l. fall.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna 2006.
- ABRIANI N., *La crisi dei gruppi di imprese tra composizione negoziata e codice della crisi*, in *Riv. dir. comm.*, 2022, 391.
- ABRIANI N., *La disciplina dei gruppi di imprese nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Diritto della crisi*, 10 novembre 2022.
- ABRIANI N., *Continuità aziendale, avvio della composizione negoziata e giustificato ritardo nella redazione del bilancio*, in *Diritto della crisi*, 18 ottobre 2022.
- ABRIANI N., CAVALLUZZO N., *Segnalazione dei sindaci interna ma anticipata agli squilibri patrimoniali*, in *Il Sole 24 ore*, 20 ottobre 2021.
- ABRIANI N., *Holding e continuità aziendale nelle procedure di regolazione della crisi dei gruppi*, in *Diritto della Crisi*, 25 marzo 2021.
- ABRIANI N., *I controlli*, in AA.VV., *Le società a responsabilità limitata*, diretto da C. Ibba, G. Marasà, II, Milano, 2020.
- ABRIANI N., *Il sistema dei controlli nella s.r.l. tra modifiche del codice civile e codice della crisi: un rebus aperto?*, in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della crisi*, Studi in onore di Oreste Cagnasso, a cura di M. Irrera, Torino, 2020.
- ABRIANI N., *Corporate governance e doveri di informazione nella crisi dell'impresa*, in *Crisi dell'impresa e ruolo dell'informazione. Atti VIII incontro italo-spagnolo di diritto commerciale*, Napoli, 25 settembre 2015, a cura di A. Paciello, G. Guizzi, Milano, 2016.

- ABRIANI N., *Indipendenza e autonomia del Comitato per il controllo sulla gestione tra disciplina legale e regole statutarie*, in AA.VV., *S.p.A. e sistema monistico: Tu vuoi fa' l'americano*, a cura di M. Cera, G. Presti, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2016.
- ABRIANI N., *Il modello di prevenzione dei reati nel sistema dei controlli societari*, in AA.VV., *Diritto penale dell'economia*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino, 2016.
- ABRIANI N., *L'organo di controllo (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo della gestione)*, *Corporate governance e "sistema dei controlli" nella s.p.a.*, a cura di U. Tombari, Torino, 2014.
- ABRIANI N., *Il sistema monistico*, in AA.VV., *Le società per azioni*, a cura di N. Abriani, O. Cagnasso, P. Montalenti, S. Ambrosini, in *Tratt. dir. comm.* Cottino, IV, 1, Assago, 2010.
- ABRIANI N., *Il collegio sindacale nella società a responsabilità limitata*, in AA.VV., *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, a cura di R. Alessi, N. Abriani, U. Morera, Milano, 2007.
- ABRIANI N., *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi. Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.* 2002, I, 620.
- ABRIANI N., BENEDETTI L., *Finanziamenti all'impresa in crisi e abusiva concessione di credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, I, 41 ss.
- ABRIANI N., PANZANI L., *Crisi e insolvenza nei gruppi di società*, in AA.VV., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, a cura di O. Cagnasso, L. Panzani, II, Torino, 2016.
- ABRIANI N., ROSSI ANT., *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Soc.*, 2019, 395.
- AIELLO M., sub art. 2403 bis c.c., in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Delle società – Dell'azienda – Della concorrenza*, a cura di D. Santosuosso, II, Milano, 2015, 511.
- ALBERTINI L., Sub art. 2392 c.c., in *Codice civile commentato*, a cura di M. Franzoni, R. Rolli, Milano, 2018.
- ALLEGRI V., *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979.
- ALPA G., *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ.*, 2004, 659.
- AMAGLIANI R., *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999.
- AMATUCCI C., *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business judgment rule*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 643.
- AMBROSINI S., *La nuova responsabilità del collegio sindacale: note minime a prima lettura*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 16 marzo 2025.
- AMBROSINI S., *Ancora sulle "condizioni" dell'impresa – dalla precrisi all'insolvenza sanabile – e sulla sua gestione nella composizione negoziata (con una chiosa in merito al recente lapsus del legislatore)*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 12 gennaio 2025.

- AMBROSINI S., *Considerazioni del prof. Stefano Ambrosini in vista dell'audizione da parte della Commissione Giustizia del Senato della Repubblica del 1° agosto 2024, in Ristrutturazioni aziendali*, 7 agosto 2024.
- AMBROSINI S., *La continuità aziendale (diretta e indiretta) fra diritto contabile e disciplina della crisi d'impresa. Profili ricostruttivi e sottotipi concordatari*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 11 luglio 2024.
- AMBROSINI S., *Finalità del concordato preventivo e tipologie di piano: gli interessi protetti e lo "statuto" della continuità aziendale*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 10 marzo 2024.
- AMBROSINI S., *Doveri degli amministratori di S.p.A., Business Judgment rule e azioni di responsabilità alla luce del codice della crisi*, in *Trattato delle società*, diretto da V. Donativi, II, Torino, 2023.
- AMBROSINI S., *La composizione negoziata compie un anno: breve itinerario fra le prime applicazioni*, in *Codice della crisi: tra novità e dubbi (ir)risolti (II parte)*, a cura di M. Spiotta, in *Giur. it.*, 2023, 1699.
- AMBROSINI S., *Il codice della crisi dopo il d.lgs. n. 83/2022: brevi appunti su nuovi istituti, nozione di crisi, gestione dell'impresa e concordato preventivo (con una notazione di fondo)*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 18 luglio 2022.
- AMBROSINI S., *La Legge n. 147/2021 di conversione del d.l. n. 118: primi, brevi, appunti in ordine sparso*, in *Dir. fall.*, 2021, I, 1141.
- AMBROSINI S., *La "miniriforma" del 2021: rinvio (parziale) del CCII, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. fall.*, 2021, 901.
- AMBROSINI S., *Appunti sui doveri degli amministratori di s.p.a. e sulle azioni di responsabilità alla luce del codice della crisi e della «miniriforma» del 2021*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 23 novembre 2021.
- AMBROSINI S., *Il (doppio) rinvio del cci: quando si scrive "differimento" e si legge "ri-pensamento"*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 22 settembre 2021.
- AMBROSINI S., *La nuova Composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 23 agosto 2021.
- AMBROSINI S., *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, in *www.ilcaso.it*, 14 gennaio 2019.
- AMBROSINI S., *L'adequazione degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato*, in *www.ilcaso.it*, 15 ottobre 2019.
- AMBROSINI S., *La riforma della disciplina della crisi e dell'insolvenza: motus in fine velocior*, in *www.ilcaso.it*, 17 settembre 2018.
- AMBROSINI S., *Il collegio sindacale*, in *Tratt. Rescigno*, VI, Torino, 2013.
- AMBROSINI S., *Collegio sindacale: doveri, poteri e responsabilità*, in AA.VV., *La società per azioni*, a cura di N. Abriani, O. Cagnasso, P. Montalenti, S. Ambrosini, in *Tratt. di dir. comm. Cottino*, IV, Padova, 2010.
- AMBROSINI S., *Il controllo giudiziario*, in AA.VV., *La società per azioni*, a cura di N. Abriani, O. Cagnasso, P. Montalenti, S. Ambrosini, in *Tratt. dir. comm. Cottino*, IV, Padova, 2010.
- AMBROSINI S., *I poteri del collegio sindacale*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle socie-*

- tà. *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, III Torino, 2007.
- AMBROSINI S., *I poteri dei sindaci*, in AA.VV., *Il collegio sindacale. Le nuove Regole*, a cura di R. Alessi, N. Abriani, U. Morera, Milano, 2007.
- AMBROSINI S., *Il problema del controllo giudiziario nella S.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 75.
- AMBROSINI S., sub artt. 2403-2406, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cotino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2004.
- ANDREANI G., *Transazione fiscale, indisponibilità del credito tributario e composizione negoziata della crisi*, in *Diritto della crisi*, 15 gennaio 2024,
- ANDREANI G., *Le norme fiscali del terzo Decreto correttivo del codice della crisi*, in *Diritto della crisi*, 1 agosto 2024.
- ANGELICI C., *La società per azioni e gli altri*, in AA.VV., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, in ricordo di Pier Giusto Jaeger (*Atti del Convegno di Studio di Milano 9 ottobre 2009*), Milano, 2010.
- ANGELICI C., *Interesse sociale e "business judgement rule"*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, 573.
- ANGELICI C., *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 675.
- ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali: lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006.
- ANSOFF I., *Managing Strategic Surprise by Response to Weak Signals*, in *California Management Review*, Winter, v. XVIII, n. 2, 1975.
- ARATO M., *I doveri degli amministratori per prevenire e gestire la crisi o l'insolvenza*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 22 luglio 2024.
- ARATO M., *La conservazione dei valori aziendali e le liquidazioni nelle procedure di gruppo*, in *Fall.*, 2023, 1487.
- ASSIREVI, *Documento di ricerca n. 259. L'obbligo di segnalazione da parte del revisore di situazioni di crisi e insolvenza ai sensi dell'art. 25-octies CCII modificato dal d.lgs. n. 136/2024 ("Correttivo ter")*, dicembre 2024, reperibile su www.assirevi.com.
- ASSONIME, *Guida al codice della crisi*, 26 novembre 2024.
- ASSONIME, *I doveri degli organi sociali per la prevenzione e gestione della crisi (Circolare n. 27/2022)*, 21 novembre 2022.
- ASSONIME, *Composizione negoziata della crisi: segnalazione dei creditori pubblici qualificati e altre misure (Circolare n. 8/2022)*, 17 febbraio 2022.
- ASSONIME, *Le misure del decreto crisi per il risanamento dell'impresa (Circolare 34/2021)*, 7 dicembre 2021.
- AZZARO A.M., *Appunti sulla nozione giuridica di "crisi" d'impresa come stato di non insolvenza (irreversibile)*, in AA.VV., *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, diretto da S. Ambrosini, Bologna, 2017.
- BALDISSERA A., *Economia aziendale, teorie giuridiche e diritto della crisi: la conservazione dell'impresa nell'evoluzione del pensiero italiano*, in AA.VV., *Dalla crisi allo sviluppo sostenibile*, Milano, 2022.
- BALZARINI P., *Il controllo del bilancio consolidato: il ruolo del collegio sindacale*, in I

- gruppi di società. *Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, I, a cura di P. Balzarini, G. Carcano, G. Mucciarelli, Milano, 1996.
- BALZARINI P., *La disciplina dei bilanci consolidati*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei bilanci di società*, a cura di M. Bussolotti, Torino, 1995.
- BARATTA A.I., *I nuovi strumenti disciplinati dal d.l. 118/2021: le mutate esigenze a seguito della pandemia*, in AA.VV., *La nuova composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, a cura di G. Sancetta, A.I. Baratta, G. Ravazzin, Milano, 2022.
- BARBIÉRI J.F., *L'amélioration de la prevention et la procédure d'alerte: le rôle des commissaires aux comptes*, in *Les Petites Affiches*, 1994, 110.
- BARCELLONA E., *Business Judgment Rule e interesse sociale nella «crisi»*, Milano, 2020.
- BASTIA P., *La continuità aziendale e la dimensione strategica degli assetti*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 31 ottobre 2024.
- BASTIA P., *Creditori pubblici qualificati e fisco. Le segnalazioni dei creditori pubblici qualificati nel Sistema informativo aziendale*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 8 luglio 2024.
- BASTIA P., *Crisi e insolvenza dopo il codice della crisi*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 22 agosto 2022.
- BASTIA P., *Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle imprese a struttura complessa e nei gruppi*, in *La Magistratura*, ANM, marzo 2022.
- BASTIA P., *Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle imprese: criteri di progettazione*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 27 luglio 2021.
- BASTIA P., *Crisi e risanamento dell'impresa*, Bologna, 1987.
- BASTIA P., RICCIARDIELLO E., *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali alla tempestiva rilevazione e gestione della crisi: tra principi generali e scienza aziendale*, in *Banca impr. soc.*, 2020, 359.
- BAUCO C., *Il ruolo dell'organo di controllo nella composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, in *Diritto della crisi*, 9 marzo 2022.
- BELLOCCHIO S., *Le segnalazioni operate dai creditori pubblici qualificati*, in AA.VV., *La nuova composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, a cura di G. Sancetta, A.I. Baratta, C. Ravazzin, Milano, 2022.
- BENAZZO P., *Il controllo nelle società di capitali tra diritto comune e codice della crisi di impresa*, in *Riv. soc.*, 2020, 1551 ss.
- 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, 279.
- BENAZZO P., *I controlli interni nelle s.r.l. dal 1942 al 2012*, in *Riv. soc.*, 2013, 23.
- BENAZZO P., *Il collegio sindacale – Art. 2477, in S.R.L. Commentario*, a cura di A.A. Dolmetta, G. Presti, Milano, 2011.
- BENAZZO P., *I controlli nella società a responsabilità limitata: singolarità del tipo od omogeneità della funzione?*, in *Riv. soc.*, 2010, 18.
- BENCINI R., *Investitori truffati e responsabilità dello Stato: la parola delle Sezioni Unite*, in *Dir. giust.*, 2022, 9.

- BENEDETTI L., *La disciplina della composizione negoziata di gruppo*, in *Riv. dir. soc.*, 2023, 292.
- BENEDETTI L., *La nuova disciplina del concordato di gruppo: tra separate entity ed enterprise approach*, Milano, 2022.
- BENEDETTI L., *Frammenti di uno statuto organizzativo delle società del gruppo in crisi ricavabili dal sistema dell'allerta: prime considerazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2020, 715.
- BENEDETTI L., *L'applicabilità della Business Judgment Rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, 413.
- BENEDETTI L., *I vantaggi compensativi nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, 127.
- BENEDETTI L., *La responsabilità «aggiuntiva» ex art. 2497, 2° comma c.c.*, Milano, 2012.
- BENOCCI A., *Dal fallimento alla liquidazione giudiziale: rivoluzione culturale o make-up di regolamentazione?*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 777.
- BERTI DE MARINIS G., *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Napoli, 2013, 265.
- BERTOLOTI A., *I controlli nelle s.p.a.*, Bologna, 2018.
- BERTOLOTI A., *Società per azioni. Collegio sindacale, revisori, denuncia al tribunale*, Torino, 2015.
- BIANCHI G., *Il controllo*, in AA.VV., *Le nuove s.r.l.*, a cura di M. Sarale, Bologna, 2008.
- BIANCHI L.A., *Il modello monistico è più efficiente di quello tradizionale? Appunti per una ricerca*, in AA.VV., *S.p.A. e sistema monistico: Tu vuo' fa' l'americano*, a cura di M. Cera, G. Presti, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2016.
- BIANCHI L.A., *Problemi in materia di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento*, in *Riv. soc.*, 2013, 431.
- BIANCHI L.A., *Informazione societaria e bilancio consolidato di gruppo*, Milano, 1990, 323.
- BINI M., *Procedura di allerta: indicatori della crisi ed obbligo di segnalazione da parte degli organi di controllo*, in *Soc.*, 2019, 430.
- BISSOCOLI E., *La presunta incompatibilità tra lo stato di liquidazione (recte il piano di liquidazione) e la composizione negoziata della crisi d'impresa: un equivoco da evitare*, in *Diritto della crisi*, 31 agosto 2022.
- BLANC G., *La situation de commissaires aux comptes après la loi du 1er mars 1984*, in *JCP ed. E.*, 1984, 14304.
- BOGGIO L., *La composizione negoziata della crisi dei gruppi di imprese*, in AA.VV., *Crisi e Insolvenza dopo il Correttivo ter*, a cura di M. Irrera, S.A. Cerrato, Bologna, 2024.
- BOGGIO L., *La partecipazione di società non insolventi al concordato preventivo di gruppo nell'evoluzione del sistema: nuovi spunti tratti dalla Legge Modello UNCITRAL del 2019, dal d.l. 24 agosto 2021, n. 118 e dal novellato codice della crisi*, in *Giur. comm.*, 2022, 838.
- BOGGIO L., *L'organizzazione e il controllo della gestione finanziaria nei gruppi*, in AA.VV., *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, di-

- retto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi, II, Torino, 2014.
- BONELLI F., *Gli amministratori di S.p.A. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013.
- BONELLI F., *Gli amministratori di S.p.A. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004.
- BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992.
- BONELLI F., *I poteri individuali del sindaco*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 524.
- BONELLI F., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985.
- BONFANTE G., *Le misure di allerta*, in *Giur. it.*, 2019, 1971.
- BONFATTI S., *La procedura di Composizione Negoziata per la soluzione della Crisi d'Impresa: funzione, natura, presupposti ed incentivi*, in *Diritto della crisi*, 20 settembre 2023.
- BONFATTI S., *La procedura di liquidazione coatta amministrativa nel fallimento e nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Pisa, 2022.
- BONFATTI S., *La disciplina delle crisi degli intermediari bancari e finanziari*, Milano, 2021.
- BORDIGA F., *Gli obblighi degli amministratori nel contesto del Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 19 aprile 2023.
- BOSTICCO P., *La responsabilità degli organi di controllo nelle società di capitali*, Milano, 2009.
- BOTTAI L.A., *La nozione civilistica di insolvenza differisce da quella concorsuale? La rilevanza attuale del capitale sociale*, nota a Cass., 16 giugno 2023, n. 17362, in *Fall.*, 2024, 79.
- BRECCIA U., *La forma*, in *Tratt. Roppo*, I, *Formazione*, a cura di C. Granelli, Milano, 2006.
- BREIDA M.C., *Il modello monistico*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2009.
- 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, 367.
- BRIZZI F., *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015.
- BRUGGER G., sub art. 160, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. Jorio, M. Fabiani, Bologna, 2006.
- BRUGGER G., *La nozione di insolvenza: un concetto che muta. Crisi finanziaria, crisi strutturale ed insolvenza d'impresa: economia e diritto a confronto*, in *Fall.*, 1988, 899.
- BUONOCORE V., *L'organizzazione interna della società a responsabilità limitata riformata*, in *Riv. not.*, 2004, 589.
- BUONOMO D., *Amministrazione e controlli interni: il sistema monistico*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, III, 1, Milano, 2005.
- BUSANI A., *Il collegio sindacale della s.r.l. dopo la riforma della revisione legale dei conti*, in *Soc.*, 2010, 17.
- BUSSOLETTI M., LA MARCA E., *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, 89.

- BUTA G.M., *Collegio sindacale e revisione legale dei conti nella s.r.l.*, in AA.VV., *Studi in memoria di Bruno Carboni*, Napoli, 2010.
- BUTTURINI P., *L'ultima versione dell'art. 2477 c.c. tra dubbi ermeneutici e interpretazioni 'ortopediche': note a prima lettura*, in *Studium Iuris*, 2013, 412.
- CAGNASSO O., *I principi generali. l'adeguatezza delle misure e degli assetti*, in AA.VV., *Crisi e Insolvenza dopo il Correttivo ter*, a cura di M. Irrera, S.A. Cerrato, Bologna, 2024.
- CAGNASSO O., *La nomina dell'organo facoltativo di controllo nell'ambito delle s.r.l.*, in *Corporate governance*, 2023, 521.
- CAGNASSO O., *L'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza delle società: la posizione degli amministratori*, in *Diritto della crisi*, 1 febbraio 2023, 3.
- CAGNASSO O., *Denuncia di gravi irregolarità, crisi, doveri di attuazione: una primissima pronuncia sul nuovo art. 2086 c.c.*, nota a Trib. Milano, 18 ottobre 2019, in *Giur. it.*, 2020, 363.
- CAGNASSO O., *Profili di diritto societario della crisi nell'ambito della riforma fallimentare*, in *Nuovo dir. soc.*, 2017, 1002.
- CAGNASSO O., *Le azioni di responsabilità sociale nei confronti degli amministratori e i tempi e i contenuti della deliberazione dell'ente socio*, in *Nuovo dir. soc.*, 2015, 7.
- CAGNASSO O., *I controlli nelle s.r.l.*, in *Giur. it.*, 2013, 2439.
- CAGNASSO O., *Il collegio sindacale nelle s.p.a. e l'organo di controllo o revisore nelle s.r.l.*, in *Nuovo dir. soc.*, 2012, 18.
- CAGNASSO O., *Il ruolo del collegio sindacale nelle s.r.l. e nelle s.p.a.: profili di un confronto*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 346.
- CAGNASSO O., POLLASTRO I., *Organizzazione della gestione di vertice ed autonomia privata*, in *Rivista ODC*, 2021, 16.
- CALANDRA BUONAURA V., *Ruolo e responsabilità degli organi di controllo nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2021, 791 ss.
- CALANDRA BUONAURA V., *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 1.
- CALANDRA BUONAURA V., *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi nella società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 441.
- CALANDRA BUONAURA V., *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, in *Tratt. Dir. comm.*, fondato da V. Buonocore e diretto da R. Costi, Torino, 2019.
- CALANDRA BUONAURA V., *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 548.
- CALLEGARI M., *Gli assetti adeguati nei gruppi tra disciplina positiva ed autonomia privata*, in *Corporate governance*, 2022, 413.
- CALLEGARI M., *Gli assetti societari ed i gruppi*, in AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi. Nella corporate governance delle società di capitali*, a cura di M. Irrera, Bologna, 2016.
- CALLEGARI M., *I gruppi di società*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario nella dot-*

- trina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna-Torino, 2009.
- CALVOSA L., *Le principali novità della riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza. Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Crisi di impresa e insolvenza. Prospettive di riforma*, a cura di L. Calvosa, Pisa, 2017.
- CANAZZA F., sub art. 5, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2017.
- CAPO G., *I presupposti del fallimento*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, I, diretto da G. Fauceglia, L. Panzani, Torino, 2009,
- CAPRARA A., *Le funzioni dei sindaci tra principi generali e disciplina*, Padova, 2008.
- CARDARELLI M.C., *Insolvenza e stato di crisi tra scienza giuridica e aziendalistica*, in *Dir. fall.*, 2019, 11.
- CARIELLO V., *Il sistema dualistico*, Torino, 2012.
- CARIELLO V., *Il sistema dualistico. Vincoli tipologici e autonomia statutaria*, Milano, 2009.
- CARIELLO V., *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. soc.*, 2007, 57.
- CARIELLO V., *Amministrazione delegata di società per azioni e disciplina degli interessi degli amministratori nell'attività di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. dir. priv.* 2005, 394.
- CARIELLO V., sub art. 2497, *Direzione e coordinamento di società*, in *Società di capitali*, Commentario Niccolini, Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004.
- CARIELLO V., *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, 1247.
- CARIELLO V., *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività di direzione e coordinamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, 336.
- CARMELLINO G., *Le droit français des entreprises en difficulté e i rapporti con la nuova normativa europea*, in *Fall.*, 2015, 1062.
- CAVALIERE T., *Percorsi di giurisprudenza – L'amministrazione della S.R.L.*, in *Giur. it.*, 2024, 953.
- CAVALLI G., *Il collegio sindacale fra passato e presente*, in AA.VV., *Dialogo sul sistema dei controlli nelle società*, a cura di P. Abbadessa, Torino, 2015
- CAVALLI G., *I presupposti del fallimento*, in *Il fallimento*, a cura di S. Ambrosini, G. Cavalli, A. Jorio, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, XI, 2, Padova, 2009.
- CAVALLI G., *Osservazioni sui doveri del collegio sindacale di società per azioni non quotate*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, 3, Torino, 2007.
- CAVALLI G., *Il controllo legale dei conti nelle società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 710.
- CAVALLI G., *Gli organi e il controllo giudiziario*, in AA.VV., *Le Società per azioni*, a cura di G. Cavalli, M. Marulli, C. Salvetti, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, vol. III, Milano, 1996.
- CAVALLI G., *I sindaci*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo, G.B. Portale, V, Torino, 1988.

- CAVALLI G., *Profili del controllo sindacale sugli amministratori di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1968, 368.
- CATALDO M., *La soggezione dell'impresa in crisi al regime di allerta e composizione assistita*, in *Fall.*, 2016, 1024.
- CENSONI P.A., *Il presupposto oggettivo del fallimento. Lo stato di insolvenza*, in AA.VV., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da L. Panzani, I, Torino, 2000.
- CENTRO DI RICERCA INTERDIPARTIMENTALE SU IMPRESA, SOVRAINDEBITAMENTO E INSOLVENZA, *Proposte di modifica al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, reperibili su www.centrocrisi.it.
- CERA M., *Difesa del sistema dualistico italiano (pas encore un éloge funébre?)*, in AA.VV., *S.p.A. e sistema monistico: Tu vuo' fa' l'americano*, a cura di M. Cera, G. Presti, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2016.
- CERAMI V., *Il controllo giudiziario sulle società di capitali*, Milano, 1954.
- CESARE F., *Torna l'allerta esterna ridimensionata nella composizione negoziata della crisi*, in *Il Fallimentarista*, 4 gennaio 2022.
- CESIANO D., *L'applicazione della "Business Judgment Rule" nella giurisprudenza italiana*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 941.
- CESTARI G., MADONNA S., *I modelli di scoring nella previsione delle insolvenze*, in AA.VV., *Crisi aziendali e processi di risanamento. Prevenzione e diagnosi, terapie, casi aziendali*, a cura di A. Quagli, A. Danovi, Milano, 2012.
- CIAN M., *La s.r.l.: la struttura organizzativa*, in *Diritto commerciale*, a cura di M. Cian, III, Torino, 2024.
- CIAN M., *Crisi dell'impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati e il loro impatto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1166.
- COLOMBO G.E., *Informazione societaria e gruppi di società*, in *L'informazione societaria. Atti del Convegno internazionale di studi di Venezia 5-6-7 novembre 1981*, a cura di P. Alvisi, P. Balzarini, G. Carcano, I, Milano, 1982.
- COMITATO INTERREGIONALE DEI CONSIGLI NOTARILI DELLE TRE VENEZIE, *Orientamenti del Comitato triveneto dei Notai in materia di atti societari*, Milano, 2021.
- COMITATO TRIVENETO DEI NOTAI, *Orientamento I.D.13*, reperibile su: www.notaitriveneto.it.
- CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, *Massima 124*, 2012, reperibile su: www.consiglionotarilemilano.it.
- COMPAGNIE NATIONALE DES COMMISSAIRES AUX COMPTES, *Guide du commissaire aux comptes*, juin 2005, CNCC édition, 6, 702, voce *Alerte*.
- CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate*, dicembre 2024, reperibile su www.cndcec.it.
- CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Norme di comportamento del collegio sindacale di società quotate*, dicembre 2024, reperibile su www.cndcec.it.

- CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate*, dicembre 2023, reperibile su www.cndcec.it.
- CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI e FONDAZIONE NAZIONALE COMMERCIALISTI, *Assetti organizzativi, amministrativi e contabili: check-list operative. Focus cooperative*, 10 ottobre 2024, reperibile su www.fondazionenazionalecommercialisti.it.
- CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI e FONDAZIONE NAZIONALE COMMERCIALISTI, *Check-list operative (assetti organizzativi, amministrativi e contabili)*, 25 luglio 2023, reperibile su www.fondazionenazionalecommercialisti.it.
- CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI e FONDAZIONE NAZIONALE COMMERCIALISTI, *Assetti organizzativi, amministrativi e contabili: profili civilistici e aziendalistici*, 7 luglio 2023.
- CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *La crisi nelle società pubbliche tra TUSP e CCII*, giugno 2023, reperibile su www.cndcec.it.
- CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate*, 12 gennaio 2021, reperibile su www.cndcec.it.
- CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Crisi d'impresa. Gli indici d'allerta*, 20 ottobre 2019, reperibile su www.cndcec.it.
- CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Linee guida: «Informativa e valutazione nella crisi d'impresa»*, 30 ottobre 2015, reperibile su www.cndcec.it.
- CORAPI D., *Il controllo interno delle s.r.l.*, in *Soc.*, 2003, 1573.
- CORDOPATRI M., *La business judgement rule in Italia e il privilegio amministrativo: recenti correttivi negli USA e in Europa*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 129.
- CORSI F., *L'insolvenza nel gruppo*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, a cura di P. Balzarini, G. Carcano, G. Mucciarelli, II, Milano, 1996.
- COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012.
- COSSU M., *Il sindaco unico nelle s.r.l.: prime riflessioni interpretative sulla monocratizzazione dell'organo di controllo*, in *Riv. not.*, 2012, I, 595.
- DACCÒ A., *L'accentramento della tesoreria nei gruppi di società*, Milano, 2002.
- DALMOTTO E., *L'art. 2409 c.c. e le irregolarità a danno delle società controllate: legittimazione attiva e passiva*, nota a App. Milano, 12 marzo 2004, in *Giur. it.*, 2005, 2343.
- DALMOTTO E., *Denuncia al tribunale (art. 2409 c.c.)*, in AA.VV., *Il nuovo processo societario*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2004.
- DAL SOGLIO P., sub art. 2497, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, III, Padova, 2005.

- DANOVI A., RIVA P., *Le cinque fasi della crisi e dell'allerta*, in *Il Fallimentarista*, 20 agosto 2018.
- D'ADDA A., *Riflessioni sulle obbligazioni plurisoggettive: un «ritorno» alle ragioni del vincolo di solidarietà*, in *Riv. civ.*, 2024, 813 ss.
- D'ADDA A., *La solidarietà risarcitoria nel diritto privato europeo e l'art. 2055 c.c. italiano: riflessioni critiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 2, 288.
- D'ATTORRE G., *Scelta dello strumento di gestione della crisi e business judgment rule*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2023, 152.
- D'ATTORRE G., *La concorsualità "liquida" nella composizione negoziata*, in *Fall.*, 2022, 301.
- DE ANGELIS L., *L'influenza della nuova disciplina dell'insolvenza sul diritto dell'impresa e della società, con particolare riguardo alle s.r.l.*, in *Rivista ODC*, 2019, 9.
- DE CESARI P., *La legge belga di recepimento della Dir. UE 2019/1023 sui quadri di ristrutturazione*, in *Fall.*, 2024, 5.
- DE CESARI P., *La Proposta di direttiva sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto dell'insolvenza, riflessi sul Codice della crisi*, in *Fall.*, 2023, 581 ss.
- DE FERRA G., *Le informazioni sulle società controllate nella relazione degli amministratori di cui all'art. 2429-bis*, in AA.VV., *L'informazione societaria. Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 5-6-7 novembre 1981*, a cura di P. Alvisi, P. Balzarini, G. Carcano, II, Milano, 1982.
- DELEBECQUE P., BINCTIN N., ANDREU L., *Effets de commerce et entreprises en difficulté*, in G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit des affaires*, IV, Issy-les-Moulineaux, 2018.
- DELLA SANTINA R., *Crisi d'impresa e insolvenza prospettica dell'imprenditore: questioni ancora aperte nell'imminenza dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 14/2019 (Note a margine del decreto del Tribunale di Milano 3 ottobre 2019)*, in *www.ilcaso.it*, 12 novembre 2019.
- DELLA SEGA A., SPIAZZI S., *I contrasti giurisprudenziali sull'accesso alla composizione negoziata per la società in stato di insolvenza o di liquidazione*, in *Il Fallimentarista*, 14 febbraio 2023.
- DE LUCA N., SICIGNANO L., *Il terzo correttivo al codice della crisi (prima parte)*, in *Foro. it.*, 2024, 266 ss.
- DE MARI M., *Gli assetti organizzativi societari*, in AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, diretto da M. Irrera, Bologna, 2016.
- DE MOOR B., CALLEBAUT M., ONDERBEKE S., *New insolvency law entered into force on 1 September 2023*, in *Osservatorio Internazionale Crisi di impresa – Fondazione Nazionale dei Commercialisti*, 9, 2023, 66.
- DEMURIO I., *Le imprese sottosoglia*, in AA.VV., *Crisi e Insolvenza dopo il Correttivo ter*, a cura di M. Irrera, S.A. Cerrato, Bologna, 2024.
- DEMURIO I., *Collegio sindacale e sindaco unico tra novità e incertezze, nuove competenze e semplificazioni*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 590.
- DEMURIO I., MONTANARI A., *L'organo di controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Trattato delle società*, diretto da V. Donativi, III, Milano, 2022.
- DE NUCCIO, BAUCO C., *Ruolo, obblighi e responsabilità dei sindaci alla luce del nuo-*

- vo *Codice della crisi: gestione del rischio, flussi informativi e best practices*, in *Corporate governance*, 2023, 489.
- DE ROSA R., *L'analisi funzionale della forma*, Milano, 2011.
- DENOZZA F., «Rules vs Standards» nella disciplina dei gruppi: l'insufficienza delle compensazioni virtuali, in *Giur. comm.*, 2000, I, 327.
- DESANA E., *L'emersione anticipata della crisi: dalle misure di allerta alla composizione negoziata*, in AA.VV., *Crisi e insolvenza nel nuovo Codice*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2022.
- DE SENSI V., voce *Composizione negoziata della crisi d'impresa*, in *Enc. dir.*, vol. III, *Crisi d'impresa*, diretto da F. Di Marzio, 3, 2024, 135 ss.
- DE SENSI V., *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Riv. soc.*, 2017, 311.
- DE VITIS S., sub art. 2409 c.c., in AA.VV., *La riforma delle società. Società per azioni*, I, a cura di M. Sandulli, V. Santoro, Torino, 2003.
- DI MAJO A., *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 550.
- DI MARCELLO T., *Sistema monistico e organizzazione delle società di capitali*, Milano, 2013.
- DI MARZIO F., *Diritto dell'insolvenza*, Milano, 2023.
- DI MARZIO F., *Obbligazione, insolvenza, impresa*, Milano, 2019.
- DIMUNDO F., *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, Milano, 2019.
- DOMENICHINI G., Artt. 2400-2401, *Commentario Niccolini-Stagno D'Alcontres*, Napoli, 2004.
- DOMENICHINI G., *Il controllo giudiziario sulla gestione delle società per azioni*, in *Trattato dir. priv. Rescigno*, Torino, 1985.
- DOMINEDÒ F., *Mandato (diritto civile)*, in *Nov. dig. it.*, X, Torino, 1964, 125.
- DONATI I., *Crisi d'impresa e diritto di proprietà. Dalla responsabilità patrimoniale all'assenza di pregiudizio*, in *Riv. soc.*, 2020, 164 ss.
- DONATIVI V., *Il presupposto oggettivo della composizione negoziata (e dell'allerta interna)*, in *Quad. ristr. aziend.*, 2023.
- DONATIVI V., *I doveri di «allerta» degli organi di controllo societari e dei revisori (l'art. 14 del Codice della Crisi e la nuova mappa dei rapporti endosocietari interorganici in funzione di prevenzione della crisi)*, in AA.VV., *Le crisi dell'impresa e del consumatore dopo il d.l. 118/2021. Liber amicorum di Alberto Jorio*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2021.
- D'ORAZIO L., *Denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c.*, in AA.VV., *Il processo societario. Tutela cautelare, tutela camerale, denuncia al tribunale*, a cura di A. Didone, Milano, 2006.
- DU PONTAVICE E., *Le rôle nouveau du commissaire aux comptes, généralisation, alerte et statut, et l'alerte par le président du tribunal de commerce*, in *Rev. jurisp. com.*, 1986, 51.
- DU PONTAVICE E., *L'information et les parternaires de l'entreprise*, in *RJ com.*, 1986, 2, 18.

- ENRIQUES L., *Gruppi piramidali, operazioni intragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, in *Giur. comm.*, 1997, 698.
- ERMINI M., sub art. 5, in *Codice del fallimento e delle procedure concorsuali*, diretto da S. Ambrosini, C. Trapuzzano, Roma, 2019.
- FABIANI M., *Ruolo, funzioni e responsabilità dell'Esperto nella Composizione negoziata*, in *Diritto della crisi*, 19 novembre 2024.
- FABIANI M., *Il sistema e i principi del diritto della crisi dell'impresa*, in *Diritto della crisi*, 11 ottobre 2024.
- FABIANI M., *Introduzione ai principi generali e alle definizioni del codice della crisi*, in *Fall.*, 2022, 1182.
- FABIANI M., *Le trasformazioni della legge fallimentare*, in *Foro it.*, 2005, V, 158.
- FABIANI M., *Società insolvente e responsabilità del socio unico*, Milano, 1999.
- FAUCEGLIA G., *Le conclusioni delle trattative: riflessioni sull'art. 11, 1° comma, lett. a), L. n. 147/2021*, in *Quad. ristr. aziend.*, 2022, I.
- FAUCEGLIA G., *Qualche riflessione, "in solitudine", sulla composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa*, in *www.ilcaso.it*, 12 dicembre 2021.
- FAUCEGLIA G., *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2019.
- FAVA I., *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Soc.*, 2003, 1203.
- FAZIO E., *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011.
- FERRARA JR F., *Il Fallimento*, Milano, 1995.
- FERRARINI G., *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari*, in AA.VV., *I controlli societari*, a cura di C. Di Noia, M. Bianchini, Milano, 2010.
- FERRO M., NARDECCHIA G.B., NOCERA I.L., *D.lgs. n. 14/2019: il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2017.
- FERRO-LUZZI P., *Per una razionalizzazione del concetto di controllo*, in AA.VV., *I controlli societari*, a cura di M. Bianchini, C. Di Noia, Milano, 2010.
- FERRI JR G., *Il concordato preventivo di gruppo: profili sostanziali*, in AA.VV., *I gruppi nel Codice della crisi*, a cura di D. Vattermoli, Pisa, 2020, 35.
- FIENGO C., *L'organo di controllo facoltativo nella S.r.l. alla luce della l. n. 35 del 2012*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 761.
- FONDAZIONE NAZIONALE DEI COMMERCIALISTI, *Il d.l. n. 118/2021 – Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale. Il ruolo dell'organo di controllo*, 4 novembre 2021, reperibile su: *www.fondazionenazionalecommercialisti.it*.
- FONDAZIONE NAZIONALE DEI COMMERCIALISTI, *Crisi d'impresa e insolvenza nella prospettiva aziendale e giuridica alla luce delle riforme in itinere*, 28 febbraio 2017, reperibile su: *www.fondazionenazionalecommercialisti.it*.
- FORTUNATO S., *Atti di organizzazione, principi di correttezza amministrativa e Business Judgment Rule*, nota a Trib. Roma, 15 settembre 2020, in *Giur. comm.*, II, 2021, 1358.
- FORTUNATO S., *Assetti organizzativi e crisi d'impresa: una sintesi*, in AA.VV., *Le*

- crisi d'impresa e del consumatore dopo il d.l. 118/2021*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2021.
- FORTUNATO S., *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2019, 960.
- FORTUNATO S., *Commento all'art. 2409-septies*, in *Società di capitali, Commentario*, a cura di G. Niccolini, A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004.
- FORUM EUROPAEUM CORPORATE GROUP LAW FOR EUROPE, in *European Business Organization Law Review*, 1, 165.
- FRANZONI M., *Del collegio sindacale. Della revisione legale dei conti*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna, 2015.
- FRANZONI M., *La responsabilità degli amministratori e sindaci*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, a cura di M. Franzoni, F. Galgano, A. Di Pietro, A. Rossi Vanini, XIX, Padova, 1994.
- FRÉ G., sub art. 2392, *Della società per azioni (artt. 2325-2461)*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1982.
- GALGANO F., SBISÀ G., sub art. 2497, *Direzione e coordinamento*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna, 2014.
- GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009.
- GALGANO F., GENGHINI R., *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ. Galgano*, v. XXIX, t. 1, Padova, 2006.
- GALGANO F., *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, I, 89.
- GALGANO F., *I gruppi di società*, in *Le società*, in *Tratt. Galgano*, Torino, 2001.
- GALGANO F., *L'oggetto della holding è dunque l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa*, in *Contr. impr.*, 1990, 401.
- GALLETTI D., *L'insorgere della crisi e il dover essere nel diritto societario. Obblighi di comportamento degli organi sociali in caso di insolvenza*, in *Il Fallimentarista*, 27 settembre 2012.
- GALLETTI D., *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006.
- GALLETTI D., sub art. 160, in *Dir. fall.*, 2006, 2272;
- GAVAZZI G., *Diritto premiale e diritto promozionale*, in *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, 1983.
- GHIRGA M.F., *Il procedimento per irregolarità della gestione sociale*, Padova, 1994.
- GIANNELLI G., *Covenants finanziari e finanziamento dell'impresa in crisi*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, 619.
- GIBIRLA D., *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, 2009.
- GINEVRA E., *Tre questioni applicative in tema di assetti adeguati nella s.p.a.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, I, 552.
- GINEVRA E., PRESCIANI C., *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1216.
- GIORDANO A., Sub art. 12, in *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, diretto da F. Di Marzio, Milano, 2022, 51.

- GIORGI V., *Libertà di informazione e dovere di riservatezza degli amministratori nei gruppi di società*, Torino, 2005.
- GIORGIANNI M., voce Forma degli atti (dir. priv.), in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, 990.
- GIOVANNINI S., *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007.
- GREGGIO M., SEGHI C., *I limiti di accesso alla composizione negoziata dopo il correttivo-ter del Codice della Crisi*, in *Diritto della crisi*, 8 luglio 2024.
- GRIECO F., *Gli strumenti di ristrutturazione del debito nel riformato codice della crisi belga*, in *Diritto della crisi*, 18 luglio 2024.
- GUERRA P., *L'informazione societaria e le società controllate*, in AA.VV., *L'informazione societaria. Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 5-6-7 novembre 1981*, a cura di P. Alvisi, P. Balzarini, G. Carcano, II, Milano, 1982.
- GUERRERA F., *Assetti organizzativi di gruppo e prevenzione delle crisi*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 3 settembre 2024.
- GUERRERA F., *La regolazione della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese nel nuovo CCII*, in *Dir. fall.*, 2019, 1318.
- GUERRERA F., *La regolazione negoziale della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese nel nuovo CCII*, in *Quest. giust.*, 2019, 232.
- GUERRERA F., *I regolamenti di gruppo*, in AA.VV., *Società, banche e crisi d'impresa, Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi, II, Torino, 2014.
- GUERRERA F., *"Compiti" e responsabilità del socio di controllo*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, 506.
- GUERRERA F., *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004.
- GUERRIERI G., *I sindaci nel nuovo sistema concorsuale: gli artt. 2477 c.c. e 14 c.c.i.i.*, in *Rivista ODC*, 1, 2020, 221.
- GUERRIERI G., *Il collegio sindacale e il sindaco unico nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 228.
- GUIDOTTI R., ADDAMO S., *L'esdebitazione nella liquidazione giudiziale*, in AA.VV., *Crisi e insolvenza dopo il Correttivo ter*, diretto da M. Irrera, S.A. Cerrato, Bologna, 2024.
- GUIDOTTI R., *La composizione negoziata e la direttiva Insolvency; prime note*, in *Diritto della crisi*, 2 febbraio 2022.
- GUIDOTTI R., *La sospensione degli obblighi relativi al capitale e della causa di scioglimento collegata*, in AA.VV., *La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento (d.l. 118/2021 conv. in l. 147/2021)*, diretto da M. Irrera, S.A. Cerrato e coordinato da F. Pasquariello, Bologna, 2022.
- GUIDOTTI R., *Presupposti "interni" ed "esterni" della composizione negoziata della crisi d'impresa ed avvio del procedimento*, in *Nuovo dir. soc.*, 2021, 1623.
- GUIDOTTI R., *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 8 settembre 2021.
- GUIOTTO A., *La nuova "allerta" nella declinazione degli assetti organizzativi*, in *Fall.*, 2022, 1185.

- GUIZZI G., *Lobbying e diritto societario: note critiche intorno alla proposta di riforma dell'art. 2407 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2024, 251 ss.
- GUZZI G., *Partecipazioni qualificate di società in altra società: le fattispecie del controllo e del collegamento*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, nn. 5-8, 256.
- HOMMELHOFF P., *Verernetzte Aufsichtsratsüberwachung im Konzern*, in *ZGR*, 1996, 163.
- HOUBEN M., *La nomina obbligatoria dell'organo di controllo o del revisore nelle s.r.l.: i controlli necessari e la funzione preposta. Less is more?*, in *Riv. soc.*, 2024.
- HOUIN-BRESSAND C., MONSERIE-BON M.H., SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, 2022.
- INZITARI B., *L'azione del curatore per abusiva concessione di credito*, in *Diritto della crisi*, 5 agosto 2021.
- INZITARI B., *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, in AA.VV., *Le crisi dell'impresa e del consumatore dopo il d.l. 118/2021*. Liber amicorum di Alberto Jorio, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2021.
- INZITARI B., *Crisi, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, 355.
- INZITARI B., *Il curatore è legittimato all'azione di responsabilità verso gli amministratori e la banca per abusiva concessione di credito e aggravamento del dissesto*, in *Dir. fall.*, 2017, I, 720 ss.
- INZITARI B., *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis, l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Contr. impr.*, 2011, 1320.
- IRACE A., sub art. 2497, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli, V. Santoro, Torino, 2003, 317.
- IRRERA M., *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni fra vecchie e nuove clausole generali*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 358.
- IRRERA M., *Profili di corporate governance della società per azioni tra responsabilità, controlli e bilancio*, Milano, 2009.
- IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005.
- JEANTIN M., LE CANNU P., *Droit commercial. Entreprises en difficulté*, Paris, 2006.
- JORIO A., *Qualche ulteriore considerazione sul D.L. 118/2021, e ora sulla legge 21 ottobre 2021, n. 147*, *Quad. ristr. aziend.*, 2022.
- JORIO A., *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulla riforma*, in *Diritto della crisi*, 1° ottobre 2021.
- JORIO A., *Sulle nozioni di crisi e di insolvenza prospettica*, in *Giur. comm.*, 2020, II, 1474.

- JORIO A., *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. Scritti in onore di Michele Sandulli*, Torino, 2019.
- JORIO A., *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 283.
- JORIO A., *Crisi d'impresa e controlli interni*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, 3, Torino, 2007.
- JORIO A., *I gruppi*, in AA.VV., *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura di S. Ambrosini, Torino, 2003.
- KLING D., *Le commissaire aux comptes et la prévention*, in *Rev. jurisp.com.*, 2001, 10.
- KUTUFÀ I., *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010.
- LAMANDINI M., *Il "controllo". Nozione e "tipo" nella legislazione economica*, Milano, 1995.
- LAMANNA F., *Il codice della crisi e dell'insolvenza dopo il secondo correttivo*, Milano, 2022.
- LAMANNA F., *Insolvenza, crisi e pre-crisi nel Codice della crisi, a valle della emanazione del Decreto Attuativo della Direttiva Insolvency*, in *Diritto della crisi*, 22 agosto 2022
- LAMANNA F., *Composizione negoziata e nuove misure per la crisi d'impresa*, 2021.
- LAMANNA F., *Nuove misure sulla crisi d'impresa del d.l. 118/2021: Penelope disfa il Codice della crisi recitando il "de profundis" per il sistema dell'allerta*, in *Il Fallimentarista*, 25 agosto 2021.
- LA SALA G.P., *La responsabilità da abusiva concessione del credito alle imprese nella prospettiva del codice civile (con qualche riflessione critica sugli orientamenti della giurisprudenza recente)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, 805 ss.
- LATELLA D., *Sistema dei controlli interni e organizzazione della società per azioni*, Torino, 2018.
- LAZOPPINA G., *La crisi di impresa alla luce del nuovo diritto fallimentare*, in *Il Fallimentarista*, 1 febbraio 2019.
- LENER G., *Considerazioni intorno al plusvalore da continuità alla "distribuzione" del patrimonio (tra regole di priorità assoluta e regole di priorità relativa)*, in *Diritto della crisi*, 25 febbraio 2022.
- LENZI D., *I doveri dei creditori*, Milano, 2022.
- LEONCINI L., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999.
- LEUZZI S., *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal d.l n.118 del 2021*, in *Diritto della crisi*, 28 settembre 2021.
- LEUZZI S., *Indicizzazione della crisi d'impresa e ruolo degli organi di controllo: note a margine del nuovo sistema*, in *www.ilcaso.it*, 28 ottobre 2019.
- LIBERTINI M., *La funzione di controllo nell'organizzazione della società per azioni*,

- con particolare riguardo ai c.d. sistemi alternativi, in AA.VV., *Dialogo sul sistema dei controlli nelle società*, a cura di P. Abbadessa, Torino, 2015.
- LIBERTINI M., *La funzione di controllo nell'organizzazione delle società per azioni, con particolare riguardo ai c.d. sistemi alternativi*, in *Riv. dir. soc.*, 2014, 28.
- LIBERTINI M., *Commento art. 2403-bis*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. d'Alessandro, II, 2, Padova, 2011, 248.
- LIBONATI B., *L'impresa e le società*, Milano, 2004.
- LIBONATI B., *Gli atti compiuti dalla società controllata a favore della società controllante*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, II, 220.
- LO CASCIO G., *Il rischio d'insolvenza: le nuove frontiere europee*, in *Fall.*, 2015, 733.
- LO CASCIO G., *Disciplina dell'impresa in crisi e tutela del ceto creditorio*, in *Fall.*, 1996, II, 924.
- LOMBARDI G., BELTRAMI P.D., *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 713.
- LUCAS F.X., DAMMANI R., *Faut-il déjà réformer la réforme du 12 mars 2014?*, in *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, 1° marzo 2014, 143.
- LUCIANO A.M., *Adeguatezza organizzativa e funzioni aziendali di controllo nelle società bancarie e non*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, I, 362.
- LUMINOSO A., *Il mandato e la commissione*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 12, Torino, 1985, 389.
- LUTTER M., *Das Unvollendete Konzernrecht*, in *Festschrift für K. Schmidt*, Köln, 2009, 1070.
- LUTTER M., *Der Aufsichtsrat im Konzern*, in *AG*, 2006, 517.
- MACRÌ U., *La legislazione italiana e le misure di risanamento nella Raccomandazione UE 2014/135 e nel Regolamento 2015/343*, in *Fall.*, 2015, 1039.
- MAFFEI ALBERTI A., *Crisi dell'impresa, continuazione dell'attività e composizione negoziata*, in *Quad. ristr. aziend.*, 2022, 1, 108.
- MAFFEI ALBERTI A., *La nozione di insolvenza: un concetto che muta. Crisi finanziaria, crisi strutturale ed insolvenza d'impresa: economia e diritto a confronto*, in *Fall.*, 1988, 897.
- MAINETTI F., sub art. 2409 c.c., in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2004.
- MAINETTI F., *Note in tema di controllo giudiziario delle società: alcune decisioni recenti*, in *Giur. it.*, 1999, 2049.
- MAGNANI P., sub artt. 2409 sexiesdecies-2409 noviesdecies, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005.
- MAGNANI P., sub art. 2403-bis, in *Commentario alla riforma delle società. Collegio sindacale, Controllo Contabile. Artt. 2397-2409-septies*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2005.
- MANCUSO F., sub art. 2409 sexiesdecies-noviesdecies, in AA.VV., *Le società per azioni*, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, Milano, 2016.
- MARCHETTI P., *Del dovere di direzione e coordinamento: l'approdo al Codice della crisi di impresa di un tema caro a Paolo Ferro-Luzzi*, in *Riv. soc.*, 2022, 1412.
- MARCHETTI P., *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in AA.VV., *I gruppi di*

- società. *Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, a cura di P. Balzarini, G. Carcano, G. Mucciarelli, II, Milano, 1996.
- MARCHETTI P., *Riforma del collegio sindacale e ruolo dei revisori*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 106.
- MARCHISIO E., *La «corretta gestione» della società eterodiretta ed il recepimento delle direttive (programmatiche o solo accidentalmente) dannose*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 923.
- MARCHISIO, *Note sulle azioni di responsabilità ex art. 2497 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, 229.
- MAZZONI A., *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010.
- MAUGERI M., *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, in *Rivista ODC*, 2014, 12.
- MAUGERI M., *Partecipazione sociale e attività d'impresa*, Milano, 2010.
- MERUZZI M., *L'adeguatezza degli assetti*, in AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, diretto da M. Irrera, Bologna, 2016.
- MERUZZI M., *L'informativa endo-societaria nella società per azioni*, in *Contr. impr.*, 2010, 737.
- MEO G., "Business Judgement Rule" e crisi, in *Riv. soc.*, 2024, I, 576 ss.
- MINERVINI V., *Composizione negoziata, norme unionali e (nuovo) Codice della crisi*, in *Diritto della crisi*, 30 marzo 2022.
- MINUTOLI G., *La multiforme nozione di impresa agricola alla prova del codice della crisi*, in *Fall.*, 2023, 943.
- MIOLA M., *Crisi dei gruppi e finanziamenti infragruppo nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2019, 306.
- MIOLA M., *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, III, Milano, 2015.
- MIOLA M., *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi, 3, Torino, 2014.
- MIOLA M., *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, II, 1109.
- MIOLA M., *Tesoreria accentrata nei gruppi di società e capitale sociale*, in AA.VV., *La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capitali. Studi in onore di Giovanni E. Colombo*, Torino, 2011,
- MIOLA M., *Il diritto italiano dei gruppi de iure condendo: i gruppi e i creditori*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 409.
- 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, I, 183.
- MIRONE A., *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta*, in *Rivista ODC*, 2020, 34.

- MITROFF I., PAUCHANT T., *Crisis Management: an integrated approach*, Document special, Faculté des Sciences de l'Administration, 1988.
- MODICA L., *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, Milano, 2008.
- MOLLO G., *La "Business Judgment Rule" tra tenuta giurisprudenziale e vantaggi di una cornice normativa per l'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. impr.*, 2017, 133.
- MONTAGNANI C., *Il controllo giudiziario nel gruppo*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, 432.
- MONTALENTI P., *Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 829.
- MONTALENTI P., *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta dalla "Proposta Rordorf" al Codice della crisi*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali*. In ricordo di Michele Sandulli, Torino, 2019.
- MONTALENTI P., *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 62.
- MONTALENTI P., *I principi di corretta amministrazione: una nuova clausola generale*, in AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, diretto da M. Irrera, *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, Bologna, 2016.
- MONTALENTI P., *Il diritto concorsuale tra passato e futuro: introduzione*, relazione tenuta al XXX Convegno di studio su *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo*, Courmayeur, 23-24 settembre 2016, p. 7, reperibile su www.cnpds.it.
- MONTALENTI P., *L'informazione e il diritto commerciale: principi e problemi*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 786.
- MONTALENTI P., *Interesse sociale, interesse di gruppo e gestione dell'impresa nei gruppi di società*, in *La riforma del diritto societario dieci anni dopo. Per i quarant'anni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2015.
- MONTALENTI P., *Nuove clausole generali nel diritto commerciale tra civil law e common law*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2015, 133.
- MONTALENTI P., *Corporate Governance e sistema dei controlli*, in AA.VV., *Corporate Governance e "sistema dei controlli" nella s.p.a.*, a cura di U. Tombari, Torino, 2014.
- MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, 42.
- MONTALENTI P., *Il sistema dei controlli societari: un quadro d'insieme*, in AA.VV., *Il sistema dei controlli nelle società di capitali*, a cura di G. Cottino, P. Montalenti, in *Giur. it.*, 2013, 2175.
- MONTALENTI P., *Il sistema dei controlli nella s.p.a. e nella s.r.l.: proposte di riforma*, in *Nuovo dir. soc.*, 2012, 9.
- MONTALENTI P., *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi fra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 828.
- MONTALENTI P., *Le operazioni con parti correlate tra efficienza gestionale nei gruppi e rischi di conflitti di interessi: quale disciplina?*, in *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni*, Atti del Convegno Courmayeur 25-26 settembre 2009, Milano, 2010, 148.

- MONTALENTI P., *I gruppi di società*, in AA.VV., *La società per azioni*, in *Tratt. Cottino*, Padova, 2010, 1047.
- MONTALENTI P., *Il modello dualistico: alta amministrazione e funzioni di controllo tra autonomia privata e regole imperative*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008. I, 697.
- MONTALENTI P., *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 317.
- MONTALENTI P., *Conflitto di interessi e funzione di controllo: collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, revisori*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 555.
- MONTALENTI P., *L'amministrazione sociale del testo unico alla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 442.
- MONTALENTI P., *La riforma del diritto societario: profili generali*, in AA.VV., *La riforma delle società*, a cura di S. Ambrosini, Torino, 2003.
- MONTALENTI P., *Operazioni intragruppo e vantaggi compensativi: l'evoluzione giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 1999, 2319.
- MONTALENTI P., *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance. Studi in tema di società per azioni*, Padova, 1999.
- MONTALENTI P., *Conflitto di interessi nei gruppi e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 710.
- MORERA U., *Il presidente del collegio sindacale*, in AA.VV., *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, a cura di R. Alessi, N. Abriani, U. Morera, Milano, 2007.
- MOSCO G.D., LOPREIATO S., *Brevi note su opportunità e limiti attuali del sistema monistico*, in AA.VV., *S.p.A. e sistema monistico: Tu vuo' fa' l'americano*, a cura di M. Cera, G. Presti, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2016.
- MONSERIE-BON M.H., *Entreprises en difficulté. Détection des difficultés*, Paris, 2011.
- MOZZARELLI M.C.M., *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010.
- MOZZARELLI M.C.M., *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori*, Torino, 2007.
- MUSARDO M.G., *La conservazione del patrimonio nella gestione della società*, Milano, 2020.
- MUSARDO M.G., *Ordinaria e straordinaria amministrazione nell'esercizio dell'attività d'impresa*, nota a Trib. Milano, 19 maggio 2018, in *Giur. it.*, 2019, 879.
- NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, Milano, 1967.
- NEGRO E.M., *Conversazione estemporanea sulla riforma dell'art. 2407 c.c.*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 17 marzo 2025.
- NIEDDU ARRICA F., *Lo scetticismo del revisore sugli assetti contabili*, in *Soc.*, 2024, 69.
- NIEDDU ARRICA F., *I principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale nella prospettiva della tutela dei creditori*, Torino, 2016.
- NIGRO A., *I gruppi nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: notazioni generali*, in AA.VV., *I gruppi nel codice della crisi*, a cura di D. Vattermoli, Pisa, 2020, 29.

- NIGRO A., "Principio" di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di s.p.a., in *Giur. comm.*, 2013, I, 479.
- NIGRO A., sub art. 5, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, Torino, 2006.
- OLIVERI G., *La rilevanza giuridica del consolidato*, in *Tratt. Colombo-Portale*, VII, Torino, 1994.
- OPPO G., *Impresa e imprenditore. I) Diritto commerciale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVI, Roma, 1989, 13.
- ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI MILANO – COMMISSIONE CONTROLLO SOCIETARIO, *Sistemi di allerta interna. Quaderno n. 71*, a cura di D. Bernardi e M. Talone, 2017.
- OUCHINSKY N., *Aspects pratiques et réforme du droit de l'insolvabilité*, Anthemis, 2024.
- PACCHI S., *Il ritorno del revisore contabile nel mosaico delle segnalazioni della crisi e dell'insolvenza dopo il d.lgs. 136/2024*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 13 novembre 2024.
- PACCHI S., *L'allerta tra la reticenza dell'imprenditore e l'opportunismo del creditore. Dal Codice della crisi alla composizione negoziata*, in *Dir. fall.*, 2022, I, 501.
- PACCHI S., *Le segnalazioni per la anticipata emersione della crisi. "così è se vi pare"*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 9 agosto 2022.
- PACCHI S., *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 9 agosto 2021.
- PAGNI I., FABIANI M., *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata e viceversa*, in *Diritto della crisi*, 2 novembre 2021.
- PANIZZA A., *Adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili: aspetti (teorici ed) operativi*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 11 agosto 2021.
- PARGENDLER M., *The new corporate law of corporate groups*, in *Harvard Business Law Review*, v. 14, 2024, 339 ss.
- PAVAN A., *Assetto organizzativo e probabilità di crisi dell'impresa*, in *Soc.*, 2023, 751.
- PAVONE LA ROSA A., *Gruppi di imprese e informazione societaria*, in AA.VV., *L'informazione societaria. Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 5-6-7 novembre 1981*, a cura di P. Alvisi, P. Balzarini, G. Carcano, II, Milano, 1982.
- PENNISI R., *Considerazioni sul gruppo di imprese nel nuovo codice della crisi*, in AA.VV., *La crisi d'impresa nel nuovo codice: problemi e prospettive*, a cura di F. Barachini, Torino, 2024, 85 ss.
- PERLINGIERI P., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987.
- PETTIROSSI V., *Il ruolo dei creditori pubblici qualificati nell'emersione tempestiva della crisi. Implicazioni delle segnalazioni per il governo dell'impresa*, in *Dir. fall.*, 2022, 1186.
- PISTOR K., *Law in the Time of COVID-19*, Columbia Law School, 2020.
- POLI S., *Il "concordato di gruppo": ii) verifica critica degli approdi giurisprudenziali*

- con tentativo di ricavare dal sistema le chiavi per un parziale superamento del dogma della separazione delle masse (attive) (Parte II)*, in *Contr. impr.*, 2015, 109.
- POLLIO M., *Dissesto in cerca di definizione*, in *ItaliaOggi*, 19 agosto 2024.
- POLLIO M., *La tempestiva emersione della crisi dimentica l'insolvenza*, in *ItaliaOggi*, 3 agosto 2024.
- PANZANI L., *Lo schema di decreto correttivo del codice della crisi. Prime considerazioni*, in *dirittodellacrisi.it*, 17 luglio 2024.
- PANZANI L., *Osservazioni ragionate sulla proposta di una nuova Direttiva di armonizzazione delle leggi sull'insolvenza*, in *Diritto della crisi*, 13 gennaio 2023.
- PANZANI L., *L'imprenditore insolvente nella composizione negoziata*, in *Fall.*, 2023, 260.
- PANZANI L., *Codice della crisi e gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 2022, 1330.
- PANZANI L., *La composizione negoziata dopo lo schema di decreto legislativo del C.d.M. del 17 marzo 2022*, in *Diritto della crisi*, 19 aprile 2022.
- PANZANI L., *La composizione negoziata alla luce della Direttiva Insolvency*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 31 gennaio 2022.
- PANZANI L., *La disciplina degli assetti ai fini della rilevazione della crisi con particolare riferimento alla S.r.l.*, in AA.VV., *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi*, a cura di M. Irrera, Torino, 2020.
- PANZANI L., *Il preventive restructuring framework nella direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi. Assonanze e dissonanze*, in *www.ilcaso.it*, 14 ottobre 2019.
- PANZANI L., *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Soc.*, 2002, 1477.
- PASQUARIELLO F., MANSOLDO S., *Introduzione. doveri delle parti. gestione interinale*, in AA.VV., *Crisi e Insolvenza dopo il Correttivo ter*, a cura di M. Irrera, S.A. Cerrato, Bologna, 2024, 212.
- PEDERZINI E., *La funzione di controllo interno nelle società a responsabilità limitata e la scelta imperfetta tra sindaco e revisore*, in *Riv. soc.*, 2023, 415.
- PEDERZINI E., *Sindaco e revisore tra norme imperative e scelte facoltative. La funzione del controllo interno nella società a responsabilità limitata*, in AA.VV., *La governance della società a responsabilità limitata*, a cura di E. Pederzini, R. Guidotti, II ed., Milano, 2022.
- PERRINO M., *Crisi di impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in *Corr. giur.*, 2019, 653.
- PETROBONI G., *Il sistema monistico: una proposta di lettura a partire dalle regole relative alla responsabilità*, in *Riv. dir. soc.*, 2017, 1003.
- POLICARO G.A., *Il governo dei gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto del governo delle imprese*, diretto da M. Irrera, II ed., Torino, 2020.
- POLICARO G.A., *"Sistemi di allerta interna": il quaderno n. 71 della Commissione Controllo Societario dell'ODCEC di Milano*, in *Nuovo dir. soc.*, 2017, 1076.
- PRESCIANI C., (voce) *Assetti Organizzativi d'impresa*, in *Digesto delle discipline privatistiche (sez. comm.)*, Agg. IX, Torino, 2022.

- PRESTI G., *Le s.r.l. (e non solo) e l'obbligo di segnalazione: alla ricerca dell'obbligato*, in AGE, 2023, 132.
- PRESTI G., *Le banche e la composizione negoziata della crisi*, in *www.dirittodella crisi.it*, 9 febbraio 2023.
- PRESTI G., RESCIGNO M., *Corso di diritto commerciale*, II, XI ed., Bologna, 2023.
- PRESTI G., *Stato di crisi stato di insolvenza*, in AA.VV., *Crisi di impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso, L. Panzani, I, Torino, 2016, 400.
- PRESTI G., *La S.r.l. e la scomparsa dell'art. 2409 c.c.: la difficile "elaborazione" del lutto*, in *Il diritto delle società oggi: innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, Milano 2011.
- PRESTI G., *Rigore è quando l'arbitro fischia?*, in *Fall.*, 2009, 28.
- PRINCIPE A., *Il controllo giudiziario nel governo societario*, Milano, 2008.
- PROVIDENTI S., *Commento sub art. 2403-bis*, in *Commentario al codice civile. La riforma del diritto societario*, V, *Società per azioni*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003, 283.
- PAULUS C., *Group Insolvency – Some Thoughts About New Approaches*, in 42 *Texas Int'l L. Jour.*, 2007, 828.
- QUAGLI A., *Una riflessione da aziendalista sull'emersione anticipata della crisi: quadro attuale e sviluppi futuri*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 21 febbraio 2024.
- QUAGLI A., *Il concetto di crisi d'impresa come incontro tra la prospettiva aziendale e quella giuridica*, in *Crisi d'Impresa*, 2016, 3.
- QUATTROCCHIO L., *Gli assetti adeguati, la tempestiva emersione della crisi, l'allerta e le segnalazioni dei creditori pubblici qualificati*, in AA.VV., *Lineamenti di diritto della crisi e dell'insolvenza*, a cura di M. Irrera, F. Pasquariello, M. Perrino, Bologna, 2023.
- RACUGNO G., sub art. 2477, in *Comm. Niccolini-Stagno d'Alcontres*, Napoli, 2004.
- RAGUSA MAGGIORE G., *Identità di temporanea difficoltà e insolvenza: un suggerimento al futuro legislatore*, in *Dir. fall.*, 1995, II, 517.
- RANALLI R., *Alcune riflessioni aziendalistiche sulla viability of the business della direttiva Insolvency, con particolare (ma esclusivo) riguardo al concordato in continuità*, in *Diritto della crisi*, 2 gennaio 2023.
- RANALLI R., *Adeguatezza degli assetti organizzativi. Indicatori e prevenzione della crisi tra tecnica e diritto*, in *Crisi d'impresa. Prevenzione e gestione dei rischi: nuovo codice e nuova cultura*, a cura di P. Montalenti, M. Notari, Milano, 2021.
- RANALLI R., *Le misure di allerta. Dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'OCRI*, Milano, 2019.
- RANALLI R., *Definiti gli indici di crisi e il percorso di rilevazione dei suoi fondati indizi*, in *Il Fallimentarista*, 23 settembre 2019.
- RANALLI R., *Il codice della crisi gli "indicatori significativi": la pericolosa conseguenza di un equivoco al quale occorre porre rimedio*, in *www.ilcaso.it*, 12 novembre 2018.
- RANALLI R., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e le convenzioni di moratoria. Profili aziendalistici*, in *Tratt. proc. conc. Jorio e Sassani*, Milano, 2017.

- RANALLI R., *Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi: insidie ed opportunità*, in *Il Fallimentarista*, 31 ottobre 2017.
- RANALLI R., *Gli indicatori di allerta nel testo del disegno di legge delega della riforma fallimentare approvato dalla Camera; esame critico; rischi per il sistema delle imprese*, in *www.ilcaso.it*, 14 febbraio 2017.
- RANALLI R., *La scelta dello strumento di risanamento della crisi aziendale*, in *Fall.*, 2012, 501.
- REGOLI D., sub art. 151 ter, in AA.VV., *Il testo unico della finanza*, a cura di M. Fratini e G. Gasparri, Torino, 2012, 2061.
- REGOLI D., *La funzione di controllo nel sistema monistico*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010.
- RESCIGNO M., *La Consob e la corporate governance: prime riflessioni sulla comunicazione Consob 20 febbraio 1997 in materia di controlli societari*, in *Riv. soc.*, 1997, 767.
- RICCIARDELLO E., *La crisi dell'impresa di gruppo tra strumenti di prevenzione e di gestione*, Milano, 2020.
- RIMINI E., *Il controllo contrattuale*, Milano, 2002.
- RIOLFO G., *Codice della crisi d'impresa, meccanismi di allerta interni e sistema monistico: luci e ombre del modello alla luce di tali novità normative*, in *Contr. e impr.*, 2021, 108.
- 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. e impr.*, 2019, 410.
- RIVARO R., *Attività di direzione e coordinamento e regolamenti di gruppo*, nota a Trib. Cagliari, 14 aprile 2011, in *Giur. comm.*, 2013, II, 687.
- RIVOLTA G.M., *Gli atti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 111.
- ROCCO DI TORREPADULA N., *Aspetti della crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2018, 1096.
- RONDINONE N., *I gruppi fra diritto societario e diritto dell'impresa*, Pisa, 2023.
- 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, 594.
- RORDORF R., *L'obbligo delle banche di comunicare le modifiche degli affidamenti agli organi di controllo delle società loro clienti ex art. 14, comma 4, CCII*, in *Diritto della crisi*, 4 maggio 2021.
- RORDORF R., *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2019, 929.
- RORDORF R., *Brevi note in tema di controllo giudiziario sulla gestione delle società previsto dall'art. 2409 c.c.*, in *Soc.*, 2015, 1210.
- RORDORF R., *Tutela dei diritti e ragionevolezza economica*, in *Quest. giust.*, 2013, n. 6, 20.
- RORDORF R., *La responsabilità civile degli amministratori di S.p.A. sotto la lente della giurisprudenza*, in *Soc.*, 2008, 1195.

- RORDORF R., *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in Soc., 2004, 544.
- ROSSETTI S., *Presupposti e condizioni per l'accesso alla composizione negoziata. Il valore perseguibile: il risanamento dell'impresa*, in Diritto della crisi, 3 aprile 2023.
- ROSSI ANT., sub 12, *Commentario breve alle leggi su crisi d'impresa dell'insolvenza*, a cura di A. Maffei Alberti, Milano, 2023.
- ROSSI ANT., *I presupposti della CNC, tra debiti dell'imprenditore e risanamento dell'impresa*, in Diritto della crisi, 30 novembre 2021.
- ROSSI ANT., *Dalla crisi tipica ex cci alle persistenti alterazioni delle regole di azione degli organi sociali nelle situazioni di crisi atipica*, in *www.ilcaso.it*, 11 gennaio 2019.
- ROSSI ANT., *Dalla crisi tipica ex CCII alla resilienza della twilight zone*, in Fall., 2019, 291.
- ROSSI ANT., *La legge delega per la riforma delle discipline della crisi d'impresa: una prima lettura*, in Soc., 2017, 1381.
- ROSSI G., *Il fenomeno dei gruppi e il diritto societario: un nodo da risolvere*, in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi, Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, a cura di P. Balzarini, G. Carcano, G. Mucciarelli, III, Milano, 1996.
- ROSSI S., sub art. 2409, *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Delle società – Dell'azienda – Della concorrenza*, a cura di D. Santosuosso, II, Milano, 2015, 576.
- ROSSI S., *Autotutela ed eterotutela delle minoranze*, in Riv. dir. comm., 2010, 524.
- ROVELLI L., *Dall'insolvenza alla crisi dell'impresa. Ricadute sul diritto societario*, in Dir. affari, 2020, 7.
- RUGGIERO V., *La responsabilità del collegio sindacale per omessa vigilanza anche in relazione alle "norme di comportamento" del consiglio nazionale dei dottori commercialisti*, in Dir. fall., 2015, 424.
- RUGOLO G., *La direzione unitaria nel gruppo cooperativo*, Torino, 2021.
- RUSSO R., *Start up innovativa, impresa minore e composizione negoziata. un trionfo complesso nella cornice del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in Giur. comm., 2023, I, 980.
- RUSSO R., *Il Giano bifronte della composizione negoziata: la circolazione dell'azienda tra nuovo dato legislativo e problemi irrisolti*, in Dir. fall., 2022, 1210.
- RUSSO R., *Collegio sindacale e impresa in crisi*, Milano, 2021.
- RUSSO R., *Collegio sindacale e prevenzione della crisi d'impresa*, in Giur. comm., 2018, I, 126.
- SACCHI R., *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in AA.VV., *Diritto societario e crisi d'impresa*, a cura di U. Tombari, Giappichelli, Torino, 2014.
- SACCHI R., *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in Giur. comm., 2014, I, 304.
- SACCHI R., *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in Giur. comm., 2003, I, 661.

- SALAFIA V., *La responsabilità della holding verso i soci di minoranza delle controllate*, in *Soc.*, 2003, 395.
- SALVATI A., *La tutela aquiliana nei confronti dell'amministrazione finanziaria*, Napoli, 2020.
- SALVI C., *La responsabilità civile*, Milano, 2019.
- SANDULLI M., *Il presupposto oggettivo*, in *Tratt. proc. conc. Jorio e Sassani*, I, Milano, 2014, 163.
- SANDULLI M., *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2009, 1107.
- SANFILIPPO P.M., *Il controllo di meritevolezza sugli statuti di società*, in *Giur. comm.*, 2015, 159.
- SANTAGATA C., sub artt. 1710-1721, *Del mandato. Delle obbligazioni del mandatario. Delle obbligazioni del mandante*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1998.
- SANTAGATA R., *Assetti organizzativi adeguati e diritti particolari di "ingerenza gestoria" dei soci*, in *Riv. soc.*, 2020, 1455.
- SANTAGATA R., *Sulla ristrutturazione del gruppo mediante costituzione di una società in nome collettivo funzionale al concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2015, 641.
- SANTAGATA R., *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum di Gian Franco Cambobasso*, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, 3, Torino, 2007.
- SANZO S., *Istanza di fallimento ed insolvenza prospettica: ovvero le regole della crisi prima che entri in vigore la disciplina dell'allerta*, in *Il Fallimentarista*, 18 ottobre 2019.
- SBISÀ G., sub art. 2497, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna-Roma, 2014.
- SCALISI V., *Forma solenne e regolamento conformato: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti?*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 420.
- SCARPA D., *Controllo societario nel fenomeno dei gruppi tra contrattualismo e interesse sociale*, in *Contr. impr.*, 2011, 661.
- SCHWARZ F.T. et al. (eds.), *Contractual Performance and COVID-19: An In-Depth Comparative Law Analysis*, 28 April 2020.
- SCIARRONE ALIPRANDI A., M. MOZZARELLI, *Disciplina della crisi e «tipologie» di debitori*, in AA.VV., *La crisi d'impresa nel nuovo codice: problemi e prospettive*, a cura di F. Brachini, Torino, 2024.
- SCIUTO M., *Quel che resta degli obblighi di segnalazione nel Codice della crisi*, in *Il Fallimentarista*, 29 luglio 2022.
- SCOGNAMIGLIO G., *La gestione dei gruppi di imprese nella prospettiva del risanamento. Spunti dalla recente disciplina della "composizione negoziata della crisi"*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 6 maggio 2022.
- SCOGNAMIGLIO G., *I gruppi di imprese nel CCII: tra unità e pluralità*, in *Soc.*, 2019, 414 ss.
- SCOGNAMIGLIO G., *"Clausole generali", principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Studi in ricordo di P.G. Jaeger*, Milano, 2011.

- SCOGNAMIGLIO G., *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 137.
- SCOGNAMIGLIO G., *I gruppi di società*, in *Diritto commerciale*, VI ed., Bologna, 2007.
- SCOGNAMIGLIO G., *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003,
- SCOGNAMIGLIO G., *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996.
- SEMEGHINI D., *Il dibattito statunitense sulla business judgment rule: spunti per una rivisitazione del tema*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, 208.
- SEMLER J., *Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1996.
- SFAMENI P., sub art. 2403 c.c., in AA.VV., *Le società per azioni. Codice civile e leggi complementari*, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, I, Milano, 2016.
- SILVESTRI K., *La Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto dell'insolvenza*, in *Diritto della crisi*, 17 gennaio 2023.
- SOLDATI N., *La denuncia al Tribunale ex art. 2409 c.c.*, in *La "nuova" s.r.l.*, a cura di M. Bione, R. Guidotti, E. Pederzini, in *Tratt. Galgano*, vol. LXV, Padova, 2012.
- SPADA P., *L'alienazione del governo della società per azioni*, in *I Gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi, Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, III, a cura di P. Balzarini, G. Carcano, G. Mucciarelli, Milano, 1996.
- SPADARO M., *Il curatore e l'azione per abusiva concessione del credito*, in *Fall.*, 2023, 1122.
- SPADARO M., *Composizione negoziata della crisi: gli orientamenti della giurisprudenza ad un anno dall'esordio*, in *Fall.*, 2023, 109.
- SPADARO M., *La composizione negoziata della crisi delle imprese sottosoglia*, in *Fall.*, 2022, 312.
- SPIOTTA M., *L'interesse del socio ad opporsi all'omologa del concordato fallimentare (rectius nella liquidazione giudiziale): tra legge fallimentare e Codice della crisi*, in *Fall.*, 2023, 41.
- SPIOTTA M., *Insolvenza (non ancora) prospettica: quali rimedi?*, nota a Trib. Milano, 9 ottobre 2019, in *Fall.*, 2020, 124.
- SPIOTTA M., *La continuità aziendale: una nuova "stella polare" per il legislatore*, in AA.VV., *UE e disciplina dell'insolvenza (I parte)*, a cura di L. Boggio, in *Giur. it.*, 2018, 265.
- SPIOTTA M., *La responsabilità*, in AA.VV., *Diritto del governo delle imprese*, diretto da M. Irrera, Torino, 2016, 310.
- SPIOTTA M., *La responsabilità civile del revisore legale in base all'art. 15 del d.lgs. 39/2010*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 697.
- SPOLIDORO M.S., *I soci dopo l'accesso a uno strumento di regolazione della crisi*, in *Riv. soc.*, 2023 1267.

- 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, 266.
- SPOLIDORO M.S., *Procedure d'allerta, poteri individuali degli amministratori non delegati e altre considerazioni sulla composizione anticipata della crisi*, in *Riv. soc.*, 2018, 179.
- STELLA RICHTER JR M., *E pluribus unum. Riflessioni sul sindaco unico nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2012, 174.
- STRAMPELLI G., *Sistemi di controllo e indipendenza nelle società per azioni*, Milano, 2013.
- STRAMPELLI G., *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Riv. soc.*, 2012, 645.
- SUDIERO F., *La prescrizione dell'azione sociale verso i revisori: "il re è nudo?"*, nota a Corte costituzionale 1° luglio 2024, n. 115, in *Giur. it.*, 2025, 583 ss.
- SUDIERO F., *La responsabilità del "creditore pubblico qualificato" nell'aggravamento del dissesto, paper per il XVI Convegno Annuale dell'associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale "Orizzonti Del Diritto Commerciale": "Stato, Imprese, Mercati in un mondo alla ricerca di nuovi equilibri"*, Roma, 21-22 febbraio 2025.
- SUDIERO F., *Il nesso di causalità nella responsabilità concorrente dell'organo di controllo: note per un nuovo tentativo ricostruttivo*, in *Giur. comm.*, 2023, I, 246.
- SUDIERO F., *L'allerta interna di cui all'art. 15 del decreto legge n. 118/2021: un nuovo potere «proattivo» dell'organo di controllo ed un confronto con l'art. 14 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in AA.VV., *La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento. D.l. 118/2021 conv. in l. 147/2021*, diretto da M. Irrera, S.A. Cerrato e coordinato da F. Pasquariello, Bologna, 2022.
- SUDIERO F., *Codice della crisi e misure di allerta: nuove frontiere e nuove prospettive in tema di responsabilità del collegio sindacale?*, in *Nuovo dir. soc.*, 2021, 1901.
- SUDIERO F., *Codice della crisi e misure di allerta: nuove frontiere e nuove prospettive in tema di responsabilità del collegio sindacale?*, in AA.VV., *Le crisi dell'impresa e del consumatore dopo il d.l. 118/2021. Liber amicorum di Alberto Jorio*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2021.
- SUDIERO F., *La responsabilità cangiante del gestore della crisi: una prima panoramica*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 1043.
- SUDIERO F., *La tutela risarcitoria del socio tra danno diretto e danno riflesso*, Torino, 2020.
- SUDIERO F., *Responsabilità del sindaco senza (con)fine: rischio di "un'attività di controllo difensiva"?*, in *Banca impr. soc.*, 2, 2020, 289.
- SUDIERO F., *La giurisprudenza, la 'medicina difensiva' ed il ruolo del sindaco*, in *Nuovo dir. soc.*, 2020, 29.
- SUDIERO F., *Il collegio sindacale "di gruppo" e continuità aziendale: tra «fondati indizi della crisi» e vantaggi compensativi «fondatamente prevedibili»*, in AA.VV., *Impresa e rischio. Profili giuridici del risk management*, a cura di S.A. Cerrato, Torino, 2019.
- SUDIERO F., *Responsabilità dei sindaci per omesso esercizio dell'azione di responsabilità contro gli amministratori principi e problemi*, in *Nuovo dir. soc.*, 2017, 1045.

- TEDESCHI G. U., *Il collegio sindacale*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 1992.
- TEDESCHI G. U., *Il controllo giudiziario sulla gestione*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo, G.B. Portale, Torino, 1998.
- TEDESCHI G. U., *Il controllo giudiziario sull'amministrazione delle società di capitali*, Padova, 1965.
- TENCATI A., *La r.c. nelle procedure concorsuali*, Torino, 2013.
- TERRANOVA G., *Prime impressioni sul progetto di codice della crisi di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, 387.
- TERRANOVA G., *Lo stato di insolvenza. Ancora su "stato di insolvenza" e "stato di crisi"*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli, F.P. Luiso, E. Gabrielli, I. Torino, 2013.
- TERRANOVA G., *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapacienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, 547.
- TETI R., *Il controllo giudiziario*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010.
- TINA A., *Insindacabilità nel merito delle scelte gestionali degli amministratori e rinuncia all'azione sociale di responsabilità*, in *Giur. comm.*, 2001, II, 334.
- TOMBARI U., *«Il diritto dei gruppi»: primi bilanci e prospettive per il legislatore comunitario*, in *Atti del convegno di Courmayeur su «Il diritto societario riformato: bilancio di un decennio e prospettive in un quadro europeo»*, 20-21 settembre 2013, Milano, 2014.
- TOMBARI U., *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010.
- TOMBARI U., *Collegio sindacale in gruppi di società: la responsabilità dei sindaci di una s.p.a. "capogruppo"*, in AA.VV., *Responsabilità societarie e assicurazione: amministratori, sindaci e revisori*, a cura di P. Montalenti, Milano, 2009.
- TOMBARI U., *Autonomia privata e gruppi d'impresa*, Studio CNN 248-2009/I.
- TOMBARI U., *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. «di gruppo» tra disciplina legale e autonomia privata*, in *Riv. soc.* 2009, 122.
- TOMBARI U., *Sistema dualistico e potere di «alta amministrazione» del consiglio di sorveglianza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, 709.
- TOMBARI U., *Disciplina del gruppo di imprese e riflessi sulle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2004, 1164.
- TOMBARI U., *Il controllo sindacale sugli amministratori in una società per azioni dominante e dipendente. Contributo ad uno studio dei sindaci in una prospettiva "di gruppo"*, in *Riv. soc.*, 1997, 939.
- TOMBARI U., *Il gruppo di società*, Torino, 1997.
- TRENTINI C., *I presupposti*, in AA.VV., *Crisi e Insolvenza dopo il Correttivo ter*, a cura di M. Irrera, S.A. Cerrato, Bologna, 2024.
- TRENTINI C., *Presupposto soggettivo*, in *La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento (d.l. 118/2021 conv. in l. 147/2021)*, diretto da M. Irrera, S.A. Cerrato e coordinato da F. Pasquariello, Bologna, 2022.
- TRIMARCHI P., *Causalità e danno*, Milano, 1967.
- UFFICIO DEL MASSIMARIO DELLA CORTE DI CASSAZIONE, *Relazione n. 10 del 30 gennaio 2025*, reperibile su www.cortedicassazione.it.

- UFFICIO DEL MASSIMARIO DELLA CORTE DI CASSAZIONE, Relazione n. 87 del 15 settembre 2022, reperibile su www.cortedicassazione.it.
- UNIONE NAZIONALE DEI GIOVANI COMMERCIALISTI ED ESPERTI CONTABILI – COMMISSIONE PER IL COLLEGIO SINDACALE, *Il collegio sindacale nella crisi di impresa*, 1 ottobre 2014, reperibile su www.knos.it.
- UNCITRAL, *Model Law on Enterprise Group Insolvency*, “MLEGI”, 15 luglio 2019, reperibile su www.uncitral.org.
- UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law, parts One and Two* (2004), 12, reperibile su www.uncitral.org.
- VALENSISE P., *Sub art. 25-octies*, in *Il codice della crisi. Commentario* a cura di P. Valensise, G. Di Cecco, D. Spagnuolo, Torino, 2024, 192.
- VALENSISE P., *Organi di controllo nelle procedure di allerta*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 583.
- VALENSISE P., *Spigolature sul comitato per il controllo sulla gestione del sistema monistico, con particolare riguardo alle società per azioni quotate in borsa*, in AA.VV., *S.p.A. e sistema monistico: Tu vuo' fa' l'americano*, a cura di M. Cera, G. Presti, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2016.
- VALERINI F., GAMBADORO S., *La composizione negoziata della crisi d'impresa (artt. 12-25 undecies)*, in AA.VV., *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, III ed., a cura di M. Giorgetti ed A. Bonafine, Pisa, 2023.
- VALZER A., *Abuso di eterodirezione e regimi di responsabilità. La recente giurisprudenza del Tribunale di Milano*, in *Riv. dir. soc.*, 2016, 3.
- VALZER A., *Attività di direzione e coordinamento di società e denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c.*, nota a Trib. Milano 25 luglio 2008, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 125.
- VALZER A., *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Torino, 2011.
- VALZER A., *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, III, Torino, 2007.
- VASSALLI F., *Sindaci (diritto commerciale)*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, 730.
- VELLA P., *La spinta innovativa dei quadri di ristrutturazione preventiva europei sull'istituto del concordato preventivo in continuità aziendale*, in *Diritto della crisi*, 18 febbraio 2022.
- VELLA P., *Le finalità della composizione negoziata e la struttura del percorso. Confronto col c.c.i.i.*, in *Fall.*, 2021, 1492.
- VELLA F., *La società holding*, Milano, 1993.
- VENTORUZZO M., *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri*, in *Riv. soc.*, 2016, 366.
- VERDE C., *Note in tema di responsabilità del terzo per induzione all'inadempimento*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 440.
- VICARI A., *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 129.
- VIDAL D., GIORGINI G.C., *Cours de droit des enterprise en difficulté*, Issy-les-Moulineaux, 2016.

- VIDAL D., *Droit des sociétés*, Paris, 2010.
- VIDAL D., *Droit de l'entreprise en difficulté*, 2009, Paris.
- VIDAL D., «Le principe de non-immixtion», in *Rev. commissaires aux compte*, 1984, n. 8.
- VIVANTE C., *Per la riforma delle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I, 146.
- VOLANTI A., *Organizzazione, circolazione dell'informazione e trasparenza nei gruppi in crisi*, in AA.VV., *Crisi e Insolvenza dopo il Correttivo ter*, a cura di M. Irrera, S.A. Cerrato, Bologna, 2024, 2853.
- WIEDEMANN H., *Aufstieg und Krise des GmbH-Konzernrechts*, in *GmbHHR*, 2011, 1015.
- WIEDEMANN H., *Die Unternehmensgruppe im Privatrecht*, Tübingen, 1988.
- ZANARONE G., *La S.R.L. a vent'anni dalla riforma del diritto societario*, Milano, 2023.
- ZANARONE G., *I controlli nelle s.p.a. e nelle s.r.l.: due sistemi a confronto*, in AA.VV., *Dialogo sul sistema dei controlli nelle società*, a cura di P. Abbadessa, Torino, 2015.
- ZANARONE G., *Dimensioni di impresa e obbligatorietà del collegio sindacale nella s.r.l.*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011.
- ZANARONE G., *Della società a responsabilità limitata*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2010.
- ZONCA M., FOSSATI J., *I limiti di accesso alla CNC in pendenza di un ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale*, in *Diritto della crisi*, 29 febbraio 2024.
- ZOURIDAKIS G., *Shareholder Protection Reconsidered: Derivative Action in the UK, Germany and Greece*, New York, 2020.

Finito di stampare nel mese di aprile 2025
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Torino

Volumi pubblicati

1. RUGGERO RUDONI, *Il principio di legalità delle sanzioni 'penali' in una prospettiva costituzionale nazionale ed europea*, 2024.
2. ISABELLA ALBERTI, *L'istruttoria nel procedimento amministrativo. Prospettive di acquisizione digitale della conoscenza*, 2024.
3. CHIARA CASTALDO, *Libertà individuali e open data. Gli obblighi di servizio pubblico nella gestione dei dati*, 2024.
4. FABRIZIO SUDIERO, *La segnalazione dell'organo di controllo ex art. 25-octies del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, 2025.