ISSN 2282-667X

Orizzonti del Diritto Commerciale

1/2020

Rivista telematica dell'Associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale

Direttore **FRANCESCO DENOZZA**

G. Giappichelli Editore

Rivista quadrimestrale - 1/2020

Orizzonti del Diritto Commerciale

1/2020

Editor-in-chief/Direttore responsabile:

Francesco Denozza – *Università degli Studi di Milano*

Editorial Board/Direzione scientifica

Pierre-Henri Conac – *Université du Luxembourg*
Jorge Manuel Coutinho de Abreu – *Universidade de Coimbra*
Francesco Denozza – *Università degli Studi di Milano*
Stefan Grundmann – *Humboldt-Universität zu Berlin & European University Institute*
Carlo Ibba – *Università degli Studi di Sassari*
Jonathan Macey – *Yale Law School – Yale University*
Marco Maugeri – *Università Europea di Roma*
Vincenzo Meli – *Università degli Studi di Palermo*
Massimo Miola – *Università degli Studi di Napoli Federico II*
Andrea Perrone – *Università Cattolica del Sacro Cuore*
Serenella Rossi – *Università degli Studi dell'Insubria*
Giuliana Scognamiglio – *Sapienza Università di Roma*
Ruggero Vigo – *Università degli Studi di Catania*

Editorial Staff/Redazione scientifica

Alessio Bartolacelli – *Università degli Studi di Macerata*
Ilaria Capelli – *Università degli Studi dell'Insubria*
Elisabetta Codazzi – *Università degli Studi dell'Insubria*
Chiara Garilli – *Università degli Studi di Palermo*
Carmen Herrero Suárez – *Universidad de Valladolid*
Corrado Malberti – *Università degli Studi di Trento*
Alessio Scano – *Università degli Studi di Sassari*
Alessandra Zanardo – *Università Ca' Foscari Venezia*

Referees/Revisione scientifica

Niccolò Abriani, Elisabetta Bertacchini, Massimo Bianca, Vincenzo Calandra Buonaura, Lucia Calvosa, Stefano Cerrato, Antonio Cetra, Nicoletta Ciocca, Monica Cossu, Concetto Costa, Renzo Costi, Emanuele Cusa, Vincenzo Di Cataldo, Philipp Fabbio, Marilena Filippelli, Carlo Felice Giampaolino, Gianvito Giannelli, Paolo Giudici, Andrea Guaccero, Gianluca Guerrieri, Giuseppe Guizzi, Aldo Laudonio, Mario Libertini, Elisabetta Loffredo, Giorgio Marasà, Marisaria Maugeri, Aurelio Mirone, Paolo Montalenti, Mario Notari, Michele Perrino, Paolo Piscitello, Giuseppe B. Portale, Gaetano Presti, Roberto Sacchi, Luigi Salamone, Pierpaolo Sanfilippo, Vittorio Santoro, Davide Sarti, Laura Schiuma, Maurizio Sciuto, Renato Santagata, Antonio Serra, Marco S. Spolidoro, Lorenzo Stanghellini, Mario Stella Richter, Andrea Tina, Alberto Toffoletto, Umberto Tombari, Paolo Valensise, Francesco Vella, Andrea Vicari, Roberto Weigmann

Orizzonti del Diritto Commerciale

Rivista ODC

Direttore Francesco Denozza

1/2020

G. Giappichelli Editore – Torino

Ai nostri lettori

La Direzione e la Redazione della Rivista ODC sono liete di condividere con i propri lettori la buona notizia dell'avvenuto accreditamento della Rivista stessa fra quelle di "fascia A" per l'area delle scienze giuridiche, a norma del vigente regolamento ANVUR.

Questo riconoscimento costituisce per noi, nonché, confidiamo, per gli organi e per tutti i soci dell'Associazione Orizzonti del Diritto Commerciale che ne è l'editore, un incentivo ad incrementare l'impegno di tempo e di energie per la crescita e lo sviluppo della Rivista ODC, quale luogo di incontro e di dialogo tra gli appartenenti a una comunità che si vuole ispirata ai valori del libero pensiero, della dedizione personale e dell'onestà intellettuale. Un luogo che intende essere aperto a tutti gli studiosi, giovani e meno giovani, quale che sia la loro formazione e la loro provenienza. Un luogo soltanto virtuale – la Rivista ODC, com'è noto, è edita solo in formato elettronico – che, grazie alla scelta dell'open access, risulta fruibile da tutti, senza vincolo di abbonamento e indipendentemente da ogni barriera fisica e da ogni confine geografico: il che fa della nostra Rivista uno strumento utile altresì alla diffusione in ambito internazionale delle idee che attraversano il dibattito scientifico italiano e che a loro volta aspirano a trarre nuova linfa dal dibattito che si svolge in altri Paesi.

Il nostro impegno si nutre della speranza che una Rivista ben curata possa contribuire, insieme a tutte le altre già presenti nella nostra comunità, a mantenere alta e viva la passione per lo studio, per la riflessione scientifica e per il confronto "peer to peer" *sui tanti temi che la realtà sottopone al nostro sguardo nel suo incessante divenire. È una speranza che in tempi particolarmente incerti e difficili, come quelli che stiamo sperimentando in questi mesi, ci sembra meritevole di essere coltivata come un bene prezioso e irrinunciabile per tutti noi.*

© Copyright 2020 - Orizzonti del Diritto Commerciale - Rivista on line dell'Associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale

Iscrizione al R.O.C. n. 25223
Rivista in open access http://www.rivistaodc.eu

ISSN 2282-667X

Direttore responsabile: Francesco Denozza

Direzione e Redazione (presso la sede dell'Associazione)
Piazzale Aldo Moro n. 5, 00185 - Roma
email: redazione@orizzontideldirittocommerciale.it

Produzione e distribuzione: G. GIAPPICHELLI EDITORE
Via Po, 21 – Torino – Tel. 011-81.53.111 – Fax 011-81.25.100

Pubblicato on-line nel mese di giugno 2020
ad opera di G. Giappichelli Editore.

Indice
Table of Contents

pag.

Saggi

VINCENZO DI CATALDO, *Esiste uno stile giuridico neo-liberale? Uno studio per Francesco Denozza*
Is there today in Law a Neo-Liberal style? 9

AURELIO MIRONE, *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta*
The organization of the corporate enterprise and the new Italian bankruptcy code: internal structures, indicators and alert procedures 23

MASSIMO BIANCA, *Allerta e dintorni: l'adozione delle misure idonee alla tempestiva rilevazione della crisi da parte dell'imprenditore individuale*
Early warning and surroundings: the implementation of measures suitable for the prompt detection of crisis by the individual entrepreneur 55

EMANUELE CUSA, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*
Sustainable development, active citizenship and energy communities 71

ALESSANDRA ZANARDO, *Considerazioni sull'ambito di applicazione degli strumenti di allerta: è davvero così esteso come sembra?*
Observations on the scope of the early warning tools: is it really as broad as it appears to be? 127

ALESSANDRA ROSA, *Partecipazione a distanza agli organi di amministrazione e controllo delle s.p.a. e governo dei rischi di impresa*
Remote participation in the management and control bodies of Italian public limited companies and corporate risk governance 161

pag.

Temi e dibattiti di attualità

GIANLUCA GUERRIERI, *I sindaci nel nuovo sistema concorsuale: gli artt. 2477 c.c. e 14 c.c.i.i.*
The statutory auditors in the context of the new Italian insolvency law system 211

GIORGIA MARRA, *Gli accordi di sostegno finanziario di gruppo* ex *artt. 69-*duodecies *ss. t.u.b.: spunti critici e questioni aperte*
*Group financial support agreements pursuant to articles 69-*duodecies *ff. of the Italian Banking Act: critical insights and open questions* 231

Letture

MARIO LIBERTINI, *Passato e presente del diritto commerciale. A proposito di tre libri recenti*
Past and present of commercial law. About three recent books 253

MARIO LIBERTINI, *Due contributi di giuscommercialisti alla teoria generale del diritto*
On the contributions of two commercial law scholars to the general theory of law 291

Saggi

Esiste uno stile giuridico neo-liberale? Uno studio per Francesco Denozza *

Is there today in Law a Neo-Liberal style?

Vincenzo Di Cataldo **

ABSTRACT:

Questo saggio si confronta con la situazione attuale di molti settori del diritto commerciale, ove dottrina e giurisprudenza sembrano procedere senza una vera cornice di riferimento. L'Autore crede che questo, in un mondo soggetto ad evoluzione continua ed accelerata, sia inevitabile, e sia pure sostanzialmente corretto, quanto meno per la ricerca di decisioni su problemi nuovi, lontani dai precedenti. Suggerisce di ricollegare il mondo del diritto al mondo delle scienze sperimentali, ed auspica un ruolo più pregnante della ragione, in prosecuzione ideale della grande rivoluzione dell'Illuminismo.

Parole chiave: stile giuridico – Neo-liberalismo – Neo-Illuminismo

This article tries to evaluate the current situation of many sectors of Business Law, where both doctrinal works and judge made law seem to proceed in their search for a good and fair solution of the problems of today without caring for theoretical frames. The Author says this is something appropriate and correct for an everchanging world. In our world – at least when deciding on problems particularly different from the already known problems – we must proceed per trial and error, without relying on the past. The article proposes to connect the world of Law with the world of the experimental sciences, and wishes for a more active role of the reason, in an ideal renewal of the great revolution of the Enlightenment.

***Keywords**: legal style – Neo-Liberalism – Neo-Enlightenment*

SOMMARIO:

1. Un bel dibattito in corso. – 2. Un panorama senza una cornice di riferimento. – 3. È giusto arrabbiarsi per questo? – 4. Un mondo in evoluzione continua e accelerata può avere "cornici"? – 5. Una precisazione dialettica. – 6. Cornici vecchie per problemi nuovi? – 7. Anche il diritto è una scienza sperimentale. – 8. Francesco Denozza e il caso HUAWEI. – 9. Una "illusione mortifera" … – 10. … o il "lume della ragione"?

* Relazione al Seminario "Esiste uno stile giuridico neoliberale? Atti dei seminari per Francesco Denozza", tenuto nella Università Statale di Milano il 30 ottobre 2019.

** Professore ordinario di diritto commerciale dell'Università degli studi di Catania. E-mail: vdicataldo@dicataldozappala.it.

1. *Un bel dibattito in corso.*

Ho seguito con curiosità e attenzione i lavori che si sono svolti sul tema della esistenza o non esistenza di uno "stile giuridico neo-liberale" – prima, nei vivaci seminari organizzati da Roberto Sacchi e Alberto Toffoletto a Milano, poi nel bel volume da loro stessi curato [1]. Ma li ho seguiti anche con un certo senso di estraneità, perché sono rimasto sempre a distanza di sicurezza dai grandi dibattiti sui grandi principi. Ho sempre cercato di interpretare le norme nel modo che credevo migliore, nel modo che provi a valorizzare al meglio la loro funzione, che è, mi sembra [2], quella di migliorare la collaborazione fra uomini e risolvere i conflitti tra uomini. Ma, consapevole della enorme complessità del problema e dei miei limiti, mi sono tenuto sempre lontano dal meta-diritto, dalla riflessione del diritto sul diritto stesso.

E dunque, se sono stato invitato ad interloquire su questo tema non è certo perché abbia già in passato proposto su di esso qualche mia riflessione. Devo l'invito soltanto alla amicizia che mi lega da tanto tempo a Francesco Denozza, ed ho accettato perché desidero qui esprimergli la mia gratitudine per il ruolo importante di guida che ha avuto, fin da quando eravamo ragazzini, per me e per tutta la mia generazione. Cercherò di fare del mio meglio.

2. *Un panorama senza una cornice di riferimento.*

Esiste uno stile giuridico neoliberale? Sono assolutamente d'accordo con quanto Francesco Denozza ha evidenziato. L'odierna epoca neoliberale ha suoi caratteri molto precisi ed evidenti, ma lo "stile" dei giuristi di oggi – almeno, nel nostro settore – non ha nulla di liberale e non è neanche uno "stile", se con questa parola intendiamo qualcosa di organico e coerente.

Manca una cornice, una teoria di riferimento. La cornice precedente è saltata, non era più adatta ai nostri tempi, e non è stata sostituita.

Il diritto di oggi – e questo è particolarmente vero per il diritto antitrust, ma riguarda tutto il diritto delle attività economiche. Riguarda anche, ad esempio,

---

[1] *Esiste uno "stile giuridico" neoliberale?*, Atti dei Seminari per Francesco Denozza, a cura di R. Sacchi e A. Toffoletto, Giuffrè, Milano, 2019.

[2] Francamente non vedo quale altra possa essere la funzione del diritto. Ho provato a scriverlo in *A che cosa serve il diritto*, Il Mulino, Bologna, 2017. Mi stupisce molto non tanto vedere che questa idea non è particolarmente diffusa, quanto che la maggior parte della gente, giuristi compresi, non si pone neppure il problema se il diritto serva a qualcosa.

il diritto delle società commerciali e la proprietà intellettuale – si caratterizza, tra l'altro, per due note abbastanza facilmente individuabili.

In primo luogo, il diritto di oggi tende ad affrontare i problemi partendo dall'analisi delle singole operazioni – o transazioni. In campo legislativo, si assiste alla creazione di regole sempre più speciali e dettagliate, sempre più "diverse" dall'assetto anteriore. In campo giudiziario, ogni decisione tende sempre più a presentarsi come decisione del singolo caso, più o meno espressamente evitando di proporsi come qualcosa che si innesti sul già vissuto e possa impegnare anche altri più ampi orizzonti.

In secondo luogo, gli enunciati del diritto amano predicare una propria significativa depoliticizzazione. I problemi da risolvere sono considerati tutti problemi strettamente tecnici, privi di rilievo politico.

Il diritto antitrust, ma anche il diritto delle società, pensa di risolvere tutto in termini tecnici. Il mito dell'efficienza promette una soluzione ottimale per qualunque problema giuridico. L'efficienza viene fatta coincidere con l'interesse del consumatore, ma non si comprende bene come questo venga identificato.

Il mantra di Chicago è ancora tra noi, nonostante dichiarazioni in senso contrario si sprechino. Anzi, forse, queste dichiarazioni si moltiplicano proprio perché non sono vere, e lo si sa. Potrebbe proprio dirsi che il virus di Chicago è particolarmente diffuso nel nostro ambiente, grazie a moltissimi portatori sani i quali si sforzano di dire che ne sono immuni.

3. *È giusto arrabbiarsi per questo?*

Sono quindi d'accordo con l'analisi del panorama che ci circonda. Non mi sento però d'accordo con chi lo valuta sconfortante. Per certi versi, sarei più portato a vederlo come un panorama esaltante. In altri termini, è giusto arrabbiarsi per questo?

Certo, "è sempre giusto arrabbiarsi". Questa è una delle grandi frasi scolpite nella mia memoria. L'ho appresa quando avevo quindici o sedici anni, da quella arrabbiata cronica che era, e credo sia ancora, Mafalda [3].

[3] Questa frase è scolpita nella mia memoria in termini così vividi che non sono affatto sicuro di averla appresa proprio da Mafalda. Potrei averla trovata per un caso diverso in qualche altro momento della mia vita; o forse si tratta di una mia inconsapevole rielaborazione di una frase più o meno diversa. E quando mi è accaduto di cercarla risfogliando per ore pacchi di riviste da me religiosamente conservate in mezzo alla polvere, legate anno per anno con pezzi di spago di varia provenienza, non l'ho mai ritrovata – in compenso, ne ho ritrovate altre, altrettanto strepitose.

Allora arrabbiamoci. Ma fino a che punto arrabbiarsi? E, soprattutto, per cosa esattamente arrabbiarsi?

Qui forse – è la mia opinione, ma, mi piace pensarlo, questa è l'opinione più volte espressa da Francesco Denozza – c'è un processo da governare, non un panorama da esorcizzare. Un processo con importanti opportunità.

4. *Un mondo in evoluzione continua e accelerata può avere "cornici"?*

Oggi sappiamo di trovarci in un mondo in evoluzione continua e accelerata, molto, molto più del mondo di ieri. L'universo è stato sempre in divenire, ma in altri tempi il mutamento era forse più lento, e non se ne aveva piena consapevolezza. Oggi la tecnologia evolve a ritmo accelerato. L'ambiente in cui viviamo e operiamo è sempre più incerto e imprevedibile. Il contesto sociale si modifica incredibilmente senza soste. Le nostre idee, il nostro pensiero mutano costantemente. Il ritmo della vita si accentua ogni giorno. Tutto cambia di continuo con cadenze accelerate intorno a noi e dentro di noi [4].

Tutto questo accade in una rete di connessioni che non riusciamo a comprendere fino in fondo e in tutte le sue componenti. È facile capire che se il ghiaccio dell'Artico si scioglie gli orsi bianchi muoiono; più difficile è capire che anche la barriera corallina – che sta a varie migliaia di miglia di distanza – è messa a rischio dallo scioglimento dei ghiacci. Ce lo ha dovuto ricordare una ragazzina impertinente, forse discendente, o a dirittura reincarnazione, del

---

La stessa cosa mi è accaduta, del resto, con qualche altra grande frase, come la frase stupenda di Jules Feiffer: "Io solo conosco davvero il rigo 12 di pagina 47 di Billy Budd. Se qualcuno vuole organizzare un convegno su questo rigo, deve chiamare me". È l'ultimo quadro di una doppia *strip* che si apre più o meno così: "Fin da bambino ho avuto una grande passione per lo studio della letteratura inglese. A quindici anni conoscevo già tutta la poesia e la prosa scritte negli ultimi dieci secoli in lingua inglese". Nei cinque o sei quadri successivi il protagonista dice di essersi concentrato progressivamente su un orizzonte di studi via via più ridotto, finché non arriva a un solo rigo, appunto il rigo 12 di pagina 47 di Billy Budd. Questa frase giurerei di averla letta quand'ero al ginnasio – quindi tra 1964 e 1967 – su una rivista che allora si chiamava "Dimensioni", poi "Dimensioni oggi". Ma non giurerei che citasse davvero Billy Budd o qualche altro grande romanzo, né che i numeri del rigo e della pagina fossero proprio quelli che ricordo. L'ho cercata anche aggirandomi per ore nelle librerie di libri usati di New York, e non l'ho mai trovata. Continuerò a cercarla, ma se qualcuno la conosce o la trova, lo prego di farmelo sapere.

[4] Le frasi che ho riferito nel testo ricorrono di continuo nei libri, nelle riviste, nei giornali, nei *talk-show* televisivi, nelle conversazioni quotidiane – almeno degli ultimi due decenni. E sono vere. Fra quelli che le hanno proposte con maggiore attenzione si veda H. Rosa, *Accelerazione e alienazione*, trad. it. E. Leonzio, Torino, Einaudi, 2015.

bambino – quasi suo conterraneo, del resto, e rimasto purtroppo anonimo – che Hans Christian Andersen sentì per la prima volta dire "il re è nudo" [5]. Ma è sempre difficile capire davvero che un battito d'ali di una farfalla nelle Filippine può provocare una valanga nelle Ande [6].

Tutto questo è vero per il mondo fisico, ed è vero anche per i mondi in cui abita e si muove il nostro pensiero, per il nostro contesto sociale e per il nostro ambiente giuridico.

La nostra riflessione su quello che succede è sempre successiva al fatto. Le nostre idee si propongono sempre su un fatto che è già accaduto, su una situazione che frattanto è già cambiata. E quindi le norme che noi scriviamo, le interpretazioni che elaboriamo, le teorie che inventiamo sono sempre anteriori ai fatti che vorrebbero comprendere, interpretare, regolare, perché le abbiamo pensate riflettendo sui fatti già accaduti.

Tutto questo si è sempre saputo. Quello che però ci sfugge è che se il mondo resta fermo, ed i fatti si ripetono identici – e se il mondo si muove poco, e i fatti si ripetono quasi identici – è possibile che la riflessione sul fatto di ieri sia adeguata a comprendere, interpretare, regolare il fatto di oggi, perché il fatto di oggi è identico, o quasi identico, a quello di ieri. Se, invece, come accade oggi, il mondo evolve rapidamente, è ben poco probabile, o del tutto improbabile, che la riflessione sul fatto di ieri ci aiuti a capire il fatto di oggi, perché il

---

[5] La fiaba ha titolo *I vestiti nuovi dell'imperatore*, e in essa è scritto "ma non ha niente indosso!" (leggo da H.C. ANDERSEN, *Fiabe*, a cura di A. Manghi e M. Rinaldi, nei Millenni di Einaudi, Torino, 1954, 76). Siamo tutti convinti che il bambino in realtà disse davvero "il re è nudo", e tutti lo ricordiamo così, ma Andersen era molto puritano, e riferì l'accaduto con parole più pudiche.

Secondo una voce segnalata dalle curatrici dell'edizione da cui cito, nella loro Nota introduttiva, a pagina X, per questa fiaba Andersen avrebbe tratto ispirazione da una novella del principe spagnolo Don Manuel. Certo, se questa voce – peraltro non generalmente accettata – fosse vera, una discendenza di Greta Thunberg dal bambino danese sarebbe più difficile da credere, ma non impossibile.

[6] Riferisco la frase che ricordo con sicurezza, ma non saprei dire dove l'ho letta o sentita per la prima volta. Si suole dire che il c.d. Effetto farfalla è ispirato ad un racconto di R. BRADBURY, *Rumore di tuono* (1952), in cui si immagina che nel futuro vengano organizzati viaggi all'indietro nel tempo, e che un viaggiatore del futuro, arrivato in un'epoca remota, calpesta una farfalla, provocando una catena di conseguenze allucinanti. L'Effetto farfalla è stato poi studiato soprattutto dai meteorologi. Edward Lorenz lo analizzò per primo, in uno scritto del 1963. Egli utilizzò dapprima l'immagine delle ali di gabbiano, ma in seguito passò alla farfalla. Una sua conferenza del 1979 ha titolo "Può il batter d'ali di una farfalla in Brasile provocare un tornado in Texas?". Da allora la farfalla vola in varie parti del mondo, e le conseguenze del suo batter d'ali si moltiplicano, comprendendo uragani, terremoti e varie altre catastrofi, e localizzandosi nei posti più disparati.

fatto di oggi è diverso, a volte molto diverso, da quello di ieri. Nulla di strano, quindi, che – oggi più che ieri, molto più che ieri – la nostra riflessione spesso non funzioni, cioè non sia capace di darci una buona soluzione di un problema che appare come nuovo, di avanguardia.

Questo spiega perché oggi non è facile creare cornici, teorie. O meglio, non è facile creare cornici che riescano davvero a svolgere un ruolo attivo nella comprensione del presente – quanto meno, di quel presente che si è distanziato dal pregresso. E per questo andiamo a tentoni, guardando il singolo problema che di volta in volta ci appare, con gli occhi di chi lo vede, appunto, per la prima volta.

Bene – o male che sia. Se questo è il quadro, la mia idea è che il nostro odierno modo di procedere "a vista", dopo aver buttato alle ortiche le cornici e le teorie di ieri – o forse, dopo averle sistemate sullo scaffale delle cose non più in uso, ma con cura, perché in fondo ci sono care, e ci sono state utili, – non è sbagliato, anzi, è l'unico modo accettabile. Meglio non avere teorie che conservare e continuare ad utilizzare teorie ormai vecchie e superate, teorie che non potrebbero svolgere un ruolo positivo rispetto ad un mondo cambiato.

5. *Una precisazione dialettica.*

Le osservazioni che ho proposto contengono – per la ragione, puramente dialettica, di mettere meglio e maggiormente in luce il nodo centrale della mia idea – un'evidente forzatura, che non sarà sfuggita neanche al lettore più distratto.

Il mondo di oggi – e lo stesso sarà vero, probabilmente, anche per il mondo di domani – continua comunque a presentare – accanto ad una serie crescente di fatti nuovi ed inediti – una serie decrescente, ma ancora molto consistente, ed anzi ancora maggioritaria, di fatti e problemi che sono ancora identici a quelli di ieri.

Non potrebbe certo dirsi che fino a ieri il mondo era sempre uguale, e che oggi tutto è assolutamente nuovo. Quello che è cambiato, e cambia in termini accelerati, è la proporzione, il rapporto "quantitativo" tra vecchio che si ripete e nuovo che appare: il vecchio che si ripete è in via di progressiva riduzione – pur essendo ancora numericamente enorme; il nuovo che appare è in via di progressivo incremento, e guadagna terreno a ritmo accelerato – pur essendo ancora numericamente contenuto.

Per il vecchio che si ripete il modo consueto di operare continua a funzionare: utilizziamo, per il vecchio che si ripete, e si ripete con numeri ancora grandi, le idee e le regole che abbiamo pensato in precedenza. Ma, in effetti,

regolare il vecchio che si ripete non è poi un gran problema. Per il nuovo che appare, però, e che appare in numeri sempre più grandi, questo modo di operare non funziona, e dobbiamo inventarne un altro [7].

6. *Cornici vecchie per problemi nuovi?*

Fatta questa necessaria precisazione, possiamo riprendere il filo del discorso dalla conclusione del § 4. Procedere senza cornici e senza teorie, per i problemi nuovi, non è sbagliato, anzi, è l'unico modo accettabile. Non sarebbe ragionevole utilizzare per problemi nuovi teorie ormai vecchie e superate, perché queste non potrebbero svolgere un ruolo positivo rispetto a fatti e problemi nuovi.

Propongo una controprova. Alcuni problemi di oggi, se li guardiamo alla luce di una teoria precostituita, sono insolubili, o non sono risolubili in modo accettabile, proprio perché sono del tutto nuovi, sono troppo diversi dai problemi di ieri, che hanno dato occasione alla costruzione di quella teoria.

Penso, tanto per fare un esempio, al problema – lo descrivo qui nel modo in cui è stato descritto negli ultimi decenni – della interferenza tra diritto antitrust e proprietà intellettuale. Qualcuno si meraviglia per il fatto che non si riesce a "conciliare" il diritto antitrust con il problema degli *standard setting patents* (SEP), pur dopo avere concordato sull'idea che – in presenza di talune condizioni, generalmente descritte in termini talmente vaghi da non riuscire ad intendersene praticamente nulla – il rifiuto di concedere licenza su un diritto di proprietà intellettuale costituisce abuso di posizione dominante – dunque, illecito antitrust.

Perché meravigliarsi? I problemi evocati dagli *standard setting patents* sono troppo diversi dai problemi dei boicottaggi vissuti nei – lontanissimi, per l'ambiente dell'alta tecnologia! – anni Ottanta del Novecento. E per risolvere oggi in modo accettabile il problema degli *standard setting patents* non è importante, anzi, può essere controproducente, pensare che lo si debba risolvere in un modo che sia coerente con – o coordinato con, o derivato da – la regola

[7] Non posso indugiare qui, per ragioni di spazio, su vari sub-problemi tutt'altro che secondari e di non semplice soluzione. Ad esempio i seguenti. Vecchio e nuovo si presentano spesso in modo da non essere immediatamente e sicuramente riconoscibili come tali. Vecchio e nuovo spesso si mescolano, dando vita a fatti "misti", che non è facile scomporre, e non è facile dire a quale trattamento – come vecchio o come nuovo – convenga assoggettarli. Vecchio e nuovo possono presentarsi con gradazioni diverse, e probabilmente rappresentano gli estremi di una scala continua i cui punti intermedi può essere operativamente incerto come trattare.

antica, pensata anni luce fa, del rifiuto di dar licenza su un *copyright* opposto da alcuni operatori televisivi ad un editore di un giornaletto – cartaceo! – che voleva pubblicare una guida agli spettacoli [8].

Analogamente, e gli esempi potrebbero moltiplicarsi, il problema della c.d. *record date* ha bisogno di una soluzione, e, ovviamente, di una soluzione soddisfacente. Ha senso o non ha senso che nell'assemblea di una società per azioni quotata venga ammesso al voto anche chi ha venduto le azioni nei giorni immediatamente precedenti l'assemblea stessa [9]? Ma una soluzione soddisfacente non riesce a provenire dalla cornice – anzi, da qualcuna tra le tante cornici – che fin qui ha gestito il diritto societario, i temi classici del ruolo e del funzionamento dell'assemblea, e del diritto di intervento e di voto del socio.

Può sembrare eccessivo e presuntuoso dirlo, ma dobbiamo decidere cosa sia, cosa vogliamo che sia, cosa debba essere, il mestiere del giurista, oggi. Quello di cercare di risolvere i problemi di oggi con le idee di ieri, o con idee che siano derivate dalle idee di ieri, e siano con esse coerenti? Ovvero quello di provare ad inventare la soluzione migliore possibile per i problemi nuovi, che si presentano oggi per la prima volta? La prima strada è una strada bellissima, di grande fascino, piena di misteri, capace di attrarre talenti e risorse incredibili, ma forse porta con sé la magia – il virus, potremmo dire oggi – del pifferaio di Hamelin. La prima strada è quella che ha portato, e ancora porta, e porterà, migliaia e migliaia di uomini e donne a cercare la città tutta d'oro che ha nome Eldorado, un vaso sacro che si chiama Graal, l'isola che non c'è. È una strada che ha fatto anche scoprire orizzonti importanti, ma sempre diversi da quelli alla cui ricerca si era partiti.

L'altra è la strada, modesta e artigianale, di chi cerca faticosamente, in buona volontà, di gestire in qualche modo, in un modo che possa essere condiviso, i problemi reali del suo tempo. È la strada del giudice, che deve risolvere ogni problema, via via che arriva, e, nei settori di avanguardia, non ha "punti di riferimento", non può contare sulla possibilità di applicare "a colpo sicuro" la soluzione che ha dato, in passato, ad altri casi.

---

[8] Mi riferisco a Corte Giust. CE, 6 aprile 1995, in cause riunite C-241/91 e C-242/91, Radio Telefis Eireann e Independent Television Publ. Ltd c. Commissione e Magill TV Guide Ltd (caso Magill).

[9] Per tutti si veda C. ANGELICI, *La* "record date", in *Governo delle società quotate e attivismo degli investitori istituzionali*, a cura di M. Maugeri, Milano, Giuffrè, 2015, 67 ss.

7. Anche il diritto è una scienza sperimentale.

Perché stupirsi? Inquadriamo il mondo del diritto ed il ruolo del giurista – cioè noi stessi – in una prospettiva più ampia. Biologia e antropologia ci dicono – anche se il mondo del diritto non sembra essersene mai accorto, non sembra averne consapevolezza – che l'evoluzione dell'uomo procede essenzialmente *per trial and error*, per tentativi ed errori. Davanti alle sfide della continua evoluzione del mondo la specie umana – come ogni altra specie – ha una limitatissima capacità di progettazione. Forse non ne ha nessuna. In realtà, si muove a tentoni, fidando sul fatto che tra innumerevoli risposte date dai molti che si confrontano con il problema nuovo emerga anche una risposta che riesca – per caso? – a risolverlo davvero in modo soddisfacente. E questo non può non esser vero anche per il diritto. Siamo noi giuristi a non saperlo, a non sapere che anche il diritto è, in questo senso, una "scienza sperimentale". Occorre che siano altri – come Francesco Priolo [10], un fisico – a dircelo, e noi ce ne meravigliamo.

Forse, tra i grandi pensatori delle ultime generazioni, quello che ha più coerentemente visto, in questa prospettiva, il parallelo tra l'evoluzione biologica e l'evoluzione sociale è Karl Popper. Egli, nella sua complessa opera, purtroppo oggi poco letta, ha insistito ripetutamente sulla disfunzionalità, e quindi sulla pericolosità, di progettazioni sociali che si propongano come olistiche e intrinsecamente coerenti. Non siamo in grado di comprendere l'intero, tentativi così ambiziosi non possono riuscire. Meglio, ribadisce Karl Popper in vari passaggi di un'opera complessiva audace ed iconoclastica – penso soprattutto a "La società aperta e i suoi nemici" [11] – procedere a pezzi isolati, meglio una ingegneria sociale gradualistica, una ingegneria sociale a spizzico.

Procedere per tentativi ed errori, nel mondo organico, significa affidarsi a due grandi forze, il caso e la necessità. Chi non crede alla favola del "disegno intelligente" sa che le mutazioni si susseguono casualmente, e che poi la selezione naturale le valuterà. Nel mondo del pensiero, procedere per tentativi ed

---

[10] Francesco Priolo è un fisico della materia, ora Rettore della mia Università. Ha detto lui che il diritto è, appunto, una scienza sperimentale, introducendo un seminario sul tema "A che cosa serve il diritto", presso la Scuola Superiore di Catania, di cui allora era Presidente, il 22 marzo 2018.

[11] "La società aperta e i suoi nemici" apparve nel 1945, ed ebbe varie successive edizioni. L'Italia del secondo dopoguerra, divisa tra due diverse fedi, entrambe totalizzanti, idealismo e marxismo, non era pronta a riceverla, e, nonostante l'impegno profuso da pochi, non credo l'abbia mai realmente conosciuta. L'opera fu tradotta e pubblicata in Italia solo nel 1973 da Armando Editore. Me ne regalò una copia Vittorio Majorana, pochi anni dopo la nostra laurea, nel 1975. Ne abbiamo discusso assieme per anni, prima che se ne andasse via.

errori può forse non essere un procedere del tutto a caso. Se utilizziamo la ragione, possiamo far crescere, non saprei se poco o molto, le possibilità di trovare, prima o poi, una soluzione accettabile.

La ragione è strumento assai duttile, possiamo valercene in direzioni diverse. In primo luogo, possiamo aumentare le prospettive di esito positivo dei nostri tentativi utilizzando la ragione come un simulatore mentale, esplorando mentalmente *ex ante* le alternative in astratto ipotizzabili, in modo da scartare *a priori* le strade che alla ragione si rivelano poco promettenti.

In secondo luogo, la ragione consente di valutare *ex post* i tentativi di volta in volta effettuati, e ci offre la possibilità di cambiare approccio se i loro esiti possono essere valutati non soddisfacenti.

Ecco, questo, forse, è il solo punto di riferimento accettabile, questa è la sola "cornice" che non rischia di intorbidire il *setting* operativo in cui pensiamo al singolo problema, e ne cerchiamo una soluzione soddisfacente. La cornice si riduce a questo solo: uso della ragione e ricerca di una soluzione che sia utile, cioè che incrementi la cooperazione e/o riduca i conflitti. Uso della ragione vuol dire – se proprio devo azzardarmi a ricordarlo in poche battute – cercare in primo luogo una piena comprensione del fatto. Vuol dire poi – e l'ordine non è casuale – dipanare con pazienza il groviglio di idee, cornici, teorie, giudizi di valore, precomprensioni e quant'altro alberga ed opera senza posa, a nostra insaputa, nella nostra mente, e portarlo tutto alla luce del sole. Ed ancora, saggiare ciascuna idea, ciascuna componente di questo bagaglio, prezioso e pericoloso insieme, scegliere tra di esse consapevolmente quella che meglio si addice a quel fatto. Poi, infine, esporre al dibattito pubblico, insieme con la soluzione che riteniamo preferibile, le premesse che in noi l'hanno motivata. In modo che noi stessi, e chi ci sta intorno, possiamo conoscere il percorso mentale che ci ha guidati, possiamo ripercorrerlo e valutarlo.

Così poco, in fondo, che può sembrare una non-cornice, una cornice che manca. Così tanto, che se la utilizzassimo davvero, e la seguissimo veramente fino in fondo, tutto sarebbe un po' più semplice, e il mondo sarebbe certamente migliore.

8. *Francesco Denozza e il caso HUAWEI.*

Tutto questo è perfettamente noto a Francesco Denozza, ed in varie occasioni il suo lavoro ce lo mostra. Vorrei qui guardare rapidamente, come "*case study*", il suo recente commento alla decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel caso HUAWEI [12].

[12] Corte Giust. UE, 16 luglio 2015, causa C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd c. ZTE*

Il caso contrappone HUAWEI, titolare di uno *standard setting patent* – cioè di un brevetto che copre una tecnologia assunta a standard di settore, ed è dato in licenza a tutti a condizioni FRAND, cioè *fair, reasonable and non-discriminatory* – a ZTE, altro operatore del settore. ZTE ha aperto con HUAWEI una trattativa per la licenza, l'ha condotta in modo da portarla per le lunghe invece di finalizzarla verso la conclusione del contratto, ed avvia l'utilizzazione dello standard prima che il contratto di licenza sia stato concluso. A questo punto HUAWEI agisce in inibitoria contro ZTE per contraffazione di brevetto. ZTE reagisce denunziando giudizialmente il comportamento di HUAWEI come abuso di posizione dominante. Il problema posto all'esame del giudice antitrust è quindi questo: è o non è autore di un abuso di posizione dominante il titolare di un diritto di brevetto che copre una tecnologia elevata a standard di settore il quale pretenda di inibire, in virtù del brevetto, l'utilizzazione di quella tecnologia a chi ha chiesto a lui la licenza, ma non l'ha ancora ottenuta?

La Corte, come è noto, dà ragione al titolare del brevetto, affermando che così vuole l'interesse dei consumatori.

La critica di Denozza – la riferisco per grandi linee, invitando chi non la conosca a leggerla per intero in originale – è centrata sull'idea che qui la Corte non ha effettuato nessuna analisi empirica del mercato che potesse consentirle di vedere quali esattamente siano, nella situazione in esame, gli interessi dei consumatori. L'interesse dei consumatori, nel discorso della Corte, non ha alcuna valenza empirica, è solo uno slogan.

Se si analizza davvero la realtà, ci si accorge subito che i consumatori, rispetto al problema in esame, non hanno tutti lo stesso interesse. Tra loro esistono differenze importanti, e rilevanti ai fini della soluzione del problema, soprattutto quanto a propensione a pagare l'innovazione, e quanto a propensione al rischio. E non è possibile identificare l'interesse dei consumatori operando una sorta di somma algebrica degli effetti che questa pratica – lo stesso discorso potrebbe farsi per ogni pratica – ha sulle varie "serie" di consumatori. In definitiva, chi osserva la realtà si accorge che non è possibile cogliere sul piano empirico un unico o prevalente interesse dei consumatori.

È allora inevitabile una "scelta politica": quale fra i tanti interessi dei consumatori merita di essere preferito? Ovvero, quale gruppo di consumatori deve essere preferito?

Più in generale: quali sono, in questo caso, in ciascun caso, i veri interessi

---

Corp. e ZTE Deutschland GmbH. Il commento di F. DENOZZA è intitolato *The future of antitrust: concern for the real interest at stake, or etiquette for oligopolists?*, in *Rivista ODC*, 2017, I, 1 ss.

delle parti? Quali sono gli effetti di ciascuna soluzione per le parti, per il sistema delle imprese, per i consumatori, per il mercato? Queste domande devono essere ripetute ogni volta, e possono dare, volta a volta, risposte diverse. Non avrebbe alcun senso identificare una volta per tutte e in astratto un "interesse dei consumatori" e utilizzare poi questo criterio come un *passepartout*, uno strumento *bon à tout faire*, buono a risolvere ogni problema. L'interesse dei consumatori deve essere scelto di volta in volta, identificando tutti gli interessi, tra loro diversi, che emergono dall'analisi empirica, e valutandoli uno ad uno, non a partire da idee preconcette, ma sulla base di una scelta politica che deve essere esplicitata e motivata.

Anche Francesco Denozza si avvicina così a quella "alta torre" intorno alla quale "c'è molto vento". Quella alta torre che, nella visione di Kant, o, forse, nella visione che di Kant ci propone Karl Engisch [13], ospita – o nasconde? – i nostri valori – preesistano essi a noi, o siano nostra creazione, è altro problema, che non mi sentirei qui – né altrove – di affrontare.

9. *Una "illusione mortifera" ...*

Mentre preparavo questa riflessione, e rileggevo il commento di Francesco Denozza alla decisione del caso HUAWEI, mi è venuto alla mente come Piergaetano Marchetti, un pomeriggio di febbraio del 2018, se non ricordo male, a Torino, ha concluso il suo intervento ad un seminario di presentazione del bel libro di Paolo Montalenti "Impresa, società di capitali, mercati finanziari".

---

[13] KARL ENGISCH, nella sua *Introduzione al pensiero giuridico* – cito dalla traduzione italiana della quarta edizione tedesca, a cura di A. Baratta e F. Giuffrida Répaci, edita nel 1970 da Giuffrè Editore, nella collana Civiltà del diritto, 293-294. Una copia di questo libro mi fu regalata da Federico Stella nell'estate del 1972, dopo la mia laurea, e mi è molto cara – così scrive: "... nell'appoggiarci all'idea di diritto a scapito della legge corriamo il pericolo di abbandonare del tutto il fruttuoso terreno dell'esperienza e di avvicinarci a quella «alta torre della metafisica del diritto», intorno alla quale, sono parole di Kant, «vi è molto vento»". Probabilmente Engisch si riferisce al passo dei *Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, die als Wissenschaft wird auftreten können* (leggo dalla edizione curata da K. Vorländer, Leipzig, 1905), che così dice: "*Hohe Türme, und die ihnen ähnliche metaphysisch-grosse Männer, um welche beide gemeiniglich viel Wind ist, sind nicht vor mich*". In traduzione italiana: "Le alte torri e i grandi metafisici simili ad esse, intorno ai quali (sia le une che gli altri) generalmente spira molto vento, non sono fatti per me" (*Prolegomeni ad ogni metafisica futura*, trad. di P. Martinetti, Milano, Bocca Ed., 1913. Io non sarei mai riuscito a trovare in internet queste due frasi. Lo ha fatto per me Carla Vasta, senza che io glielo chiedessi, e la ringrazio). Mi par di capire che Engisch intende, nel suo passo, esprimere attenzione e rispetto per qualcosa che, invece, Kant forse non aveva mostrato di apprezzare.

Lo ha fatto tirando fuori un libretto di poche pagine, copertina gialla, stropicciato e un po' sconnesso, forse per avere abitato a lungo nella tasca della giacca del suo proprietario. Era una raccolta di poesie di Wisława Scymborszka [14], e da quel libretto ha letto alcuni brani di una breve poesia, che ha titolo "vecchio professore" – o forse l'ha letta per intero. L'Autrice conversa – ponendogli alcune domande – con un vecchio amico, che è appunto un vecchio professore, ma in realtà è una sorta di doppio dell'Autrice, così che la conversazione ha il sapore di un dialogo con sé stessa.

Non conoscevo allora questa poesia. Poi l'ho riletta tante volte, e ormai quasi la conosco a memoria. Una delle prime strofe dice così: "Gli ho chiesto se sa ancora di sicuro cosa è bene e male per il genere umano. – È la più mortifera di tutte le illusioni – mi ha risposto". E, poco dopo: "Gli ho chiesto se gli capita di essere felice. – Lavoro – mi ha risposto".

La prima frase è terribile, e tutti quelli che come noi si occupano di diritto – ma, forse, non solo loro. Penso ai moralisti, e soprattutto ai politici – dovrebbero riflettere su di essa almeno dieci minuti ogni giorno. Non pensiamo forse tutti noi, in fondo, di sapere perfettamente "cosa è bene e male per il genere umano"? Ed ecco invece la verità, semplice e brutale, ma del tutto ovvia: "È la più mortifera di tutte le illusioni".

Questa conclusione, però, non giustifica anarchia, caos, disimpegno. Pur sapendo che non avremo mai certezza su bene e male, la risposta a "tu cosa fai?" è, semplicemente, "Lavoro". Impossibile esprimersi con maggiore rispetto e maggiore *understatement* – mi spiace non conoscere la parola corrispondente nella lingua polacca. Dobbiamo continuare a cercare una risposta ai nostri problemi, anzi, e questo è il compito – terribile, no? – che la collettività affida ai giuristi, cercare una risposta ai problemi di ogni uomo che ci sta vicino. Nonostante i risultati siano modesti e le prospettive ben poco incoraggianti.

10. *... o il "lume della ragione"?*

Vado a chiudere. Non saprei dire se esiste o non esiste uno stile giuridico

[14] La raccolta ha titolo "*Due punti*", è stata pubblicata nella traduzione di Pietro Marchesani da Adelphi nel 2006. Marchetti molto cortesemente mi ha inviato il giorno dopo per e-mail le due pagine della poesia. Alberto Andronico, con il quale ho avuto occasione di parlarne appena rientrato a Catania, anticipando il mio acquisto, mi ha regalato una copia del libro. Una copia che è presto diventata, anch'essa, stropicciata e un po' sconnessa, come è inevitabile che accada ai libri belli, ai libri che amiamo.

neoliberale. Forse esiste. Forse non esiste. Ma non credo che questo sia un grosso problema, e non credo che sia questo il problema che fa arrabbiare Francesco Denozza.

Il vero problema è che per ogni problema nuovo, per ogni problema a soluzione davvero incerta, non possiamo valerci di criteri euristici sicuri. Ma dobbiamo ugualmente continuare a cercare per essi una risposta – che, senza poter essere perfetta, sia quanto meno accettabile. E per questo il solo aiuto affidabile è la ragione, per la quale, non per caso, in una stagione felice dell'umanità, è stata creata l'espressione "il lume della ragione".

Da più di due secoli il nostro mondo ha vissuto quella grande rivoluzione che è stata l'Illuminismo – l'unica che veramente meriti il titolo di "rivoluzione culturale", creato secoli dopo per rivolgimenti molto meno preziosi. Ma è una rivoluzione non ancora compiuta, che dobbiamo continuare, pazientemente, giorno per giorno.

L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta

The organization of the corporate enterprise and the new Italian bankruptcy code: internal structures, indicators and alert procedures

Aurelio Mirone*

ABSTRACT:

Il lavoro si propone di esaminare le principali novità introdotte dal nuovo codice della crisi e dell'insolvenza, rispetto ai profili organizzativi dell'impresa in forma societaria, anche in relazione alla responsabilità degli amministratori e alla vigenza in materia della c.d. *Business judgement rule*. In particolare, si affrontano le questioni inerenti all'esatta portata innovativa delle prescrizioni organizzative interne e dei doveri di segnalazione che scattano al verificarsi di determinati parametri. Il lavoro contiene anche una disamina dei principali profili di disciplina delle nuove procedure di allerta, introdotte dal codice.

Parole chiave: crisi – assetti organizzativi – organi di amministrazione e controllo

This works aims to examine the main innovations introduced by the new Italian bankruptcy code, about the internal organization of corporations, also in relation to directors' liability and Business judgement rule. In particular, it deals with some issues about the real novelty of the organizational prescriptions and the duties of reporting that applies when certain parameters are exceeded. Moreover, the article contains an examination of the main interpretative questions about the new alert procedures, introduced by the code.

***Keywords**: crisis – internal arrangements – administrative and control bodies*

* Professore ordinario di diritto commerciale, Università degli Studi di Catania; email: aumirone@lex.unict.it. L'Autore ha realizzato il contributo nell'ambito del Piano per la Ricerca 2016/2018, Università di Catania.

SOMMARIO:

1. Gli assetti organizzativi: l'applicazione alle varie forme d'impresa. – 2. (*Segue*) La funzionalizzazione alle esigenze di tempestiva rilevazione della crisi. – 3. (*Segue*) La formalizzazione degli assetti e l'articolazione delle competenze all'interno dell'organo amministrativo. La valutazione "costante". – 4. (*Segue*) La questione dell'applicabilità della *business judgement rule* ai doveri organizzativi interni. – 5. Indicatori, indici e indizi della crisi: ricostruzione del sistema. – 6. (*Segue*) Spunti critici. – 7. Profili di disciplina dell'allerta interna: ambito di applicazione. – 8. (*Segue*) Il rispettivo ruolo di sindaci e revisori; la legittimazione alle segnalazioni; l'esonero dalla responsabilità. – 9. (*Segue*) Il rapporto con i rimedi civilistici (artt. 2406, 2408, 2409, 2485 c.c.).

1. *Gli assetti organizzativi: l'applicazione alle varie forme d'impresa.*

Uno dei principali criteri ispiratori del nuovo codice della crisi e dell'insolvenza (d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, in seguito c.c.i.i.), espressamente previsto dall'art. 4 della l. delega (l. 19 ottobre 2017, n. 155), è quello costituito dall'obiettivo di «incentivare l'emersione anticipata della crisi», anche al fine di «agevolare lo svolgimento delle trattative tra debitore e creditori». A questo obiettivo si ricollegano sia l'introduzione di nuove procedure di allerta e di composizione della crisi, sia la delega a modificare il codice civile prevista dal successivo art. 14, che imponeva al legislatore delegato di prevedere per tutte le imprese (indipendentemente dall'attività svolta, dalle dimensioni e dalla forma giuridica) il «dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi per l'adozione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale» [1].

[1] La letteratura in argomento è già molto ricca. V., in particolare, N. ABRIANI, ANT. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, 393 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.; M. CIAN, *Crisi dell'impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati e il loro possibile impatto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1160 ss.; V. DI CATALDO, S. ROSSI, *Nuove regole generali per l'impresa nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *RDS*, 2019, 393 ss.; E. GINEVRA, C. PRESCIANI, *Il dovere di istituire assetti adeguati* ex *art. 2086 c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1209 ss.; C. IBBA, *Codice della crisi e codice civile*, in *Rivista ODC*, 2019, 243 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Procedure d'allerta, poteri individuali degli amministratori non delegati e altre considerazioni sulla composizione anticipata della crisi*, in *Riv. soc.*, 2018, 171 ss.; ID., *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, 253 ss.

Sul piano logico, il primo presidio volto alla prevenzione della crisi è indubbiamente costituito dai c.d. assetti organizzativi, che risultano particolarmente valorizzati dalla riforma, e rispetto ai quali si pone tuttavia il problema – da subito avvertito in dottrina – di comprendere quali siano gli effettivi profili di innovazione rispetto al sistema previgente.

Il c.c.i.i. non contiene elementi di novità rispetto alla definizione dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile dell'impresa, salva la precisazione che lo stesso deve avere *anche* la funzione di rilevazione tempestiva della crisi e della continuità aziendale. A larghe spanne [2], può dirsi che: *(i)* l'assetto organizzativo è dato dalla strutturazione aziendale interna per uffici e dal complesso dei regolamenti, delle direttive e delle procedure (anche informatiche) stabilite per garantire che il processo decisionale all'interno dell'impresa sia assegnato ed effettivamente esercitato in modo corretto e ad un appropriato livello di competenza e responsabilità; *(ii)* l'assetto amministrativo-contabile è costituito dall'insieme delle procedure e delle prassi operative dirette a garantire la completezza, la correttezza, la tempestività e l'attendibilità delle informazioni societarie, gestionali e contabili, in accordo con i principi contabili adottati dall'impresa.

Ora, è rilievo comune che il codice civile prevede già a partire dalla riforma del d.lgs. n. 6/2003 il dovere di istituire assetti organizzativi adeguati nelle s.p.a., almeno in due articoli: l'art. 2381 c.c. (che affronta il profilo relativo alla ripartizione di competenze tra amministratore delegato e consiglio, affidando al primo la "cura" degli assetti e al secondo la "valutazione", presupponendo per opinione pacifica la doverosità degli stessi) e l'art. 2403 c.c. (che affida al collegio sindacale il dovere di vigilare sugli assetti e sui principi di corretta amministrazione), ma era in realtà opinione largamente prevalente in dottrina che il dovere in questione fosse implicito nel dovere di diligenza che deve caratterizzare in quanto tale l'attività gestoria, e che si applica trasversalmente a tutti i tipi societari [3].

E in realtà, la regola può ricavarsi a monte già dalla definizione di imprenditore di cui all'art. 2082 c.c., ove si precisa che la figura dell'imprenditore è tale solamente ove sussista, accanto agli altri requisiti previsti dalla norma, anche quello dell'organizzazione [4].

---

[2] Rielaborando e arricchendo la definizione contenuta nel documento CNDCEC, *Principi di comportamento del Collegio sindacale di società non quotate*, settembre 2015.

[3] Cfr., tra gli altri, P. MONTALENTI, *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 62 ss.

[4] Cfr., M. LIBERTINI, A. MIRONE, P.M. SANFILIPPO, *L'organizzazione nelle dottrine giuridi-*

Sul piano del rapporto tra i vari tipi di impresa e società, gli artt. 3, 14 e 375 c.c.i.i., che richiamano a vario titolo il dovere di istituzione degli assetti, hanno innanzitutto la finalità di consolidare normativamente quanto già si riteneva implicito nel sistema, quanto meno ove si condivida che: *(i)* il criterio di adeguatezza permette in realtà di parametrare il livello qualitativo e quantitativo degli assetti in base alla tipologia e alle dimensioni dell'impresa, più che al tipo societario adottato; *(ii)* lo stesso criterio di adeguatezza può portare a riconoscere che nelle imprese minori non si rende necessario alcun apparato interno ed alcuna procedura qualificabili come veri e propri assetti organizzativi [5], come dimostra il fatto che il legislatore del c.c.i.i. ha tipizzato tale valutazione per l'imprenditore individuale, prevedendo un più blando dovere di «adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi» (art. 3, primo comma).

È bene tuttavia avvertire che l'apparente generalizzazione della regola di doverosità degli assetti non comporta un'effettiva parificazione del sistema ad ogni livello, potendosi anzi configurare un diverso grado di conformazione e concreta cogenza del dovere, sulla base di una serie di criteri (tipo, attività svolta, presenza o meno dell'organo di controllo, etc.):

a) il livello più elevato è quello previsto dalle *società bancarie* (e in forma minore nelle altre imprese operanti nel settore finanziario), per le quali da un lato il dovere degli assetti è precisato dalla normativa di vigilanza (europea e nazionale), che ne stabilisce la strutturazione con particolare dettaglio, distinguendo a sua volta tra diverse sotto-tipologie di intermediario, e dall'altro esiste un apparato di sanzioni amministrative *ad hoc* che assicura in modo stringente il rispetto delle regole da parte dei destinatari [6];

---

che dell'impresa e il ruolo dell'assemblea nella s.p.a., Introduzione a *L'assemblea di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 2016, XVIII ss., ove critica alla diversa ricostruzione per cui il requisito avrebbe la sola funzione di distinguere la figura dell'imprenditore anche piccolo da quella del lavoratore autonomo; V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 5 ss. V., inoltre, GINEVRA, PRESCIANI, (nt. 1), 1212, i quali tuttavia sembrano ritenere le due letture alternative, laddove un'adesione alla seconda prospettiva appare invero compatibile con la rilevanza degli assetti anche sul piano dei doveri fiduciari tra soci e amministratori.

[5] Cfr., tra gli altri, ABRIANI, ROSSI, (nt. 1), 394; R. SACCHI, *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 1280 ss., 1287.

[6] V., anche per la particolare compenetrazione tra assetti societari e assetti aziendali che si realizza nelle banche, A. MIRONE, *Regole di diritto societario e assetti statutari delle banche tra diritto speciale e diritto generale*, in *Banca, impr. soc.*, 2017, 52 ss.

b) nelle *società quotate* la principale fonte di disciplina degli assetti è di tipo volontario (e pertanto secondo un meccanismo di *opt in*), essendo contenuta nelle prescrizioni di cui all'art. 7 del Codice di autodisciplina, ma è in ogni caso obbligatoria quanto meno la dotazione di sistemi di gestione dei rischi e di controllo interno: v. art. 125-*bis*, secondo comma, lett. a), t.u.f. [7];

c) nelle *società pubbliche* è prevista l'obbligatorietà, salvo diversa decisione da esplicitare e motivare nella relazione sul governo societario (e pertanto secondo un meccanismo di *complain or explain*), quanto meno degli strumenti organizzativi previsti dall'art. 6, terzo comma, d. lgs. n. 175/2016, oltre al dovere di predisporre specifici programmi di valutazione del rischio di crisi (art. 6, secondo comma) [8];

d) nelle *s.p.a. e nelle s.r.l. dotate di un organo di controllo* è lasciata piena libertà agli amministratori di conformare gli assetti interni, secondo il criterio generale dell'adeguatezza, ma la cogenza delle regole trova un significativo presidio a garanzia del sistema proprio nella presenza nell'organo di controllo, i cui poteri vengono rafforzati dagli obblighi di segnalazione all'OCRI di cui all'art. 14 c.c.i.i. [9];

e) nelle *s.r.l. prive dell'organo di controllo* la concreta efficacia del dovere di corretta organizzazione interna è interamente affidata alla responsabilità degli amministratori e risulta pertanto sensibilmente inferiore, non essendo applicabili i meccanismi di allerta e segnalazione di cui all'art. 14 c.c.i.i.; a sua volta, il nuovo testo dell'art. 2475 c.c., come riformato dall'art. 377 c.c.i.i., che estende il principio di competenza esclusiva degli amministratori in materia di (gestione e quindi anche di) assetti alle s.r.l., potrebbe paradossalmente indebolire (contro le intenzioni del legislatore) l'efficacia degli stessi, rendendo giuridicamente non vincolanti per gli amministratori eventuali decisioni dei soci che intendano elevare il livello di adeguatezza organizzativa rispetto agli *standard* minimi [10]; infine, dovrebbe essere consentito agli amministratori di-

---

[7] V., M. Lubrano di Scorpaniello, *Gli assetti nelle società quotate*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, a cura di M. Irrera, Bologna, Zanichelli, 2016, 525 ss.

[8] Cfr., F. Guerrera, *L'amministrazione*, in *La società a partecipazione pubblica a tre anni dal testo unico*, a cura di C. Ibba, Milano, Giuffrè, 2019, 135 ss.

[9] Sull'applicazione degli obblighi di segnalazione anche in caso di nomina del solo revisore, v., *infra*, § 8.

[10] Nella presente sede non possono essere affrontati i temi relativi alla controversa interpretazione dell'art. 377 c.c.i.i., sui quali può rimandarsi, oltre ai lavori citati a nt. 1, anche a: L. Calvosa, *Gestione dell'impresa e della società alla luce dei nuovi artt. 2086 e 247 c.c.*, in *Società*, 2019, 799 ss.; 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. La regola di formale inderogabilità della competenza degli amministratori in materia di

mostrare che, viste le dimensioni o la tipologia di attività, la gestione può svolgersi interamente sotto il diretto controllo degli stessi, senza l'adozione di veri e propri assetti organizzativi [11];

f) nelle *società di persone* la concreta efficacia delle prescrizioni in materia di assetti è molto debole, in quanto l'amministrazione è tipicamente affidata a soci già illimitatamente responsabili, ai quali non è pertanto concretamente applicabile alcuna sanzione risarcitoria per la violazione delle prescrizioni in materia di assetti, che troveranno uno spazio effettivo di applicazione – al di là delle declamazioni di principio – nei soli casi in cui la società sia amministrata da soggetti terzi [12];

g) nell'*impresa individuale* le previsioni in materia di assetti, già sfumate dall'art. 4, primo comma, c.c.i.i., sono prive di reale efficacia prescrittiva, essendo sostanzialmente prive di autonoma sanzione;

h) nella *piccola impresa*, anche in forma societaria, il criterio di prevalenza del lavoro dell'imprenditore (o dei soci) potrebbe indurre a configurare una presunzione di non necessarietà degli assetti organizzativi, sul presupposto che in tale ambito l'attività d'impresa si svolga tipicamente sotto il diretto controllo del titolare o degli amministratori (il cui ruolo dovrebbe non a caso prevalere sia sull'apporto del personale che su quello del capitale).

---

assetti, al di là della sua condivisibilità, non può in ogni caso comportare l'irrilevanza di eventuali raccomandazioni *in melius* derivanti da delibere dell'assemblea dei soci (si pensi ad una delibera che inviti gli amministratori a costituire determinati uffici interni), rispetto alle quali si potrebbe configurare quanto meno un onere di adeguata motivazione degli amministratori, nel caso in cui si volessero discostare dai parametri o dalle scelte indicate dai soci.

[11] V. in questa prospettiva, V. DI CATALDO, D. ARCIDIACONO, *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e* business judgement rule, *paper* per il convegno ODC, 14-15 febbraio 2020 (cit. grazie alla cortesia degli Autori), 1 ss., 7 s. L'importanza sistematica, nel quadro del nuovo sistema, delle procedure di allerta interna affidate al collegio sindacale, potrebbe indurre a configurare una presunzione di non necessarietà degli assetti per le società prive dell'organo di controllo; potendo apparire distonico che la società si debba effettivamente dotare di assetti organizzativi, anche nei casi in cui il legislatore ritiene superflua la presenza di un organo autonomo, con funzioni di vigilanza sull'operato degli amministratori. Tuttavia la legge di delega e il c.c.i.i. – che ribadisce il punto in vari articoli – sono molto chiari nell'estendere in linea di principio la doverosità degli assetti a tutte le imprese, onde deve ritenersi che nell'attuale sistema gravi sull'imprenditore l'onere di dimostrare che nel singolo caso gli assetti non siano in alcun modo necessari.

[12] E sempre, naturalmente, che si ritenga ammissibile la figura dell'amministratore estraneo, risolvendo positivamente la nota questione interpretativa: v., da ultimo, in commento ad un provvedimento negativo di Giudice del registro, CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *La questione dell'amministratore estraneo nelle società personali (Tribunale Udine, 29 aprile 2018)*, a cura di Boggiali e Ruotolo, in *CNN Notizie*, 20 novembre 2018.

Pur in presenza di norme identiche (con la sola eccezione dell'impresa individuale), è pertanto bene avvertire che sussistono in realtà livelli assai eterogenei di cogenza delle disposizioni che impongono la doverosità degli assetti, dovendosi quanto meno distinguere tra casi nei quali l'affermazione rimane meramente declamatoria, casi nei quali la materia è interamente affidata alla responsabilità degli amministratori e casi nei quali sono previste forme di vigilanza sugli assetti (interne o anche esterne).

2. (Segue) *La funzionalizzazione alle esigenze di tempestiva rilevazione della crisi.*

Il nuovo secondo comma dell'art. 2086 c.c. prevede una disposizione di principio che impone all'imprenditore, che operi in forma collettiva o societaria [13], il dovere di istituire assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati, anche in funzione della rilevazione tempestiva di eventuali crisi d'impresa, e non incontra ragioni sostanziali di critica. Si è osservato al riguardo che la norma enfatizzerebbe oltremodo il ruolo degli assetti nella fase patologica [14], in contrasto con il fatto che gli assetti dovrebbero innanzitutto servire all'organizzazione fisiologica dell'impresa, ma in realtà lo stesso dato testuale chiarisce che l'adeguatezza organizzativa è richiesta "anche", ma non soltanto, per la prevenzione delle crisi, ed è a sua volta rilievo pacifico che la diagnosi precoce dei sintomi di crisi rappresenti una componente indispensabile di ogni gestione efficiente [15].

---

[13] Il principale dubbio circa la nozione di imprenditore collettivo riguarda l'applicazione (estensiva o analogica) della norma alle fondazioni. In senso tendenzialmente affermativo, V. Di Cataldo, D. Arcidiacono, (nt. 11), 6, per esigenze di pari trattamento con le altre tipologie di imprese non societarie. Sul punto, potrebbe ipotizzarsi una soluzione che distingua tra fondazioni a base associative e non (sulla distinzione, A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, Jovene, 1995, 80 ss.; E. Bellezza, F. Florian, *Le fondazioni di partecipazione*, Milano, La Tribuna, *passim*), ove si propenda per una maggiore aderenza al dato letterale, anche per il fatto che le prime (analogamente alle società ed alle associazioni) possono ricorrere anche a risorse "interne" (e cioè all'apporto dei soci) per superare la crisi.

[14] V., in particolare, Spolidoro, *Note critiche*, (nt. 1), 259 ss.

[15] In tal senso, una certa imprecisione dell'art. 2086, secondo comma, c.c., nella parte in cui destina gli assetti al precipuo fine della "rilevazione" della crisi e della perdita della continuità aziendale, non può indurre ad una lettura restrittiva della stessa, per cui gli assetti avrebbero una mera funzione segnaletica della crisi già in atto, e non anche di prevenzione della crisi stessa. Conf., Ginevra, Presciani, (nt. 1), 1233, in critica a N. Abriani, *Doveri e responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, in *La riforma del fallimento: il nuovo codice della crisi*

Non sembra, pertanto, che l'enfasi posta dal legislatore del c.c.i.i. sul rapporto tra adeguatezza degli assetti e prevenzione della crisi si ponga in contraddizione con la tipica dinamicità delle attività imprenditoriali [16]. Essa serve semmai a sancire che, nella disciplina della gestione dell'impresa (e ben prima della riforma dell'art. 2086 c.c.), esiste un principio di prudenza, che assume una declinazione particolare. Da un lato, esso non esclude scelte strategiche molto rischiose, e perfino audaci, per ciò che riguarda l'attività produttiva e la posizione dell'impresa nel mercato, anche in ragione della naturale correlazione tra livello di rischio e aspettative sugli utili. Dall'altro, sul piano della "gestione patrimoniale", vale invece per tutti gli imprenditori il divieto di gestioni dissipatorie [17] irragionevoli o azzardate [18]. La finalità protettiva degli assetti conferma in tal senso che il livello di rischio operativo può essere anche (consapevolmente) elevato, purché sia affrontato in modo razionale – e cioè previa idonea istruttoria, con adeguata ponderazione dei *pros and cons* dell'iniziativa, anche in relazione al complesso delle attività d'impresa – e adottando sistemi di monitoraggio delle attività parametrati al livello di rischio [19].

In definitiva, il collegamento tra il dovere di istituzione degli assetti e le finalità di prevenzione ed emersione anticipata della crisi non si presta a rilievi

---

d'impresa e dell'insolvenza, a cura di Pollo e Longoni, Milano, Italiaoggi, 2019 (non vidi); BENAZZO, (nt. 1), 283 s.; CIAN, (nt. 1), 1163 s.

[16] Così, invece, la lettura di SPOLIDORO, *Note critiche*, (nt. 1), 263 ss., per il quale «l'effetto complessivo della nuova disposizione è comunque piuttosto deprimente. Sembra quasi che, nella loro attività, gli imprenditori (o forse meglio gli amministratori) ai quali la norma si applica abbiano come dovere principale (in quanto si tratta dell'unico obbligo espressamente menzionato nella norma intitolata alla gestione dell'impresa) quello che esser consapevoli che la crisi è sempre dietro l'angolo».

[17] Indirettamente sancito, ancor oggi, dalle norme sulla bancarotta semplice, e in qualche modo anche dalla complessiva disciplina del capitale sociale, che impone agli organi di amministrazione e controllo di relazionare ai soci in caso di perdite eccedenti il terzo.

[18] Tale divieto opera sia per l'organo amministrativo, sia per l'assemblea, le cui deliberazioni, che si rivelino incompatibili con alcuna possibile e corretta strategia imprenditoriale, devono ritenersi viziate da eccesso di potere: cfr., LIBERTINI, MIRONE, SANFILIPPO, (nt. 4), 279 ss.

[19] In questo senso può dirsi che già la decisione individuale di avviare un'attività d'impresa, che siamo (correttamente) abituati a qualificare come esercizio di libertà costituzionali (nell'ambito dei correlativi limiti), è contemporaneamente un impegno assunto anche verso la collettività, a differenza del soggetto privato non imprenditore, che è libero di dissipare i suoi beni come più gli aggrada (la giurisprudenza civilistica più recente esclude ormai la possibilità di inabilitazione per prodigalità, a meno che non sia dovuta a malattia mentale o futili motivi: cfr., Cass civ., sez. I, 7 marzo 2018, n. 5492). Il rilievo è di M. LIBERTINI, *Intervento* al convegno *Assetti adeguati, procedure di allerta,* governance *dell'impresa. Riflessioni conclusive*, Verona, 12 dicembre 2019. Nello stesso senso, GINEVRA, PRESCIANI, (nt. 1), 16 ss.

critici: l'art. 2086 c.c. non dice che gli assetti adeguati devono servire soltanto o innanzitutto a diagnosticare precocemente o prevenire le crisi: questo vale "anche"; è cioè "uno" degli obiettivi della prescrizione normativa e non l'unico. Il legislatore ha voluto così sancire un principio generale di efficienza della gestione imprenditoriale [20], essendo innanzitutto gli assetti adeguati funzionali allo svolgimento dell'attività con migliore profitto e idoneo controllo del rischio [21].

3. (Segue) *La formalizzazione degli assetti e l'articolazione delle competenze all'interno dell'organo amministrativo. La valutazione "costante".*

La vera portata riformatrice del nuovo art. 2086 c.c. non risiede tanto nell'imposizione di regole di diligenza e corretta organizzazione nella gestione dell'impresa, anche al fine di prevenire la crisi, quanto piuttosto nell'aggiungere a questa regola di carattere generale, di per sé tradizionale, il dovere di adottare misure organizzative adeguate *in modo formale*.

In questa prospettiva è interessante il confronto con l'art. 6, secondo comma, d.lgs. n. 175/2016, che ha in certo senso anticipato l'attuale norma generale, sancendo il dovere degli amministratori di adottare «specifici programmi di valutazione del rischio aziendale» [22]. In questo modo è indicato un elemento ulteriore, rispetto al testo dell'art. 2086 c.c.: la prevenzione del rischio di crisi richiede l'adozione di un regolamento interno che individui i sintomi di allarme, alla cui rilevazione deve corrispondere l'adozione di adeguate contromisure a sensi dell'art. 14 [23].

---

[20] Una responsabilità degli amministratori per danni derivanti dalla inadeguatezza degli assetti può pertanto prospettarsi anche nell'ambito di società *in bonis*: per una lettura più restrittiva, CIAN, (nt. 1), 1166.

[21] In questo senso, la condivisibile prospettiva di GINEVRA, PRESCIANI, (nt. 1), 1216 ss., secondo cui le norme in materia di assetti dovrebbero essere collocate nell'ambito delle "limitazioni" all'attività d'impresa, non sembra in contraddizione (come sembrano ritenere invece gli autori) con la funzionalità degli stessi anche ad un efficiente perseguimento dello scopo lucrativo, naturalmente a condizione di accettare l'idea che l'interesse sociale corrisponde – anche sulla base del quadro normativo europeo – all'interesse dell'impresa alla massimizzazione dell'utile come obiettivo di medio-lungo periodo (cfr., tra gli altri, P. MONTALENTI, *L'interesse sociale: una sintesi*, in *Riv. soc.*, 2018, 311).

[22] Evidenziano il parallelismo, tra gli altri, BRIZZI, *Procedure di allerta e doveri degli organi di gestione e controllo: tra nuovo diritto della crisi e diritto societario*, in *Rivista ODC*, 2019, n. 2, 361 ss.; LIBERTINI, (nt. 19).

[23] È interessante notare una sostanziale coincidenza terminologica con i piani di cui all'art.

Questa specificazione non è stata riprodotta nell'art. 2086 c.c., e tuttavia l'adempimento della formalizzazione è agevolmente ricavabile, ed anzi estendibile al complesso delle decisioni rilevanti in materia di assetti, sulla base delle seguenti considerazioni: *(i)* il concetto stesso di "*istituzione*" degli assetti – contenuto già nell'art. 14, primo comma, della legge delega – induce a ritenere che l'organizzazione degli assetti non può essere gestita in via di mero fatto, ma richiede dei passaggi formali, che diano conto delle scelte degli amministratori, onde poter dimostrare anche *ex post* l'effettiva adeguatezza delle stesse; (*ii*) la formulazione di un documento programmatico di rilevazione degli indicatori di crisi è sostanzialmente indicata dall'art. 13 c.c.i.i., che prevede l'utilizzo degli *standard* elaborati dal CNDCEC e la possibilità di derogarvi con un documento autonomo della società, attestato da un professionista indipendente; (*iii*) la previsione documentale (mediante strumenti di vario tipo: regolamenti, manuali, circolari aziendali, etc.) degli assetti e degli indicatori di crisi è alla fine, essa stessa, un'espressione del criterio di adeguatezza organizzativa: un assetto, per essere adeguato, deve essere formalizzato in modo da essere conosciuto come tale dai livelli aziendali chiamati a eseguire le procedure interne [24].

Sul piano delle tipologie di organizzazione della funzione amministrativa, può essere inoltre utile precisare che il dovere di formalizzazione degli assetti prescinde dall'assetto monocratico o collegiale dell'organo, ed è pertanto doverosa anche in caso di amministrazione unipersonale. Inoltre, la previsione in capo a tutti gli amministratori del dovere di istituire gli assetti non dovrebbe incidere sul modello organizzativo dell'art. 2381 c.c., che affida all'amministratore delegato la "cura" degli assetti, e viene anzi oggi esteso anche alle s.r.l. (art. 2475, ultimo comma, n.t., c.c.). Il dovere di "cura" degli assetti da parte dell'amministratore delegato risulta in tal senso semmai precisato, nel senso che la cura presuppone per l'appunto innanzitutto l'adeguata formalizzazione della struttura aziendale e delle procedure interne, ferma restando la supervisione valutativa (e gli ordinari poteri di istruzione e/o avocazione) dell'organo collegiale. D'altra parte anche la gestione è riservata in via "esclu-

69-*quater* t.u.b., i quali tuttavia si pongono in una prospettiva parzialmente diversa, dovendosi la banca dotare stabilmente *ex ante* di idonei piani di intervento per affrontare eventuali situazioni di crisi; soluzione che può essere imposta solamente in presenza di imprese con rilevanti capacità organizzative e le cui crisi presentino particolari rischi di connessione sistemica.

[24] Rilevano le criticità della posizione processuale degli amministratori, in caso di carenze sul piano dell'adozione formale delle misure organizzative, L. BENEDETTI, *L'applicabilità della* business judgement rule *alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, 413 ss., 448 ss.; R. FORMISANI, Business judgement rule *e assetti organizzativi: incontri (e scontri) in una terra di confine*, in *RDS*, 2018, 455 ss., 479 ss.

siva" agli amministratori, ma resta al contempo interamente delegabile, con l'eccezione delle competenze di cui all'art. 2381, quarto comma, c.c., che non vengono pertanto in alcun modo integrate dalle disposizioni del c.c.i.i. in materia di assetti [25].

Perplessità suscita semmai il testo dell'art. 14 c.c.i.i., il quale – sia pure indirettamente, precisando i doveri di vigilanza dell'organo di controllo – fa riferimento alla necessità che l'organo amministrativo (non, pertanto, l'organo di controllo) [26] valuti *costantemente* l'adeguatezza degli assetti (oltre che la sussistenza dell'equilibrio economico finanziario e l'assenza di segnali di crisi).

La perplessità è duplice: (*i*) in sé, per l'utilizzo del termine "costantemente", che appare eccessivo, dato che nessuna attività di controllo può essere effettuata in maniera permanente (a meno che non sia demandata a sistemi informatici, ma la verifica in ordine all'adeguatezza degli assetti non può essere all'evidenza delegata a tali misure, che possono semmai esse stesse considerarsi – ove presenti – una componente essenziale degli assetti); (*ii*) inoltre, per il riferimento alla "valutazione", che è dovere proprio del consiglio di amministrazione e quindi degli amministratori non esecutivi, i quali (almeno per la tesi dominante in dottrina) non hanno neanche poteri di ispezione [27], fermo il

[25] Non appare pertanto condivisibile la soluzione per cui nelle società persone la riserva di competenze in materia gestionale (o quanto meno in materia di assetti) in capo agli amministratori comporterebbe il superamento del modello disgiuntivo di cui all'art. 2257 c.c.: in tal senso, invece, IBBA, (nt. 1), 251; BENAZZO, (nt. 1), 304 ss. Il sistema disgiuntivo, almeno nelle società personali, si colloca infatti in un contesto nel quale l'unitarietà delle scelte amministrative (anche in materia di assetti) può essere efficacemente garantita dal dato tipologico dell'*intuitus personae* (cfr., A. MIRONE, *Il procedimento deliberativo nelle società di persone*, Torino, Giappichelli, 1998, 160 ss.) e dal rimedio dell'opposizione di cui all'art. 2257, secondo comma, c.c. (salvo doversi valutare, ma non è questa la sede, se il c.c.i.i. comporti la necessità di circoscrivere la competenza circa la decisione da adottarsi dopo il veto ai soli amministratori): in questa prospettiva, diffusamente, I. CAPELLI, *La gestione delle società di persone dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: una prima lettura del nuovo art. 2257, primo comma, c.c.*, in *Rivista ODC*, 2019, 313 ss. E anche nelle s.r.l. è da rilevare che il c.c.i.i. non ha integrato il catalogo delle competenze non delegabili (e comunemente ritenute non esercitabili in via disgiuntiva) dell'art. 2475, ultimo comma, c.c.

[26] In linea teorica, potrebbe sostenersi che il riferimento alla costanza nella valutazione di adeguatezza da parte degli amministratori comporti indirettamente anche un controllo di pari frequenza su tale adempimento da parte dei sindaci, ma sul piano logico la deduzione non sarebbe corretta, in quanto oggetto del controllo non sono gli assetti in quanto tali ma l'attività degli amministratori: qualifica la verifica dei sindaci come di secondo grado, BENAZZO, (nt. 1), 288 ss. Per una lettura volta ad accentuare la regolarità dell'impegno sul punto da parte dell'organo di controllo, S. LEUZZI, *Indicizzazione della crisi d'impresa e ruolo degli organi di controllo: note a margine del nuovo sistema*, reperibile in internet al seguente indirizzo: www.ilcaso.it, 28 ottobre 2019.

[27] Il punto continua ad essere tuttavia dibattuto in dottrina. Per una recente riproposizione

dovere di agire informati che si fonda principalmente sui flussi informativi provenienti dall'amministratore delegato e dal presidente del c.d.a.

Sul punto va pertanto escluso che il legislatore del c.c.i.i. abbia inteso (peraltro in assenza di delega) riformare il modello organizzativo dell'art. 2381 c.c. (che viene come detto anzi esteso alle s.r.l. dall'art. 377, quinto comma, c.c.i.i.), il quale ha una sua intrinseca razionalità e non può essere messo in discussione [28], salvo doversi adottare qualche accorgimento per coordinare il modello stesso con l'enfasi che il c.c.i.i. pone sul rafforzamento dei presìdi organizzativi.

Potrebbe così sostenersi che:

(*i*) l'avverbio "costantemente" non può essere preso alla lettera, e va interpretato nel senso di "con opportuna intensità" [29]; (*ii*) il limite temporale massimo di verifica *in itinere* dell'adeguatezza degli assetti (di cui occorrerebbe dar prova, in caso di contestazione) dovrebbe avere, in assenza quanto meno di elementi di allarme, cadenza trimestrale, visto che il termine di tre mesi è previsto quale termine massimo per l'accesso alle misure premiali in caso di iniziativa autonoma del debitore tramite istanza all'OCRI, e viene peraltro a coincidere con la cadenza tradizionale delle riunioni dell'organo di controllo *ex* art. 2404 c.c. (nelle quali dovrà darsi atto delle relative verifiche); (*iii*) in caso di delega, il dovere di "costante" valutazione (che rientrerebbe nel concetto stesso di "cura", inteso come implementazione, verifica e correzione in costanza degli assetti) spetta all'amministratore delegato, il quale ha l'obbligo di intervenire autonomamente per sopperire a eventuali profili di inadeguatezza degli assetti [30]; (*iv*) la relazione semestrale dell'amministratore delegato sul generale andamento della gestione, di cui all'art. 2381, quinto comma, c.c., dovrebbe includere apposita sezione riguardante la descrizione dell'attività svolta in materia di cura degli assetti, le valutazioni dell'organo delegato sull'adeguatezza degli stessi e la segnalazione di eventuali criticità e proposte di intervento.

della tesi che attribuisce poteri maggiori, rispetto a quelli tradizionalmente riconosciuti, agli amministratori non esecutivi, SPOLIDORO, *Procedure*, (nt. 1), 181 ss. Nel senso che il c.c.i.i. non muti i termini della questione, condivisibilmente, BENAZZO, (nt. 1), 296.

[28] Ma nel senso che le competenze in materia di assetti non sarebbero delegabili né verso il basso (soci), né verso l'alto (amministratori esecutivi), ABRIANI, ROSSI, (nt. 1), 401.

[29] La formula testuale mi è stata suggerita da R. VIGO.

[30] Conf., BENAZZO, (nt. 1), 290.

4. (Segue) *La questione dell'applicabilità della* business judgement rule *ai doveri organizzativi interni.*

Altra questione è quella di valutare se i nuovi doveri in materia di assetti siano in grado di incrementare effettivamente il livello di responsabilità degli amministratori, anche in caso di successiva insolvenza. Su questo punto è preferibile assumere un atteggiamento scettico, non essendo agevole per chi agisce provare il nesso di causalità tra il danno (tipicamente le perdite) e l'inadeguatezza degli assetti [31]: il terreno elettivo del controllo sugli assetti resta pertanto quello dei settori speciali, come quello bancario e finanziario, nei quali è previsto il ricorso a sanzioni amministrative pecuniarie ed interdittive, che non sono legate di per sé al verificarsi di un danno [32].

In ogni caso, è assai dibattuto in dottrina il tema dell'esistenza e dei limiti di una possibile discrezionalità organizzativa in materia; in particolare, diversi autori si sono posti il problema se si applichi, anche in questo campo, la c.d. *business judgement rule* [33]. E non è agevole discutere dell'applicazione di una regola non codificata [34], che è stata variamente declinata anche negli ordinamenti in cui è espressamente prevista (con incerte soluzioni interpretative proprio in materia di doveri organizzativi) [35], ed è talora volta a regolare profili di tipo più processuale che sostanziale [36].

Com'è noto la *BJR* – per opinione consolidata – è una regola (implicita, come detto, nell'ordinamento italiano) che riconosce la discrezionalità imprenditoriale (salvo i casi di mala fede, conflitto di interessi, istruttoria inadeguata e irrazionalità intrinseca), presumendo altresì la ragionevolezza aziendа-

---

[31] Conf., ABRIANI, ROSSI, (nt. 1), 396; BRIZZI, (nt. 22), 378.

[32] Cfr., F. RIGANTI, *Appunti sul ruolo degli amministratori privi di delega nelle banche*, in *Banca, impr., soc.*, 2017, 431 ss.

[33] In senso favorevole, tra gli altri, ABRIANI, ROSSI, (nt. 1), 396 ss.; BENEDETTI, (nt. 24), 413 ss.; BRIZZI, (nt. 22), 382 ss.; DI CATALDO, ARCIDIACONO, (nt. 11), 22 ss.; FORMISANI, (nt. 24), 479 ss.; IBBA, (nt. 1), 246 ss. In senso contrario, V. DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale*, in *Riv. soc.*, 2017, 311 ss.; GINEVRA, PRESCIANI, (nt. 1), 1236, MONTALENTI, *Diritto*, (nt. 3), 62 ss.; R. SACCHI, (nt. 5), 1286 ss.; M. MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum *Antonio Piras*, Torino, Giappichelli, 2010, 728 ss.

[34] Cfr., per l'applicabilità anche nel nostro ordinamento, A. ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni*, Padova, Cedam, 2011, 241 ss.

[35] V., BENEDETTI, (nt. 24), 424 ss.

[36] Cfr., FORMISANI, (nt. 24), 455 ss.

le delle scelte gestorie degli amministratori, senza necessità di motivazione, né di rispetto del principio di prudenza.

Alcuni argomenti utilizzati per escludere l'applicazione della *BJR* appaiono infondati: in particolare, sembra invero evidente che i doveri organizzativi assurgano a *per se rules* solamente nel caso in cui la normativa imponga l'adozione di determinate soluzioni (la nomina di determinati uffici, etc.) [37], rispetto alle quali non sussista un reale spazio di discrezionalità, come avviene per larga parte dell'organizzazione interna bancaria [38]. Nel modello codicistico, invece, i doveri in materia di assetti restano una mera concretizzazione di doveri aventi portata generica, che appartengono all'ambito degli *standard*, come dimostra l'adozione del parametro elastico della "adeguatezza" [39].

Ciò premesso, sembra preferibile ritenere che una presunzione di razionalità possa valere per le scelte propriamente gestionali dell'impresa (scelta di che cosa e come produrre e delle modalità di offerta di beni e servizi). In queste materie anche strategie audaci e rischiose devono essere considerate (presuntivamente) legittime e possono essere anzi apprezzate sotto il profilo dell'innovazione.

Sul piano organizzativo, invece, l'ordinamento – e ne sono conferma le norme del t.u.s.p. e del c.c.i.i. – sembra valorizzare un principio di prudenza, che dovrebbe consentire di sindacare sul piano oggettivo le scelte quando non abbiano oggettiva coerenza con principi di efficienza produttiva e si distacchi-

---

[37] L'espressa menzione normativa del dovere degli assetti da parte del c.c.i.i., e la loro espressa finalizzazione anche a finalità preventive della crisi, non sembra pertanto in grado, come ritenuto invece da parte della dottrina, di mutarne la natura: diversamente, tra gli altri, ed anche per il paragone (per vero improprio) con la normativa bancaria, DE SENSI, (nt. 33), 347, il quale valorizza il dato finalistico della funzione di prevenzione della crisi (che per vero non sembra presentare particolare rilievo in ordine all'alternativa tra genericità e specificità del dovere). Nel senso della specificità del dovere, già nel sistema previgente, M. DE MARI, *Adeguatezza degli assetti societari e profili di responsabilità degli organi sociali*, in *NDS*, 2009, 79 ss.

[38] V., MIRONE, *Regole*, (nt. 6), 52 ss.; A. MINTO, *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 1165 ss.; F. RIGANTI, *L'evoluzione del sistema dei controlli interni nell'impresa bancaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 304 ss.

[39] Conf., BENEDETTI, (nt. 24), 425. Altro profilo che non appare determinante è quello relativo al rischio che in sede giudiziaria prevalga un'ottica di valutazione *ex post*. Detto rischio sussiste probabilmente in ogni valutazione circa la rispondenza di un comportamento a determinati canoni di condotta, dopo che si sia già verificato il danno: valorizza invece tale profilo al fine di ritenere applicabile la *BJR*, BENEDETTI, 442. Parimenti, la scelta del legislatore di escludere una competenza dei soci in materia di assetti, volta a responsabilizzare la posizione degli amministratori, non sembra anch'essa rilevare (ma v. BENEDETTI, 443 s.), essendo interamente di competenza degli amministratori anche svariati obblighi di natura specifica, ai quali non si applica pacificamente la *BJR*.

no senza valida motivazione dagli *standard* di settore, che possono essere invece assicurati mediante adesione a codici di autodisciplina, ricorso a sistemi di certificazione aziendale o consulenze esterne, etc.[40]. L'applicazione della *BJR* in materia di scelte imprenditoriali dovrebbe a sua volta uscire rafforzata dalla minore flessibilità dei doveri in materia organizzativa: le scelte imprenditoriali non sono sindacabili, se e (proprio) in quanto la società si sia dotata di adeguati sistemi di controllo e monitoraggio del rischio, mentre il *safe harbour* sarebbe meno giustificabile in caso di impossibilità del giudice di sindacare nel merito la correttezza degli assetti.

La *BJR*, in tal senso, presuppone che gli amministratori si muovano nell'ambito di un contesto esterno e di mercato, caratterizzato da possibile scarsità di informazioni, variabili esterne e necessità di adottare previsioni su eventi futuri, ponendo a questo punto l'accento più sul processo deliberativo (flussi informativi, assenza di interessi personali, etc.) che sulla decisione in sé (che resta comunque sindacabile anche per la *BJR*, ma solamente ove del tutto irragionevole). Nel caso degli assetti, invece, il campo decisionale è tendenzialmente interno all'azienda, e pertanto l'ambito della discrezionalità anche tecnica degli amministratori sembra più limitato rispetto a quello che deve riconoscersi per le scelte imprenditoriali in senso stretto[41].

Né convincono alcuni tentativi dottrinali di eliminare la partizione tra gestione vera e propria e organizzazione interna dell'azienda[42], essendo i due ambiti in realtà agevolmente distinguibili sul piano concettuale senza particolari difficoltà, come sembrerebbe peraltro confermare la riconfigurazione del principio di esclusività della gestione (art. 375 c.c.i.i.), operato trasversalmente dalla bozza di decreto correttivo (approvata nel C.d.M. del 13 febbraio 2020)[43] per tutti i tipi societari[44]. In altri termini, di fronte ad un'oggettiva inadeguatezza degli assetti, le limitazioni che pone la *BJR* a carico di parte attrice nell'azione di responsabilità non sembrano giustificate.

Ciò non significa che si debba convenire con chi ritiene che la dotazione preliminare di assetti adeguati sia una "precondizione" oggettiva per l'eserci-

---

[40] In tal senso anche GINEVRA, PRESCIANI (nt. 1), 1236; LIBERTINI, (nt. 19).

[41] Per il carattere tecnico della discrezionalità amministrativa in materia di assetti, v. GINEVRA, PRESCIANI, (nt. 1), 1238.

[42] V., in particolare, FORMISANI, (nt. 24), 480 ss.; in senso dubitativo, SPOLIDORO, *Note*, (nt. 1), 265 ss. Evidenzia la connessione tra profili gestionali e organizzativi, BENEDETTI, (nt. 24), 426 ss.

[43] Poi rimasta lettera morta, visto il rinvio al 1° settembre 2021 dell'entrata in vigore del c.c.i.i., disposto dal d.l. 8 aprile 2020, n. 23.

[44] Enfatizzano invece i nessi tra profili gestionali e organizzativi, tra gli altri, BENEDETTI, (nt. 24), 424 ss.; FORMISANI, (nt. 24), 479 ss.

zio dell'attività [45] – quasi ad assumere il ruolo che ad es. hanno i presìdi organizzativi di sicurezza informatica nei servizi di pagamento [46] – senza la quale gli amministratori dovrebbero essere sempre ritenuti responsabili per le perdite in qualche modo correlabili per l'appunto alla mancata o inadeguata adozione degli assetti (o, se si vuole, potenzialmente evitabili mediante una corretta configurazione degli assetti).

In tal senso, dovrebbe approfondirsi il quesito se la scarsità di risorse economiche da destinare agli assetti (per ciò inadeguati: ad es., la mancata dotazione di *software* gestionali idonei, la mancata assunzione del personale qualificato necessario) possa essere utilizzata come esimente (naturalmente temporanea) dagli amministratori, sia pure a determinate condizioni: se sia stata espressamente valorizzata in sede decisionale, se sia constatata l'impossibilità di reperire nell'immediato le necessarie dotazioni (all'esterno o dai soci: in questo caso, pertanto, sarà necessario al fine di evitare la responsabilità convocare un'assemblea per valutare la disponibilità dei soci ad apporti finanziari in varie forme), se l'inadeguatezza non sia grave, se la prosecuzione dell'attività rappresenti scelta decisamente preferibile rispetto alla sua interruzione per i soci e per i creditori (si pensi ad una rilevantissima perdita di valore aziendale causata dalla messa in liquidazione della società).

Dovrebbe inoltre trovare uno spazio residuale di applicazione il criterio generale della diligenza professionale, onde valutare eventuali e comprovate esimenti addotte in concreto dagli amministratori in ordine ad una temporanea inadeguatezza degli assetti (ad es., indisponibilità nel mercato delle figure professionali necessarie per ricoprire determinati uffici) [47].

Va infine segnalato che la questione dell'applicazione della *BJR* dovrebbe perdere di concreta rilevanza nel caso in cui manchi un'adozione formale degli assetti. In tal caso viene meno un presupposto essenziale per l'applicazione del criterio, che si applicherebbe invece – secondo i suoi stessi fautori – nel caso in cui gli amministratori decidano formalmente e in modo non manifestamente irrazionale di non adottare gli assetti o di adottare assetti oggettivamente non adeguati, sulla base di informazioni apparentemente affidabili [48].

Questo rilievo consente in realtà di evidenziare un ulteriore profilo di criticità della tesi che propende per l'applicazione della *BJR*. In certa misura, infatti, lo

---

[45] Per questa prospettazione, DE SENSI, (nt. 33), 357 ss.

[46] Cfr., G. BERTI DE MARINIS, *La disciplina dei pagamenti non autorizzati nel nuovo sistema delineato dal recepimento della direttiva PSD2*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 646 ss.

[47] Cfr., MONTALENTI, *Diritto*, (nt. 3), 78.

[48] V., BENEDETTI, (nt. 24), 448 ss.

spostamento del criterio decisionale dal contenuto della decisione al procedimento (sotto forma di adeguata istruttoria)[49], per un verso potrebbe non risultare idoneo a consentire un deciso alleggerimento della posizione degli amministratori in ordine alla loro responsabilità, potendosi presumere che il processo istruttorio in caso di decisioni di mercato sia tendenzialmente più ricco rispetto alle decisioni in materia di implementazione e cura degli assetti (con conseguente rischio che non venga spesso rispettato uno dei requisiti a monte per l'applicazione del criterio); e per altro verso sembrerebbe in contrasto con la *ratio legis* che informa il c.c.i.i., orientata in realtà ad assicurare proprio il "risultato" di una effettiva adeguatezza degli assetti organizzativi delle imprese.

Naturalmente, anche in caso di non applicazione della *BJR*, la responsabilità può scattare solamente se gli assetti risultino oggettivamente inadeguati, essendo di per sé insindacabile la scelta di non dotarsi di *standard* particolarmente elevati. Non occorre, invece, che gli assetti siano nel loro complesso inadeguati, ben potendo il danno derivare dalla inadeguatezza di alcuni aspetti del modello organizzativo (*risk management*, *internal audit*, *compliance*, etc.).

5. *Indicatori, indici e indizi della crisi: ricostruzione del sistema.*

Gli assetti organizzativi interni dovrebbero essere in grado di cogliere con tempestività i primi segnali della crisi – definita dall'art. 2, primo comma, lett. a), c.c.i.i. come «lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettivi a far fronte alle obbligazioni pianificate» – monitorando i c.d. indicatori previsti dagli artt. 13 e 24 c.c.i.i., che vengono a costituire parte integrante del sistema anche durante la vita fisiologica dell'impresa, e che vanno per vero al di là della previsione contenuta nella legge delega, afferendo a parametri anche ulteriori e diversi rispetto alla sola inadeguatezza dei flussi di cassa.

Il sistema degli indicatori delineato dal codice presenta un notevole tasso di complessità, con ciò che ne consegue in punto di difficoltà per le imprese di adempiere al dettato normativo, in quanto si trova frammentato in varie norme di difficile coordinamento e ricorre anche a una fonte esterna – gli indici elaborati dal CNDCEC (a loro volta derogabili dalla società previa motivazione e attestazione di un professionista indipendente: art. 13, terzo comma, c.c.i.i.) –

[49] V., FORMISANI, (nt. 24), 468 ss.

alla quale vengono affidati ampi margini di discrezionalità [50].

Anche sul piano terminologico il codice utilizza locuzioni apparentemente simili per concetti diversi: gli *indicatori* – e cioè gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale e finanziario – dovrebbero essere i criteri generali apprezzamento del rischio di crisi (art. 13, primo comma, prima parte, c.c.i.i.); gli *indici* dovrebbero essere i "rapporti" idonei a consentire una misurazione in termini matematici degli indicatori afferenti agli squilibri, sulla base di ulteriori sotto-criteri, e cioè la sostenibilità dei debiti, le prospettive di continuità aziendale (per l'arco temporale previsto) e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi (art. 13, primo comma, seconda parte, e 13, secondo comma, c.c.i.i.) [51]; gli *indizi* della crisi sono quelle circostanze che devono essere segnalate dall'organo di controllo agli amministratori, ai sensi dell'art. 14 c.c.i.i., e l'espressione dovrebbe riferirsi alla valutazione "unitaria" dei vari indicatori ed indici, che induca a ritenere sussistente uno stato di crisi.

In definitiva, gli indicatori di crisi sono tutti gli *squilibri* reddituali, patrimoniali e finanziari, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e della sua attività. Detti squilibri sono rilevabili [52] mediante *indici* che (*a*) diano conto: (*a1*) della *sostenibilità dei debiti* per i successivi sei mesi; (*a2*) delle *prospettive di continuità aziendale* per l'esercizio in corso o, se la durata dello stesso è inferiore, per i sei mesi e (*b*) sono elaborati dal CNDCEC e misurano: (*b1*) la *sostenibilità* degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa; (*b2*) l'adeguatezza di *mezzi propri* rispetto a quelli dei terzi.

Tuttavia, costituiscono "indicatori" della crisi pure i *ritardi* reiterati e significativi nei pagamenti, "anche" sulla base di quanto previsto dall'art. 24 c.c.i.i. in materia di misure premiali; e pertanto quanto meno (ma non in via esaustiva) l'esistenza di: (*i*) debiti per retribuzioni non pagati e (*ii*) debiti per fornitori scaduti, che superino le soglie previste dalla norma. I criteri dell'art. 24 c.c.i.i. sembrano tendenzialmente vincolanti per l'organo di controllo in ordine alla

[50] Una versione provvisoria del documento CNDCEC è stata pubblicata nell'ottobre 2019, ed è disponibile sul sito del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili (reperibile in internet al seguente indirizzo: http://www.commercialisti.it). Ad essa si farà riferimento nella presente analisi.

[51] Cfr., M. Perrino, *Crisi di impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in *Corr. giur.*, 2019, 653 ss.; G. Racugno, *Gli indicatori della crisi di impresa*, in *Dir. fall.*, 2019, 1354 ss.

[52] Sembrerebbe non in via esclusiva, ma in effetti il codice non fornisce altri elementi, salva la possibilità ai sensi dell'art. 13, terzo comma, c.c.i.i., di motivare il discostamento della singola società dai parametri regolamentari, che potrebbe in linea teorica riguardare la misura di rilevanza degli indici stessi (il parametro numerico), oppure l'adozione di parametri tecnici diversi, che dovranno essere oggetto dell'attestazione da parte del professionista indipendente.

necessità di effettuare quanto meno la segnalazione interna ai sensi dell'art. 14, secondo comma, c.c.i.i., ma anche diverse tipologie o livelli di ritardi potrebbero essere tali da giustificare in concreto l'attivazione dell'allerta interna: ad es., un livello di indebitamento con i creditori pubblici qualificati, prossimo alle soglie che farebbero scattare l'obbligo di segnalazione ai sensi dell'art. 15, terzo comma, c.c.i.i.

La bozza di documento CNDCEC, pubblicata nell'ottobre 2019 [53], ha elaborato gli indici previsti dalla normativa [54], prevedendo i seguenti limiti: (*i*) DSCR (*Debt Service Coverage Ratio*) non inferiore a uno; (*ii*) patrimonio netto non inferiore a uno. Solo in caso di indisponibilità del DSCR, si ricorre ad ulteriori cinque indici, che devono essere cumulativamente superati.

Nella sostanza, ricostruendo l'intero sistema e collegando previsioni di rango primario e secondario, sembra potersi ritenere che gli indizi di crisi – i quali obbligano l'organo di controllo ad intervenire ai sensi dell'art. 14 c.c.i.i. – siano di fatto *cinque*: (*i*) il DSCR negativo; (*ii*) il patrimonio netto negativo; (*iii*) la prognosi di interruzione della continuità aziendale entro l'esercizio o nei successivi sei mesi; (*iv*) i ritardi nei pagamenti a dipendenti e fornitori di cui all'art. 24, lettere a), b), c.c.i.i.; (*v*) i ritardi nei pagamenti erariali e contributivi di cui all'art. 15, secondo comma.

6. (Segue) *Spunti critici.*

L'art. 4 l. delega collegava espressamente l'introduzione delle procedure di allerta all'obiettivo della «emersione anticipata della crisi», e proprio in ragione di tale obiettivo prevedeva anche misure premiali a favore dei debitori che propongano tempestivamente l'istanza per l'apertura del procedimento di composizione assistita presso l'OCRI [55]. Il sistema, pertanto, dovrebbe richiedere una reale capacità degli indicatori della crisi di garantire il c.d. *early warning*, mentre numerosi aspetti dei parametri esposti nel precedente paragrafo sem-

[53] Cfr., *supra*, nt. 50.

[54] Nel senso che la regolamentazione di dettaglio abbia anche una funzione di garanzia nei confronti dell'impresa rispetto a possibili eccessi di zelo da parte degli organi di controllo, G. BONFANTE, *Le misure di allerta*, in *Giur. it.*, 2019, 1972.

[55] Cfr., G. GUERRIERI, *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 824 ss.; F. INNOCENTI, *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto*, in *RDS*, 2018, 971 ss.; P. VALENSISE, *Organi di controllo nelle procedure di allerta*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 583 ss.

brano indebolire almeno in parte la tempestività delle allerte, quasi ad orientare l'ordinamento verso l'obiettivo di una tempestiva gestione – piuttosto che prevenzione – di crisi (già pienamente in atto), al fine di evitare che la stessa sfoci in vera e propria insolvenza.

Prendendo le mosse dal *DSCR* – che rappresenta il primo indice previsto dal documento del CNDCEC e calcola il rapporto tra i flussi di cassa liberi, previsti nei sei mesi successivi, disponibili per il rimborso dei debiti previsti nello stesso arco temporale – trattasi di uno strumento effettivamente innovativo sul piano della normativa civilistica [56]. Alcuni dettagli, come la possibilità di tenere conto delle dilazioni d'uso consentite dai fornitori entro il limite della fisiologia, anche oltre il rispetto dei termini di cui al d. lgs. n. 231/2002 [57], lasciano intendere che il documento ha inteso mantenere una significativa elasticità del criterio. L'arco temporale considerato dall'art. 13, e cioè quello minimo semestrale, utilizza inoltre uno *standard* che sembra più lasco di quello previsto nei correnti principi in materia di revisione contabile [58], con la conseguenza che lo sforamento del parametro potrebbe risultare idoneo a segnalare una crisi in atto o comunque la manifestazione finanziaria oramai prossima di una crisi imprenditoriale anch'essa già in atto [59], più che consentire una vera e propria previsione o anticipazione della crisi stessa [60].

Il *patrimonio netto negativo* è invece un indice di allarme già previsto dal codice civile, che prevede il verificarsi al riguardo di un'apposita causa di scioglimento della società (art. 2484, n. 4, c.c.). Anche in tal caso può ritenersi che il grado di anticipazione della crisi non sia elevato, atteso che anche perdi-

---

[56] Va precisato che il documento CNDCEC segnala la possibilità di elaborare il DSCR mediante due diversi approcci metodologici (p. 19 s). Sulla disciplina codicistica in materia di bilancio, che già presenta attenzione ai profili della sostenibilità dell'indebitamento finanziario, v., BENAZZO, (nt. 1), 291 s.

[57] Cfr., 20, nt. 7.

[58] Cfr., M. BINI, *Procedure di allerta: indicatori della crisi ed obbligo di segnalazione da parte degli organi di controllo*, in *Società*, 2019, 431 ss.

[59] In tal senso, un profilo di ingenuità nell'impostazione adottata nel c.c.i.i. (soprattutto nel procedimento di composizione assistita della crisi) risiede nell'idea che il superamento delle crisi dipenda più che altro dalla definizione di accordi con i creditori, e non invece (quanto meno anche) dall'adozione di misure di riorganizzazione imprenditoriale e industriale: v., BINI, (nt. 58), 433 ss.

[60] Deve peraltro darsi conto del fatto che gli indici CNDCEC sono stati elaborati in seguito ad impegnative indagini statistiche (v. 11 ss.), mediante test che hanno interessato tutte le società con bilancio ordinario pubblicato al registro delle imprese, avendo riguardo ad eventi di *default* occorsi nei tre anni successivi ed utilizzando i modelli di analisi maggiormente consolidati in ambito aziendalistico.

te significative sul capitale potrebbero essere ben considerate come sintomo di crisi in atto, pur in presenza di un patrimonio netto ancora positivo. In sostanza, agli obblighi di cui all'art. 2447 c.c. (che già prevedono la relazione degli amministratori all'assemblea, con le osservazioni del collegio sindacale, e i conseguenti oneri di ricapitalizzazione), si aggiungerebbe l'avvio del procedimento di cui all'art. 14 c.c.i.i., che tuttavia dovrebbe essere omesso ove gli amministratori convochino l'assemblea per la ricapitalizzazione della società, a meno che l'organo di controllo reputi inidonea l'operazione straordinaria, ad es. per l'esiguo ammontare, per la previsione di ulteriori ingenti perdite a breve, per l'assenza di prospettive di continuità aziendale dovuta a fattori esterni (rottura di relazioni commerciali, etc.) [61]. In tal modo si arricchiscono i doveri di reazione dell'organo di controllo, nella prospettiva di affiancare allo sbocco civilistico della liquidazione quello del procedimento presso l'OCRI, ma non si aggiungono di per sé – limitatamente a questo indice – "campanelli di allarme" che non fossero già presenti nel sistema.

In ordine alla *continuità aziendale*, può osservarsi anche in tal caso che l'arco temporale semestrale previsto dal c.c.i.i. è inferiore a quello annuale, previsto dall'OCI 11 e dal Principio di revisione ISA 570 Italia [62]. La valutazione dei profili di compromissione della continuità, diversi dalla sostenibilità dei debiti, è affidata alla valutazione tecnica degli organi sociali, senza che siano previsti indici di carattere numerico, rilevando in tal caso altri profili, di tipo industriale, di mercato o gestionale (ad es., il verificarsi di importanti danni ambientali o industriali, l'esistenza di controversie in corso con prognosi negativa a breve termine, gravi dissidi tra i soci, la perdita di importanti clienti o fornitori). Anche in tal caso, valgono pertanto considerazioni simili a quelle svolte per i parametri di tipo patrimoniale, dato che in dottrina sembra affermarsi l'idea che la perdita della continuità aziendale (quanto meno non reversibile) comporti scioglimento della società per impossibilità di consegui-

[61] Il patrimonio netto negativo è peraltro mantenuto come unico indice di crisi in caso di società in liquidazione (la messa in liquidazione della società sembra quindi non esonerare in tal caso gli organi di controllo dall'avvio del procedimento *ex* art. 14 c.c.i.i.). Il documento CNDCEC (p. 24) mantiene ambiguamente rilevanza anche al DSCR pure nelle società in liquidazione («rileva comunque la presenza di reiterati e significativi ritardi nei pagamenti o di un DSCR inferiore ad 1»), il che potrebbe contrastare con la nota soluzione giurisprudenziale che esclude l'insolvenza per le società in liquidazione con patrimonio netto positivo (il punto meriterebbe approfondimento e il documento è molto scarno al riguardo): cfr., come più recente, Cass., 27 giugno 2017, n. 15948; e in dottrina, pur in senso critico, N. ROCCO DI TORREPADULA, *Lo stato di insolvenza delle società in liquidazione*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 448 ss.

[62] BINI, (nt. 58), 433.

re l'oggetto sociale ai sensi dell'art. 2484, n. 2, c.c. (oltre che comportare le note variazioni circa i criteri di valutazione del bilancio) [63]. Ove si accolga tale prospettiva, emerge comunque una differenza rispetto all'indice del patrimonio netto, dato che l'organo di controllo dovrebbe organizzare la propria vigilanza in modo intercettare il rischio di crisi con anticipo quanto meno semestrale, rispetto all'evento di per sé rilevante sul piano civilistico.

Quanto agli *inadempimenti* di cui all'art. 24, sussiste la concreta possibilità che in tali casi l'impresa versi già in stato di insolvenza (in atto o prossima), e non sussistono per vero fondate ragioni tecniche o analisi empiriche idonee a comprovare che tali parametri siano tali da consentire un'emersione anticipata della crisi, essendo astrattamente possibili sia falsi postivi (ove gli inadempimenti dipendano da una più o meno corretta strategia finanziaria dell'impresa) che falsi negativi (collocandosi tali situazioni tipicamente a valle di un DSCR già da tempo negativo). Analoga considerazione può effettuarsi rispetto all'esposizione debitoria verso i creditori pubblici qualificati di cui all'art. 15 [64].

Nel complesso, la combinazione degli indici stabiliti dal c.c.i e dalle fonti

---

[63] Cfr., M. SPIOTTA, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, Milano, Giuffrè, 2017, 71 ss.; N. BACCETTI, *La gestione delle società di capitali in crisi tra perdita della continuità aziendale ed eccessivo indebitamento*, in *Riv. soc.*, 2016, 568 ss.; D. MARI, *Perdita di continuità aziendale e impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale: i doveri dell'organo gestorio*, in *Riv. not.*, 2014, 487 ss.; G. RACUGNO, *Venir meno della continuità aziendale e adempimenti pubblicitari*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 225. In senso più cauto, ASSONIME, *Caso n. 15/2017*.

[64] Al riguardo va evidenziato che il legislatore, onde semplificare gli oneri di valutazione a carico di tali soggetti e limitare la possibilità di errori [anche in ragione delle misure punitive forse troppo drastiche – v. PERRINO, (nt. 51), 659 – ed in possibile contrasto con la direttiva 2019/1023/UE, previste dall'art. 15, primo comma, c.c.i.i.], ha adottato soglie fisse ed espresse in termini assoluti: cinquantamila euro di ritardi oltre 6 mesi per contributi; un milione di crediti affidati all'agente della riscossione (è invece espresso anche in percentuale il debito scaduto per IVA). Dette soglie appaiono criticabili nel merito (cfr. anche PERRINO, (nt. 51), 658 ss.), in quanto rischiano facilmente di generare falsi positivi (un debito scaduto per contributi di cinquantamila euro può essere significativo per società piccole e potrebbe non esserlo affatto per grandi società) e negativi (un importo anche minore di un milione di euro di crediti affidati all'agente della riscossione ben può essere rilevante per una PMI). È peraltro da evidenziare che la segnalazione dei creditori pubblici avviene direttamente all'OCRI, che a sua volta avvisa gli organi di controllo, con la conseguenza che i margini di intervento di questi ultimi si riducono significativamente, dovendo l'OCRI procedere entro quindici giorni all'audizione del debitore. Si presume pertanto – a torto o a ragione – che le allerte interne non abbiano funzionato, anche se non è detto che siano stati già superati gli altri indicatori di crisi, con la conseguenza che sarà compito dell'OCRI verificare l'effettiva condizione dell'impresa. In ogni caso, a fronte del rifiuto del debitore di ritenersi "in crisi", l'OCRI può effettuare la segnalazione al P.M. solamente se ritiene che sussista evidente insolvenza (l'organo di controllo, informato dall'OCRI, potrebbe a sua volta azionare altri rimedi: denunzia ai sensi dell'art. 2409 c.c., iniziativa per la messa in liquidazione volontaria o giudiziale).

delegate esprime una certa (e per certi versi comprensibile) prudenza, che risulta tuttavia in contraddizione con la dichiarata finalità di consentire una emersione (quanto più) anticipata della crisi. La prudenza può essere dovuta al dubbio (effettivamente concreto) che uno strumento del tutto nuovo, come quello della procedura presso l'OCRI, possa incontrare forti difficoltà a gestire efficacemente le situazioni di pre-crisi, che rischierebbero di essere aggravate dai termini stretti inderogabilmente previsti dal sistema e dall'eventualità che non venga assicurata – al di là dei doveri formalmente previsti – una piena riservatezza della procedura, con conseguente indebolimento delle capacità negoziali con fornitori e finanziatori [65].

In definitiva, al di là delle dichiarazioni di principio, l'impressione è che il sistema, nella sua concreta configurazione, sia di fatto orientato ad evitare che l'imprenditore in stato di insolvenza o pre-insolvenza tardi nell'adozione di uno degli strumenti di risoluzione della crisi o anche liquidatori previsti dall'ordinamento (obiettivo senz'altro positivo), piuttosto che a consentire effettivamente di prevenire a monte le situazioni di crisi, intercettando le stesse in una fase prodromica o iniziale (con il rischio che l'apertura accelerata di procedure finisca per creare invece problemi operativi e tensioni negative) [66].

Tale obiettivo – come detto di tempestiva "gestione" (più che anticipazione) della crisi – viene perseguito mediante la previsione di numerosi ed eterogenei "campanelli d'allarme", che dovrebbero facilitare valutazioni prima rimesse ad una maggiore discrezionalità, facilitando il compito degli organi di controllo; confidandosi che il processo in contraddittorio tra questi ultimi e gli amministratori possa servire ad evitare l'apertura di ulteriori procedimenti formali nel caso di falsi positivi, e in ogni caso a favorire la pronta adozione delle misure più idonee al caso concreto [67].

---

[65] BINI, (nt. 58), 432.

[66] Conf., SPOLIDORO, *Procedure*, (nt. 1), 272 ss.; e INNOCENTI, (nt. 55), 999 ss., che evidenzia la compatibilità di tale soluzione con la prospettiva della direttiva UE sui quadri di ristrutturazione preventiva.

[67] Il fatto che non scattino i "campanelli" di allarme evidentemente non determina alcun *safe harbour* per l'organo di controllo, che – alla luce del dovere di vigilanza sui principi di corretta amministrazione – deve comunque intervenire per un confronto con l'organo amministrativo, ove evidenzi irregolarità gestionali, difficoltà imprenditoriali o altre situazioni che comportino un deterioramento degli indici considerati dal documento CNDCEC (ad es., peggioramento tendenziale del DSCR, gravi perdite patrimoniali).

7. *Profili di disciplina dell'allerta interna: ambito di applicazione.*

Il nuovo testo dell'art. 2086, secondo comma, c.c., non contiene solo la previsione generalizzata del dovere di istituzione degli assetti, ma anche quella del dovere 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».

In tal senso, il nuovo codice prevede diversi livelli di reazione alla crisi [68], per evitare che la stessa sfoci in insolvenza [69]: le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi (artt. 12 ss. c.c.i.i.); il piano attestato di risanamento, rivolto ai creditori (art. 56 ss. c.c.i.i.); gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 57 ss. c.c.i.i.); la convenzione di moratoria (art. 62 c.c.i.i.) e il concordato preventivo (art. 84 ss. c.c.i.i.) [70].

Tutti i procedimenti e gli strumenti sopra indicati presuppongono l'esistenza in atto di uno stato di crisi, ad eccezione della c.d. allerta interna di cui all'art. 14 c.c.i.i., per la quale è sufficiente l'esistenza di «fondati indizi» della crisi, che devono presumersi alla ricorrenza dei parametri già illustrati, con la conseguenza che il rimedio in questione dovrebbe poter essere utilizzato anche in funzione preventiva della crisi [71].

Anche nelle società pubbliche, il t.u.s.p. sembra prevedere l'individuazione di una soglia di attenzione che sorge quando l'impresa è in situazione forse ancor meno critica di quella prevista dal c.c.i.i. e può risanarsi con misure

---

[68] In dottrina sembra giustamente affermarsi (anche tra gli autori contrari all'applicazione della *BJR* agli assetti) l'idea che la scelta tra i vari strumenti non sia sindacabile, tranne in caso di oggettiva irragionevolezza della soluzione adottata: v., SACCHI, (nt. 1), 1289.

[69] Nelle società pubbliche si deve aggiungere il piano di risanamento di cui all'art. 16, secondo comma, t.u.s.p.

[70] Sul punto è da ritenersi, mediante interpretazione estensiva dell'art. 2086 c.c., che resti pienamente legittima l'adozione di altri strumenti previsti o contemplati dall'ordinamento (operazioni di riorganizzazione come fusioni o aumenti di capitale, transazioni effettuate anche al di fuori dalle procedure del c.c.i.i., etc.: il piano attestato sembra restare in tal senso uno strumento non obbligatorio a pena di regolarità e validità degli accordi tra società in crisi e i creditori, il che non significa che i creditori, i quali effettuino accordi con società in crisi senza ricorrere al piano di cui all'art. 56 c.c.i.i., non possano andare incontro a varie forme di responsabilità). Conf., DI CATALDO, ROSSI, (nt. 1), 754 s.

[71] La segnalazione ai sensi dell'art. 14, secondo comma, c.c.i.i., è in tal senso legittima, anche se i parametri non sono stati sforati, ma l'organo di controllo ritiene comunque sussistenti indizi della crisi. L'organo amministrativo non si può pertanto rifiutare di interloquire solo perché i parametri numerici sono in regola. Diverso discorso vale per la segnalazione esterna all'OCRI, su cui vedi *infra*, § 8.

prettamente interne, senza necessità di accordi con i debitori. Infatti, l'art. 14, secondo comma, fa scattare l'obbligo di adottare un idoneo piano di risanamento – che ben può limitarsi ad una riorganizzazione aziendale, volto a recuperare l'equilibrio economico della società – al verificarsi di «indicatori di crisi aziendale» [72], che emergano nell'ambito dei programmi di valutazione del rischio di cui di cui all'art. 6, secondo comma [73].

Pur nell'ambiguità dei riferimenti normativi testuali e degli indicatori primari e secondari previsti dal c.c.i.i., sembra tuttavia innegabile che la *ratio* complessiva del sistema sia quella di prevedere due livelli di allerta: il primo livello richiede soltanto misure interne, che costituiscono oggetto (insito nel sistema) di un preciso dovere di attivazione (già in ragione del canone di diligenza) in capo agli amministratori e agli altri organi societari; il secondo livello richiede invece il ricorso agli strumenti di risoluzione della crisi (già in atto) previsti dal c.c.i.i., a partire dalla segnalazione all'OCRI da parte di organi di controllo e creditori pubblici qualificati.

Pur non essendo previsto un criterio gerarchico tra i vari strumenti di risoluzione della crisi [74], il disegno del legislatore è pertanto quello per cui in tutte le imprese (con esclusione da un lato di quelle di cui all'art. 12, quinto comma, e dall'altro di quelle prive dell'organo di controllo), dovrebbe tendenzialmente scattare prima la segnalazione degli organi di controllo di cui all'art. 14 c.c.i.i., e immediatamente dopo l'informativa all'OCRI, in assenza di tempestiva adozione delle misure idonee a superare lo stato di crisi [75].

---

[72] Cfr., V.V. CHIONNA, *Le soluzioni concordate della crisi nelle società pubbliche*, in *Dir. fall.*, 2017, 517 ss.

[73] Il fatto che la crisi della società pubblica debba essere affrontata mediante rimedi "interni", che non richiedano tipicamente accordi con i creditori, dovrebbe pertanto determinare la residualità delle procedure di allerta di cui all'art. 14 ss. c.c.i.i., che dovrebbero comunque trovare applicazione in assenza di norme derogatorie: cfr., H. BONURA, M. VILLANI, *Società a controllo pubblico, sistemi di allerta e ruolo della Corte dei conti*, in *Riv. Corte Conti*, 2019, 58 ss.

[74] Pertanto, fermo restando quanto detto in ordine alla responsabilità degli amministratori nella scelta dello strumento risolutivo della crisi, è certamente legittimo presentare una domanda di concordato senza avviare preventivamente alcuno degli strumenti "preliminari".

[75] A sua volta, non sembra che la segnalazione esterna possa essere omessa sol perché si versi in stato di probabile o conclamata insolvenza [in tal senso, invece, BONFANTE, (nt. 54), 1975], come dimostra il fatto che l'OCRI deve effettuare la segnalazione al P.M. solamente nel caso in cui ricorra la doppia condizione che sussista insolvenza e che il debitore non abbia depositato istanza per la composizione dello stato di crisi o altra domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza entro il termine assegnato ai sensi dell'art. 21 c.c.i.i. Per la compatibilità tra le procedure di composizione assistita della crisi e lo stato di insolvenza, con-

In realtà, il dovere di segnalazione interna di sindaci e revisori poteva in qualche modo enuclearsi dal sistema civilistico. Le vere novità stanno pertanto: (*i*) nella determinazione di parametri che rendono obbligatoria la segnalazione e consentono *ex post* di verificare se l'organo di controllo ha tempestivamente interloquito con l'organo amministrativo circa gli indizi della crisi; (*ii*) nella procedimentalizzazione formale del dovere di segnalazione, che deve essere effettuata per iscritto e a mezzo pec, con fissazione di un termine non superiore a trenta giorni per la risposta dell'organo amministrativo [76]; (*iii*) soprattutto, nel successivo dovere di segnalazione all'OCRI in caso di omessa o inadeguata risposta o di mancata adozione di uno strumento di regolazione della crisi entro i successivi sessanta giorni.

La segnalazione interna ai sensi dell'art. 14 richiede quale presupposto necessario (e sufficiente) che esistano fondati indizi di crisi [77], i quali possono essere ritenuti tali (purché la valutazione sia adeguatamente motivata) [78] anche nel caso in cui i parametri degli artt. 13 e 24 non siano stati superati. Essa non può invece essere effettuata in caso di "mere" disfunzioni degli assetti, nel qual caso valgono i soli rimedi societari (artt. 2408, 2409 c.c.), che naturalmente impongono comunque una contestazione e un confronto preliminare con l'organo amministrativo, ma senza possibilità di adire successivamente l'OCRI in caso di inadeguata risposta [79].

A sua volta, la segnalazione all'OCRI richiede un'attenta e ponderata valutazione dell'organo di controllo in relazione a risposte ritenute non del tutto

---

divisibilmente, A. JORIO, *Sull'allerta e dintorni*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 261 ss.; L. STANGHELLINI, *La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza*, in *Fallimento*, 2017, 874.

[76] La scelta della posta elettronica certificata sembra dovuta all'esigenza di assicurare data certa alla segnalazione interna. In tal senso, ove il verbale del consiglio di amministrazione abbia data certa, non potrà contestarsi alcun inadempimento ai sindaci che abbiano attivato la segnalazione in sede consiliare, dando avvio al relativo procedimento.

[77] Ma v., BENAZZO, (nt. 1), 294 s., ad avviso del quale «i presupposti perché la segnalazione possa avere luogo dovrebbero realizzarsi solo a valle del fallimento dell'assetto organizzativo e della sua inadeguatezza, nel caso specifico, a intercettare i segnali possibili della crisi».

[78] In particolare, allorché l'andamento economico (si pensi ad una progressiva e costante riduzione dei ricavi, in presenza di una struttura con rilevanti costi fissi) lasci prevedere facilmente che gli indici di cui all'art. 13, primo comma, c.c.i.i., verranno sforati nel prossimo futuro.

[79] A meno che le disfunzioni organizzative non impediscano di verificare i parametri e l'organo di controllo abbia il fondato sospetto che la società versi in stato di crisi, nel qual caso è da ritenersi che possa essere attivata la segnalazione di cui all'art. 14 c.c.i.i. Ed è ben possibile che siano proprio i primi indizi della crisi a fare emergere l'inadeguatezza degli assetti: VALENSISE, (nt. 55), 593.

soddisfacenti, atteso che potrebbe teoricamente configurarsi una responsabilità non solo in caso di omessa segnalazione all'OCRI, ma anche in caso di infondata segnalazione, che determini un danno reputazionale o di altro genere alla società (difficoltà con banche e fornitori, etc.).

Affinché la segnalazione all'OCRI sia correttamente effettuata, occorre pertanto: (*i*) che sussistano effettivi indizi di crisi; (*ii*) che la risposta dell'organo amministrativo – il quale deve "riferire" in ordine alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese (salvo naturalmente contestare in modo efficace la valutazione circa la sussistenza dello stato di crisi) – sia inadeguata, e a tal proposito ciò che dovrebbe rilevare è se nei successivi trenta giorni venga quanto meno elaborato (ma in certi casi, se la crisi è in una fase preliminare, potrebbe essere sufficiente anche la decisione – purché seria – di elaborare o affidare l'incarico per elaborare) un piano ragionevole di superamento della crisi; (*iii*) oppure (nel caso in cui la prima risposta sia adeguata), che negli ulteriori successivi sessanta giorni le misure non siano state poi effettivamente adottate (e in tal caso non sembra necessario il deposito formale degli atti per l'apertura dei relativi procedimenti, essendo il termine "adozione" abbastanza flessibile per graduare il livello della risposta alla gravità della situazione).

In tal senso, la norma che esclude la configurabilità di una giusta causa di revoca dell'organo di controllo in caso di tempestiva segnalazione (art. 14, terzo comma, c.c.i.i.), da un lato non esclude la revocabilità in caso di ritardata segnalazione, dall'altro non esclude la revocabilità in caso di segnalazione manifestamente infondata.

8. (Segue) *Il rispettivo ruolo di sindaci e revisori; la legittimazione alle segnalazioni; l'esonero dalla responsabilità.*

L'art. 14, primo comma, c.c.i.i., assegna agli organi di controllo societario (sindaci, componenti del comitato interno di controllo nel sistema monistico, componenti del consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico) e ai revisori (in forma individuale o societaria) «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».

La norma pone, pertanto, il tema del rapporto tra *sindaci e revisori*, sia nella fase della vigilanza che in quelle successive dell'interlocuzione con l'or-

gano amministrativo e della reazione ai ritardi nell'adozione delle misure necessarie [80].

In ordine al primo profilo, assume particolare rilievo l'assegnazione dell'obbligo di verifica «ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni» [81], con la conseguenza che le rispettive competenze, come delineate dagli artt. 2403 ss. c.c. e dal d. lgs. n. 39/2010, dovrebbero permanere sostanzialmente immutate [82]: i sindaci dovrebbero così avere una competenza privilegiata in materia di adeguatezza degli assetti organizzativi, mentre i revisori dovrebbero essere in grado di intercettare con maggiore prontezza eventuali carenze nell'assetto contabile; entrambi, a diverso titolo, potrebbero avere una posizione privilegiata per avvertire alcuni segnali di crisi: ad es., i sindaci potrebbero apprendere, mediante la partecipazione al c.d.a., di fatti gestionali o elementi esterni in grado di turbare la continuità aziendale [83]; i revisori potrebbero avere maggiore facilità nel verificare tensioni in parametri contabili come il DSCR.

Se è vero, pertanto, che sul piano dei doveri di controllo la novità risiede più che altro nella previsione di parametri numerici per accertamenti già doverosi, la norma presenta qualche ulteriore profilo di rilievo per le s.r.l., nelle quali, secondo la poco felice formulazione dell'art. 2477 c.c., è prevista l'alternatività tra la figura dell'organo di controllo (sindaco unico o collegio sindacale) e del revisore [84]. La rilevanza strategica che la vigilanza sugli assetti assume nel c.c.i.i. comporta, infatti, un deciso elemento di favore per la tesi che propende per un distacco della figura del revisore *stand-alone* delle s.r.l. rispetto all'omologa figura delle s.p.a.; con conseguente assegnazione al primo quanto meno di alcune delle funzioni dei sindaci, e tra esse innanzitutto proprio il dovere di vigilanza sull'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società.

Il c.c.i.i. si presenta peraltro lacunoso circa i meccanismi di coordinamento tra sindaci e revisori, rischiando anzi di incentivare comportamenti non collaborativi grazie all'esenzione da responsabilità, assicurata dall'art. 14, terzo comma, a chi effettua (per primo) la segnalazione all'OCRI. Il principio di leale collaborazione tra i titolari di funzioni di controllo [85] dovrebbe, pertanto,

---

[80] In argomento, tra gli altri, VALENSISE, (nt. 55), 594 ss.

[81] Conf., BENAZZO, (nt. 1), 282.

[82] Ciò non esclude che la nuova disciplina valga a rafforzare alcune linee interpretative preesistenti, come quella volta ad assegnare già nel sistema codicistico in capo al collegio sindacale un dovere di verificare la persistenza della continuità aziendale: DI CATALDO, ROSSI, (nt. 1), 766 ss.

[83] Cfr., DE SENSI, (nt. 33), 333.

[84] V., DE ANGELIS, (nt. 10), 21 ss.

[85] Agevolmente argomentabile dal dovere di scambio tempestivo delle informazioni, previsto dall'art. 2409-*septies* c.c.: cfr. VALENSISE, (nt. 55), 594 ss.

indurre a configurare un dovere di consultazione preventiva degli stessi, che deriva anche dal dovere di diligenza nell'esecuzione dell'incarico, sia prima della segnalazione all'organo amministrativo, sia prima della segnalazione all'OCRI [86]. Resta tuttavia fermo che collegio sindacale e revisori, sul piano della legittimazione, possono procedere autonomamente.

Non sussistono invece elementi per ritenere che l'art. 14 abbia inteso superare la tradizionale impostazione che attribuisce all'*organo collegiale* (diversamente dai poteri ispettivi) le decisioni in merito agli strumenti di reazione da azionare nei confronti dell'organo amministrativo, tanto più che nella specie sussistono significativi margini di discrezionalità tecnica nell'apprezzamento degli indizi di crisi [87]. Il singolo sindaco, che dissenta dalla decisione del collegio di non effettuare l'allerta interna o l'informativa all'OCRI, dovrà pertanto limitarsi a formalizzare il proprio dissenso nelle dovute sedi (riunioni del collegio sindacale ed eventualmente anche del c.d.a.) [88].

Particolarmente incerta si mostra anche la portata dell'esonero da responsabilità, previsto dall'art. 14, terzo comma [in applicazione dell'art. 4, primo comma, lett. f), l. delega], a norma del quale la «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 con-

[86] In tal senso, la previsione del decreto correttivo, che modifica l'art. 14, secondo comma, disponendo che sindaci e revisori hanno rispettivamente il dovere di informare l'altro organo delle segnalazioni (già) effettuate agli amministratori e all'OCRI, appare una soluzione meno avanzata di quella prospettabile sulla base dei principi generali (dovere di preventiva consultazione).

[87] Conf., BONFANTE, (nt. 54), 1971. In senso dubitativo, invece, BENAZZO, (nt. 1), 279.

[88] Una valorizzazione estrema del ruolo dei singoli componenti del collegio si rinviene in SPOLIDORO, *Procedure*, (nt. 1), 179 ss., il quale (alla luce della l. delega e prima del c.c.i.i.) ritiene che non solo l'amministratore delegato in virtù dei propri poteri di rappresentanza, ma anche i singoli amministratori anche non esecutivi, possano presentare istanza di accesso al procedimento di composizione della crisi, anche in dissenso dalla maggioranza. La tesi non sembra tuttavia accettabile, in quanto, se è vero che per l'istanza all'OCRI non è prevista espressamente una riserva consiliare, il principio di maggioranza deve comunque prevalere in ordine alle scelte di merito sulle procedure più idonee al superamento della crisi, proprio in virtù della discrezionalità tecnica che sul punto presuppone la previsione normativa del (nuovo) art. 2086, secondo comma, c.c. Né sussiste un *favor* normativo così evidente per la procedura di composizione assistita, rispetto agli altri strumenti del c.c.i.i. L'argomento testuale, che fa riferimento agli "amministratori", i quali dovrebbero essere intesi come "tutti" gli amministratori, è del resto assai debole, in quanto tutti i poteri collegiali previsti dal codice civile sono tipicamente assegnati agli "amministratori". Una procedura di composizione assistita della crisi aperta da un singolo amministratore, contro la valutazione della maggioranza, sarebbe peraltro verosimilmente destinata all'insuccesso.

seguenza 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» [89].

È tuttavia rilievo pressoché unanime che le intervenute segnalazioni all'organo amministrativo e all'OCRI non fanno venire meno i doveri di controllo per il periodo successivo, rispetto a eventuali irregolarità gestionali dell'organo amministrativo [90]. L'unica sfera plausibile di esenzione, pertanto, è quella che consegue allo spazio temporale d'intervento dell'OCRI, all'interno del quale (*i*) non dovrebbe configurarsi (a meno di una palese inidoneità in concreto di tale procedimento) una responsabilità per omessa attivazione – nelle more – degli altri strumenti di risoluzione della crisi o liquidatori previsti dal c.c.i.i., e (*ii*) il collegio sindacale non potrà dirsi tenuto a formulare autonoma istanza per l'accesso alla procedura di liquidazione giudiziale ai sensi dell'art. 37, secondo comma, c.c.i.i.

In tal senso, l'esonero dovrebbe valere anche per gli amministratori che decidano autonomamente (o a seguito di allerta interna) di adire tempestivamente l'OCRI per il procedimento di composizione assistita della crisi (secondo i criteri stabiliti dall'art. 24 c.c.i.i.) [91], vista l'esenzione – ben più forte – dalla punibilità dei reati, prevista dall'art. 25, secondo comma, c.c.i.i. [92]. Potrebbe inoltre configurarsi una presunzione (relativa) di non imputabilità delle perdite maturate dalla data della presentazione dell'istanza di cui all'art. 19 c.c.i.i. alla data di eventuale successiva apertura di una procedura di concordato o liquidazione giudiziale, purché il procedimento sia seguito in modo diligente e non dilatorio [93].

---

[89] Non sembra criticabile che l'esonero valga nel solo caso in cui le segnalazioni siano tempestive (non potrebbe essere altrimenti, e non sembra rilevare che ciò determini in linea teorica un rischio – la cui effettività è difficile da prevedere allo stato attuale – di segnalazioni per "falsi positivi"). Evidenziano il timore di una possibile "corsa" alla segnalazione, pur svalutando ragionevolmente la portata dell'esenzione, tra gli altri, DI CATALDO, ROSSI, (nt. 1), 772.

[90] Cfr., VALENSISE, (nt. 55), 605 ss.

[91] E a sua volta, i sindaci dovrebbero poter godere dell'esenzione anche in caso di autonoma apertura del procedimento per impulso degli amministratori (ad es., per decisione del c.d.a. alla presenza dei sindaci), non essendo ragionevole trattare in modo deteriore i sindaci, allorché siano gli stessi amministratori ad anticipare la formalizzazione di un'allerta interna.

[92] Nel senso che, una volta presentata l'istanza all'OCRI, non si possa più imputare agli amministratori di avere ritardato l'adozione di altre misure, SPOLIDORO, *Procedure*, (nt. 1), 176. Non può tuttavia escludersi che in determinate circostanze si possa dimostrare che la scelta della procedura di composizione assistita della crisi sia *ex ante* inadeguata.

[93] In tal senso, il criterio dei c.d. netti patrimoniali di cui all'art. 378 c.c.i.i. [n.t. dell'art. 2486, secondo comma, c.c.: in argomento, v. ABRIANI, ROSSI, (nt. 1), 407 ss.], potrebbe appli-

9. (Segue) *Il rapporto con i rimedi civilistici (artt. 2406, 2408, 2409, 2485 c.c.).*

Il dovere di informazione all'OCRI, che scatta in caso di inadeguata risposta alla segnalazione interna per fondati indizi di crisi, non è evitabile mediante l'attivazione di altri rimedi di tipo societario (convocazione dell'assemblea, denunzia *ex* art. 2409 c.c., etc.) da parte dell'organo di controllo. Al contempo, il c.c.i.i. non contempla alcuna deroga ai rimedi codicistici [94], salva la disattivazione dei meccanismi di tutela del capitale, che presuppone tuttavia l'avvio del procedimento di composizione assistita della crisi ed un provvedimento *ad hoc* del tribunale delle imprese (art. 20, quarto comma, c.c.i.i.).

Spetta, pertanto, all'interprete ricostruire il quadro dei rapporti tra le segnalazioni di cui all'art. 14 e gli altri strumenti di reazione del collegio sindacale.

Quanto al dovere di convocazione dell'assemblea ai sensi degli artt. 2406 e 2408 c.c., non sussiste alcuna ragione di deroga, e la convocazione sarà dovuta, secondo le regole generali, in caso di urgente necessità di provvedere (previa denunzia o meno da parte della minoranza). Il caso tipico può essere rappresentato dalla presenza di fatti che depongano per l'incapacità dell'organo amministrativo – ad es. per ragioni legate alla professionalità dimostrata nella pregressa gestione, alla competenza tecnica o a conflitti d'interesse – di ottemperare al dovere di tempestiva adozione degli strumenti idonei per la risoluzione della crisi. Ed in realtà, quanto meno nei casi in cui non sussista un evidente allineamento tra la compagine amministrativa e quella sociale, la convocazione – ad es. per la revoca assembleare degli amministratori – potrebbe essere già opportuna ogni qual volta l'organo di controllo si veda costretto ad effettuare la segnalazione all'OCRI a causa dell'inadeguata risposta dell'organo amministrativo.

Più complesso è il coordinamento con il procedimento di cui all'art. 2409 c.c., che costituisce invece il rimedio tipico in caso di gravi disfunzioni organizzative in assenza di effettivi indizi di crisi (essendo in tal caso il danno potenziale sostanzialmente *in re ipsa*).

Si è infatti giustamente osservato che il procedimento *ex* art. 2409 c.c. non si presta ad essere utilizzato agevolmente per gestire situazioni di crisi [95], a causa di alcune rigidità e dei tempi tecnici del procedimento, delle responsabilità forse eccessive che verrebbero attribuite all'amministratore giudiziario, e infine anche

---

carsi analogicamente all'avvio dei procedimenti presso l'OCRI, che pure non possono qualificarsi come procedure concorsuali.

[94] Conf., VALENSISE, (nt. 55), 604 ss.

[95] DI CATALDO, ROSSI, (nt. 11), 778 ss.

a causa dell'intervenuta previsione normativa di un procedimento *ad hoc* per la gestione "professionale" dei segnali di crisi. Tuttavia, l'espressa previsione dell'art. 2409 c.c., quale rimedio nelle società pubbliche in caso di mancata tempestiva adozione del piano di risanamento in caso di fondati indizi della crisi (previsione mantenuta anche dopo l'emanazione del c.c.i.i.), induce a ritenere che non possano escludersi interferenze tra i due procedimenti [96].

In primo luogo, il procedimento di cui all'art. 2409 c.c. potrebbe essere attivato dalla minoranza, anche in alternativa alla denunzia *ex* art. 2408 c.c., e la pendenza di un procedimento presso l'OCRI non potrebbe certo costituire automatica causa di sospensione del procedimento giudiziario.

L'organo di controllo potrebbe inoltre essere indotto a presentare la denunzia quando allo stato di crisi si associno altre irregolarità e si tema che l'organo amministrativo non sia in grado di gestire efficacemente e con atteggiamento collaborativo il percorso presso l'OCRI[97].

Peraltro, se è vero che il procedimento presso l'OCRI può chiudersi con la segnalazione al pubblico ministero, nei casi di cui all'art. 22 c.c.i.i., tale sbocco è giustamente precluso nel caso in cui non sia evidente la sussistenza attuale di uno stato di insolvenza.

Anche in assenza di altre irregolarità, non può escludersi pertanto che il procedimento di cui all'art. 2409 c.c. possa essere azionato, anche dall'organo di controllo, in ragione della sola grave violazione del dovere di efficace e tempestiva gestione della crisi (art. 2086, secondo comma, c.c.) [98], con esiti che potrebbero teoricamente andare dall'adozione di uno degli strumenti di composizione o risoluzione della crisi (ad opera degli stessi amministratori denunziati, prima che il tribunale provveda sulla denunzia; di altri amministratori nominati dalla società ai sensi dell'art. 2409, terzo comma, c.c.; e, per quanto in casi forse remoti, anche da parte dell'amministratore giudiziario) [99], fino all'iniziativa (da parte degli stessi soggetti) per la liquidazione giudiziale, ove non residuino alternative praticabili.

---

[96] Evidenzia la progressiva valorizzazione del rimedio nelle più recenti riforme legislative (v. anche la c.d. riforma del terzo settore, che estende il procedimento di cui all'art. 2409 c.c. ad enti non societari: art. 29, d. lgs. 3 luglio 2017, n. 117), IBBA, (nt. 1), 258 ss.

[97] Nel senso che il collegio sindacale debba tuttavia dare la precedenza alla segnalazione all'OCRI, BENAZZO, (nt. 1), 295 ss.

[98] La giurisprudenza sembra peraltro avere già colto la rilevanza dell'art. 2086 c.c. sul piano del procedimento *ex* art. 2409 c.c.: vedi, Trib. Milano, 18 ottobre 2019, reperibile in internet al seguente indirizzo: http://www.giurisprudenzadelleimprese.it (che ha provveduto anche alla nomina di un amministratore giudiziario).

[99] Conf., BRIZZI, (nt. 22), 367 ss.

Allerta e dintorni: l'adozione delle misure idonee alla tempestiva rilevazione della crisi da parte dell'imprenditore individuale

Early warning and surroundings: the implementation of measures suitable for the prompt detection of crisis by the individual entrepreneur

Massimo Bianca*

ABSTRACT:

Il presente articolo prende in esame, da un lato, le novità introdotte nel codice civile dal c.c.i.i., in specie l'art. 2086 c.c.; dall'altro, i nuovi strumenti di allerta previsti e regolati dallo stesso c.c.i.i., al fine di porre in luce le conseguenze generate dal sommarsi di questi due significativi interventi in materia di governance delle imprese.
Nell'articolo si evidenza come le funzioni degli organi sociali e del revisore legale e i loro reciproci rapporti risultino complessivamente modificati dalle predette novelle, che hanno tratteggiato un vero e proprio "sistema", ossia un compendio di disposizioni unitariamente concepite e strettamente correlate, accomunate dal dichiarato intento di imporre una (più) virtuosa governance dell'impresa.
L'autore si sofferma, inoltre, sulle misure che devono essere adottate dall'imprenditore individuale ai sensi dell'art. 3, primo comma, c.c.i.i., chiedendosi come questo dovere debba essere adempiuto; secondo quali criteri può esserne valutato l'adempimento; in quali frangenti l'imprenditore individuale può o deve renderne conto.

Parole chiave: assetti organizzativi – strumenti di allerta – corporate governance

This article analyses, on the one hand, the amendments introduced in the Italian Civil Code (ICC) by the new Code of Business Crisis and Insolvency, particularly the amendment of Article 2086 ICC; on the other hand, the new early warning tools provided for by the new Code, in order to highlight the effects of these two significant reforms on corporate governance.

* Professore ordinario di diritto commerciale, Università degli Studi di Trieste; email: bianca@units.it.

The article shows how functions of company bodies and external auditors, and their relationship, have been changed by the abovementioned amendments, which have created a "system"—that is, a set of jointly designed and closely related rules, characterized by the purpose of improving corporate governance.
The author also focuses on the measures to be taken by the individual entrepreneur pursuant to article 3, paragraph 1, of the Code, investigating how this duty should be fulfilled; according to what criteria its fulfilment can be assessed; and in what situations the individual entrepreneur may or has to account for it.

***Keywords**: organisational structures – early warning tools – corporate governance*

SOMMARIO:

1. Allerta e corporate governance. – 2. Centralità e potenziale autosufficienza dei doveri organizzativi. – 3. Doveri di segnalazione e sanzione per l'inadempimento. – 4. Doveri organizzativi: una prognosi per gli assetti dell'impresa collettiva. – 5. Le misure dell'imprenditore individuale: standardizzazione o adeguamento alla natura ed alla dimensione dell'impresa? – 6. Le misure dell'imprenditore individuale: il ricorso alla prestazione del contabile esterno. – 7. Quale sorte per la continuità aziendale?

1. *Allerta e corporate governance.*

La governance delle imprese, già interessata dalle novità introdotte nel Libro Quinto del c.c. dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (dappresso anche Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza o più semplicemente c.c.i.i.), è destinata ad essere fortemente coinvolta anche dall'entrata in vigore degli "strumenti di allerta" regolati dal Capo Primo del Titolo Secondo dello stesso c.c.i.i.; con la non trascurabile differenza, però, che mentre nel primo caso si è ricorsi ad una novella del codice civile, nell'altro si tratterà, invece, delle indirette conseguenze di una disciplina che, per quanto fortemente sinergica, gli è estranea. Prescindendo dalle ragioni di tale diarchia e dalle possibili difficoltà di coordinamento, che come altrove si è già provato a dimostrare appaiono di non semplice soluzione [1], è indubbio che le funzioni degli organi sociali e del revisore ed i loro reciproci rapporti ne usciranno, comunque, complessivamente modificati.

Le conseguenze generate dal sommarsi dei due interventi non potranno peraltro dirsi non volute, visto che, per quanto ospitate nel c.c.i.i., anche le procedure di allerta sono state concepite in modo tale da poter far parte a pieno

[1] Ci si permette di rinviare a M. BIANCA, *I nuovi doveri dell'organo di controllo tra codice civile e Codice della Crisi*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 1339, dove si indicano le diverse e, forse, preferibili scelte che sarebbero state consentite dalla l. n. 155/2017.

titolo nell'ordinaria governance delle società. D'altronde, non si tratta nemmeno di un esito inatteso. Anzitutto perché il risultato era già presagibile alla luce delle ampie [2], e forse ancor maggiori [3], coordinate di impatto sulla topografia della governance societaria consentite dall'art. 4 della l. n. 155/2017 [4]; poi perché a queste coordinate, già ispirate dalle raccomandazioni e dai progetti di direttiva delle istituzioni europee [5], si aggiungevano, anche se dopo la promulgazione del c.c.i.i., le indicazioni della direttiva (UE) 1023/2019 [6].

Insomma, la prevista combinazione dei due segmenti di disciplina è un fatto acquisito e con l'entrata in vigore delle procedure di allerta la governance delle imprese è destinata a cambiare, si spera in meglio, ben più di quanto desumibile dalle sole dirette modifiche già apportate dall'art. 14 della l. n. 155/2017 al Libro Quinto del Codice Civile.

Venendo al tema qui prescelto, è bene chiarire che la suddetta prognosi – ovverosia, che la governance possa essere fortemente influenzata non solo dalle novelle al codice civile, ma anche dagli "strumenti di allerta" – è suffragata dall'osservare l'ampiezza del perimetro che ne traccia l'art. 12 del c.c.i.i. [7]. In-

---

[2] Si veda P. VALENSISE, *Organi di controllo nelle procedure di allerta*, in *Giur. comm*., 2019, I, 583.

[3] Si rinvia nuovamente a M. BIANCA, (nt. 1), 1343.

[4] È appena il caso di ricordare che l'art. 4, primo comma, della legge delega demanda al Governo di prevedere un «l'introduzione di procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, di natura non giudiziale e confidenziale, finalizzate a incentivare l'emersione anticipata della crisi e ad agevolare lo svolgimento di trattative tra debitore e creditori». Sul punto: A. ROSSI, *La legge delega per la riforma della disciplina della crisi d'impresa: una prima lettura*, in *Società*, 2017, 1375.

[5] Merita aggiungere che l'art. 1 della l. n. 155/2017 dava mandato al legislatore delegato di tener conto della «normativa dell'Unione europea» ed in particolare della Raccomandazione 135/2014/UE del 12 marzo 2014, cui aveva fatto seguito la proposta di direttiva varata dalla Commissione il 22 novembre 2016. Per eventuali approfondimenti si veda, *ex multis*: M. PERRINO, *Crisi di impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in *Corr. giur*., 2019, 653.

[6] Nel testo si fa riferimento alla direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione. Dato che la direttiva (UE) 1023/2019 è di cinque mesi successiva alla promulgazione del c.c.i.i., che non aveva quindi potuto tenerne conto, la l. n. 20/2019 delega il Governo ad adottare, entro due anni dalla data di entrata in vigore dell'ultimo dei decreti legislativi adottati in attuazione della delega di cui alla medesima l. n. 155/2017 e nel rispetto dei principi e criteri direttivi da essa fissati, disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi medesimi. Nel dicembre del 2019 è stato pubblicato uno schema di decreto correttivo del d.lgs. n. 14/2019, del quale si è tenuto conto nello scritto.

[7] Ai soli fini di facilitare la lettura, si ricorda che l'art. 12, primo comma, del c.c.i.i., non modificato nello schema di decreto correttivo, continua a stabilire che costituiscono strumenti

fatti, come si ricava dall'espresso richiamo che questo opera agli «obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore dal codice civile», non si tratta di un mero intervento settoriale, ristretto nei soli limiti del così detto "diritto della crisi", ma di regole ineluttabilmente destinate ad essere stabilmente parte dell'ordinario "diritto delle imprese" [8]. Queste costituiscono, anzi, un vero e proprio "sistema", formato da un compendio di norme, unitariamente concepite ed accomunate dal dichiarato intento di imporre una (più) virtuosa governance dell'impresa, atta a consentire una tempestiva emersione dell'eventuale crisi e della perdita della continuità aziendale e la sollecita adozione di strumenti idonei a risolverle.

Dal punto di vista metodologico, la complessiva razionalità e l'efficacia di tale "sistema" dovrebbero essere assicurate dalla stretta relazione che il legislatore pone tra tutti i "doveri" elencati dall'art. 12 c.c.i.i. In effetti, prima ancora dei sofisticati processi di *early warning* interno ed esterno previsti dal c.c.i.i., dei quali si dirà nei successivi paragrafi, le regole affondano le radici in altri due sottostanti obblighi "organizzativi", aventi rispettivamente fonte nel codice civile e nell'art. 14, primo comma, dello stesso c.c.i.i.

Anzitutto, quello – proprio di chi la gestisce – di dotare l'impresa di un'organizzazione atta a consentire un continuo monitoraggio della generica capacità di adempiere le obbligazioni nascenti dall'esercizio dell'attività. Poi, quello – proprio di chi eventualmente la controlli – di verificare che siffatto monitoraggio sia davvero effettuato e che, ove opportuno, ad esso faccia seguito l'adozione di tutte le iniziative idonee a fronteggiare il rischio di un proprio inadempimento.

Insomma, tutti i doveri indicati dall'art. 12 c.c.i.i. si compenetrano e l'organizzazione dell'impresa è fatta della stessa materia di cui sono fatti gli strumenti di allerta [9].

La valutazione, soprattutto prognostica, della propria capacità di adempimento, che già altrove si è provato a ricondurre nella categoria dei veri e propri doveri sociali [10], costituisce il primo avamposto di un sistema che, diver-

---

di allerta «gli obblighi di segnalazione posti a carico dei soggetti di cui agli articoli 14 e 15, finalizzati, unitamente agli obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore dal codice civile, alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa ed alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione».

[8] L'art. 12 ricomprende nel perimetro degli strumenti di allerta gli obblighi organizzativi posti a carico di tutti gli imprenditori, tanto collettivi, quanto individuali; sono, invece, evidentemente estranei agli imprenditori individuali i sistemi di verifica previsti dall'art. 14 c.c.i.i.

[9] In termini sostanzialmente analoghi anche A. GUIOTTO, *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, in *Fallimento*, 2019, 409.

[10] Per brevità ci si permette di rinviare nuovamente a M. BIANCA, (nt. 1), 1341.

samente, avrebbe poche possibilità di giovare alla prevenzione dell'insolvenza. La regola è costruita intorno ad una nuova, o per lo meno rinnovata, funzione dell'organizzazione dell'impresa che, recependo un principio sin qui tipico delle sole imprese a statuto speciale [11], si arricchisce di un vero e proprio dovere di adeguarla (anche) a siffatta esigenza. Si tratta, indubbiamente, di un dovere che comprime le scelte gestionali dell'imprenditore, il quale non dovrebbe assumere debiti che non sia ragionevolmente in grado di sostenere tramite i preventivabili flussi di cassa; il rischio di impresa non dovrebbe insomma mai essere eccessivo, ma dovrebbe avere, come prevede il nuovo testo dell'art. 2, primo comma, lett. a) del c.c.i.i., un suo "equilibrio" [12]. È tuttavia evidente che la competitività dell'intero Paese dovrebbe uscirne nel complesso migliorata e che la relativa invasione di campo che ne potrebbe subire la libertà di iniziativa economica privata si spiegherebbe in ragione della funzione sociale dell'impresa e della pluralità di interessi che, in essa e da essa coinvolti, verrebbero compromessi dalla sua insolvenza [13].

2. *Centralità e potenziale autosufficienza dei doveri organizzativi.*

Le precedenti riflessioni contribuiscono anche a spiegare perché i nuovi doveri organizzativi espressamente posti a carico degli imprenditori collettivi siano già operanti dal marzo del 2019, con largo anticipo, quindi, rispetto

[11] Gli esempi ricavabili dalla legislazione speciale sono moltissimi. Si pensi, ad esempio, senza pretesa di completezza, alla "sana e prudente gestione" imposta, in considerazione dell'attività esercitata, per le imprese bancarie, assicurative e finanziarie. Merita ricordare il più netto cambio di passo segnato, per le imprese a partecipazione pubblica, con l'art. 14 del d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175. Sul punto: A. CAPRARA, *Impresa pubblica e società a partecipazione pubblica*, Napoli, ESI, 2017, 1; F. CUCCU, *Partecipazioni pubbliche e governo societario*, Torino, Giappichelli, 2019; F. GUERRERA, *Crisi e insolvenza nelle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm*., 2017, I, 375; G. RACUGNO, *Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*, in *Riv. soc*., 2016, 1144.

[12] Il nuovo testo dell'art. 2, lett. a), c.c.i.i. previsto dal decreto correttivo definisce crisi «lo stato di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate».

[13] L'ennesimo traguardo segnato sul piano dell'elevazione degli standard di organizzazione dell'impresa è eloquentemente giustificato nei considerando della direttiva (UE) 2019/1023. Si veda, ad esempio, il Considerando 16: «La rimozione degli ostacoli alla ristrutturazione preventiva efficace dei debitori sani in difficoltà finanziarie contribuisce a ridurre al minimo le perdite di posti di lavoro e le perdite per i creditori nella catena di approvvigionamento, preserva il know-how e le competenze; di conseguenza giova all'economia in generale».

all'entrata in vigore di ogni restante disposizione del c.c.i.i., comprese quelle riguardanti il sistema di allerta delineato dal suo art. 12 [14]. Il legislatore delegato ha fatto buon governo delle sue funzioni: una diversa scelta, che avesse previsto una contestuale entrata in vigore di tutte le norme, senza dar modo di adeguarvisi gradatamente secondo una logica progressiva, avrebbe potuto generare un cortocircuito nel rapporto tra l'organizzazione dell'impresa e la segnalazione del rischio di crisi e di perdita della continuità aziendale. Le imprese, infatti, devono prima attrezzarsi, perché il sistema possa poi funzionare.

La necessità di creare "a monte" un'organizzazione idonea al successivo innesto degli strumenti di allerta consente di comprendere la immediata novella dell'art. 2086, secondo comma, c.c., che ora impone a tutti gli imprenditori collettivi, anche non societari, di «istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla matura ed alla dimensione dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale» [15]. Merita aggiungere che non si tratta, peraltro, di una norma isolata, ad essa aggiungendosi le altre novità contestualmente introdotte nel Libro V. Anzitutto, tutte quelle norme che, elevando al rango di principio trans-tipico una regola sino a quel momento espressa solo in relazione alle società azionarie, assegnano ai soli amministratori l'esclusiva gestione di tutte le imprese societarie [16]. In secondo luogo, quella che estende anche ai consigli di amministrazione della s.r.l. l'applicabilità dell'art. 2381 c.c. Ancora, quella che estende l'operatività dell'art. 2409 c.c. alla s.r.l.

---

[14] L'entrata in vigore del c.c.i.i., originariamente prevista per il 15 agosto 2020, è stata differita, in conseguenza dell'emergenza epidemiologica causata dalla diffusione del coronavirus, al 1° settembre 2021 (v. art. 5 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23).

[15] La norma è stata fatta oggetto di molti commenti, tra i quali: N. ABRIANI, A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, 393 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.; M. CIAN, *Crisi dell'impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati ed il loro possibile impatto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1160 s.; V. DI CATALDO, S. ROSSI, *Nuove regole generali per l'impresa nel nuovo Codice della Crisi e dell'insolvenza*, in *Riv. dir. soc*., 2018, 757 ss.; E. GINEVRA, C. PRESCIANI, *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1209 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, 253.

[16] Il rapporto tra le due norme è indicato anche da ADDAMO, *Responsabilità del collegio sindacale nella crisi di impresa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 913. Il decreto correttivo ridisegna il principio transtipico, riservando all'esclusiva competenza degli amministratori la sola istituzione «degli assetti di cui all'art. 2086, secondo comma, c.c.».

Tuttavia, come già si accennava, alcuni dei nuovi doveri organizzativi non trovano immediato albergo nel codice civile, ma, per scelta del legislatore delegato, nel "solo" c.c.i.i. e dalla sua entrata in vigore [17]. Il monitoraggio sull'adempimento dei doveri organizzativi dei gestori, funzione che richiede a sua volta l'adozione di idonee procedure, è previsto, infatti, dall'art. 14, primo comma, c.c.i.i. [18]. È tuttavia evidente che, al di là dell'ubicazione, anche questa norma è parte integrante delle nuove regole di ordinaria governance delle imprese collettive.

La compenetrazione di tutti predetti doveri organizzativi, ivi compresi quelli direttamente attinenti alle funzioni di controllo, è confortata da un'ulteriore riflessione. A ben vedere, la vigilanza sul rispetto della legge e dei principi di corretta amministrazione comporta già, ai sensi dell'art. 2403, primo comma, c.c., anche il dovere di vigilare sulla predisposizione di assetti adeguati anche alla neonata esigenza, sancita dall'art. 2086, secondo comma, c.c. di una rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale. Con l'entrata in vigore dell'art. 14, primo comma, c.c.i.i., dovrebbe cambiare solo il fatto che l'organo di controllo e, stavolta, anche il revisore, dovranno verificare che l'organo di gestione dia anche effettivo corso alla valutazione del persistere dell'equilibrio finanziario e della continuità [19].

La sensazione di trovarsi al cospetto di un punto di svolta nel modo stesso di concepire la funzione dell'organizzazione dell'impresa, che sarebbe probabilmente riduttivo pensare concepito agli esclusivi fini dell'allerta, è accentuata dal constatare che non si tratta di un tratto caratterizzante la sola impresa collettiva. Infatti, ma solo con l'entrata in vigore dell'art. 3 del c.c.i.i., un analogo dovere sarà imposto anche all'imprenditore individuale, comunque tenuto ad «adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi».

Ci sono, è vero, delle importanti differenze: una norma è ubicata nel codice civile, l'altra nel c.c.i.i.; una è già in vigore, l'altra lo sarà in futuro; in un caso

---

[17] Quanto alla possibilità che siffatta funzione potesse invece essere persino inserita tra i doveri previsti dall'art. 2403 c.c., si veda M. BIANCA, (nt. 1), 1341.

[18] L'art. 14, primo comma, c.c.i.i., non modificato nella bozza di decreto correttivo, continua a prevedere che «gli 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».

[19] Sempre che non si ritenga che siffatta verifica sia già dovuta da parte dell'organo di controllo in quanto rientrante nella vigilanza sull'osservanza della legge e sul rispetto dei principi di corretta amministrazione.

si parla di "assetti", nell'altro di "misure"; in un caso si parla solo di stato di crisi, nell'altro anche di perdita della continuità. Ma al di là di queste diversità, che verranno approfondite in un successivo paragrafo, resta comunque il fatto che i nuovi doveri organizzativi dovrebbero permettere a tutti gli imprenditori, individuali o collettivi, di rilevare da sé e, quindi, anche in completa autosufficienza il deterioramento delle condizioni dell'impresa.

3. *Doveri di segnalazione e sanzione per l'inadempimento.*

Come si è appena visto, gli strumenti di allerta costituiscono un vero e proprio sistema, che non poggia sulla sola implementazione degli standard di organizzazione dell'impresa ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi da parte dei suoi gestori. Questi ne costituiscono un logico antefatto, un presupposto potenzialmente autosufficiente, ma un sistema che ambisca a conseguire un così ambizioso risultato non potrebbe limitarsi a far leva solo su di essi. Proprio per questo, l'art. 12 del c.c.i.i. continua stabilendo che contribuiscono al completamento del sistema anche le segnalazioni previste dagli art. 14 e 15 c.c.i.i.

Siffatti doveri, dei quali già molto si parla, sono però diversi.

D'un lato si registra l'introduzione, tramite l'art. 14 c.c.i.i. del così detto sistema di allerta interno, basato sulla previsione di due nuovi doveri in capo all'organo di controllo e, soprattutto, al revisore. Il primo, che per molti versi costituisce una sorta di cinghia di trasmissione tra i doveri di organizzazione indicati dal codice civile e quelli di allerta individuati dal c.c.i.i., è indicato nella prima parte del già ricordato art. 14, primo comma. La norma, infatti, impone all'organo di controllo ed al revisore 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». A tale dovere si aggiunge quello, del tutto nuovo, di promuovere il vero e proprio allerta interno; infatti, l'ultimo periodo dell'art. 14, primo comma, impone agli stessi soggetti anche di «segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi», dovere che evidentemente implica ancor prima quello di valutare da sé la sussistenza di siffatti indizi [20].

Sull'altro versante si assiste invece, con l'art. 15 c.c.i.i., al varo della così

[20] Sul punto G.M. Buta, *Gli obblighi di segnalazione dell'organo di controllo e del revisore nell'allerta sulla crisi di impresa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1177 ss.

detta allerta esterna. In linea con le indicazioni comunitarie, questo si traduce nell'imposizione di nuovi e precisi obblighi in capo ai creditori pubblici qualificati. In primo luogo, quello di avvisare il debitore, individuale o collettivo, del superamento delle soglie di debito di volta in volta stabilite dallo stesso art. 15 a seconda della natura e della dimensione dell'impresa, obbligo cui si coniuga quello di avvertire il debitore che qualora entro i successivi novanta giorni questi non abbia estinto o regolarizzato l'intero debito, o presentato istanza di composizione assistita della crisi o di accesso ad una sua procedura di regolazione, lo stesso creditore ne darà «senza indugio» comunicazione all'OCRI «anche per la segnalazione agli organi di controllo della società». In secondo luogo, venendo alla vera e propria "consumazione" dell'allerta esterno, quello di segnalare senza indugio all'OCRI l'inutile decorso del termine di novanta giorni, senza che il debitore abbia dato corso ai predetti adempimenti.

È degno di nota il fatto che l'inosservanza da parte del creditore pubblico dell'obbligo di avviso al debitore è pesantemente sanzionata dal primo comma dell'art. 15 c.c.i.i., con la perdita dei titoli di prelazione spettanti all'Agenzia delle Entrate ed all'INPS e dell'opponibilità del credito per spese ed oneri di riscossione riconosciuto al relativo agente [21]. Invece, stando al quarto comma, non sembra che le medesime sanzioni operino nel caso in cui il creditore non provveda «senza indugio» alla prescritta segnalazione all'OCRI; non è escluso però che, data l'essenzialità di tale segnalazione, unico vero strumento di allerta esterno, e la natura di siffatte sanzioni, che induce ad escludere l'operare del "principio di legalità", questa possa egualmente ricavarsi per analogia [22].

All'allerta interna ed all'allerta esterna si aggiunge, collocandosi quasi in

[21] Merita segnalare che le sanzioni in questione, di fatto comunque entrambe destinate ad operare solo in sede di esecuzione individuale o concorsuale ed in occasione del riparto dell'attivo, sono alquanto diverse. Infatti, è evidente che il sopravvenire dell'inefficacia del titolo di prelazione spiega effetto positivo soprattutto in favore degli altri creditori concorrenti, nulla mutando per il debitore, se non per il fatto che il credito transita dalla massa privilegiata alla massa chirografaria. È invece meno chiaro se l'inopponibilità del credito per spese ed oneri spieghi effetto già nei rapporti tra l'agente di riscossione ed il debitore o solo nei confronti degli altri creditori; anche volendo accedere a questa seconda, più plausibile, soluzione, resta comunque fermo il fatto il credito sarebbe del tutto postergato nell'esecuzione individuale o concorsuale, con un ancor maggiore vantaggio per gli altri creditori. Quanto all'operare delle sanzioni, queste dovrebbero poter essere applicate d'ufficio dal giudice dell'esecuzione (individuale o concorsuale) in occasione della predisposizione del riparto, anche senza necessità di eccezione di parte.

[22] Come si è appena ricordato, non si tratta di una sanzione di natura amministrativa e men che meno di una sanzione penale, entrambe soggette al principio di legalità, ma solo di una sanzione civilistica e verosimilmente operante solo in sede esecutiva.

posizione intermedia tra i due sistemi, il nuovo dovere che l'art. 14, ultimo comma, c.c.i.i. pone in capo alle banche ed agli altri intermediari finanziari individuati dall'art. 106 del t.u.b. Dalla sua entrata in vigore questi saranno infatti tenuti a dare notizia «all'organo di controllo societario, se esistente», della comunicazione alla società cliente di una variazione, revisione o revoca dei suoi affidamenti. Ancorché la norma non lo dica espressamente, è facile immaginare che, anche alla luce della collocazione e della costruzione della norma, siffatta notizia possa quanto costituire un primo e non trascurabile indizio di crisi agli occhi dell'organo di controllo.

4. *Doveri organizzativi: una prognosi per gli assetti dell'impresa collettiva.*

Delineato il quadro di insieme, non resta che provare ad immaginare come il sistema di allerta potrà in concreto funzionare.

Iniziando dai "nuovi" doveri organizzativi, è opportuno ribadire che, come si accennava nel secondo paragrafo, l'adempimento degli obblighi che l'art. 2086, secondo comma, c.c. pone a carico degli imprenditori collettivi dovrebbe essere agevolato, almeno nelle imprese societarie, da alcune delle altre novelle introdotte nel Libro Quinto.

In primo luogo, dall'estensione dell'art. 2381 c.c. ai consigli di amministrazione di tutte le società di capitali[23], con l'effetto di rendere di generale applicazione la disciplina lì dettata in merito ai flussi informativi e, soprattutto, agli assetti organizzativi. Un chiaro indizio di tale osmosi si ricava facilmente dal fatto che tanto l'art. 2086, secondo comma, c.c., quanto l'art. 2381 c.c. parlano di assetti «adeguati alla natura ed alla dimensione dell'impresa».

In secondo luogo, dall'estensione a tutti i tipi societari di una regola, quella

[23] La novità riguarda, quindi, la s.r.l. e le società cooperative costituite in tale forma ai sensi dell'art. 2519, secondo comma, c.c. Si tratta, peraltro, di un intervento più che altro chiarificatore, visto che in dottrina era già ampiamente diffusa l'idea che, per quanto non espressamente richiamato dall'art. 2475 c.c., l'art. 2381 c.c. potesse almeno in parte applicarsi ai consigli di amministrazione delle s.r.l. Si vedano, *ex multis*: A. BARTOLACELLI, *Struttura e funzionamento dell'organo amministrativo*, in AA. VV., *La governance della società a responsabilità limitata*, a cura di E. Pederzini e R. Guidotti, Padova, Cedam, 2018, 173; A. MIRONE, *Il consiglio di amministrazione: disciplina legale e autonomia statutaria. Sistemi alternativi*, in *S.R.L. Commentario dedicato a Portale*, 2011, 542; O. CAGNASSO, *Gli assetti adeguati nella s.r.l.*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, opera diretta da M. IRRERA, Bologna, Zanichelli, 2016; 577 ss.; G. ZANARONE, *Art. 2475*, in *Della società a responsabilità limitata*, in *Commentario* Schlesinger, 2010, 970.

dell'esclusiva gestione dell'impresa da parte degli amministratori, che dovrebbe semplificare non soltanto l'adempimento dei doveri organizzativi indicati dall'art. 2086 c.c., ma anche l'adozione delle iniziative gestionali idonee al superamento dei segnali di crisi. Quest'ultimo punto merita però una precisazione. È chiaro, infatti, che non potrebbe trattarsi di iniziative che la legge riserva alla sola assemblea dei soci, si pensi, ad esempio, ad un nuovo aumento di capitale, non precedentemente delegato. Potrebbe però trattarsi anche di importanti scelte gestionali, si pensi alla cessione di un immobile, ancorché strumentale, con l'unico limite delle operazioni che potrebbero comprate una sostanziale modifica dell'oggetto sociale.

5. *Le misure dell'imprenditore individuale: standardizzazione o adeguamento alla natura ed alla dimensione dell'impresa?*

Un tema ad oggi ancora poco trattato è quello concernente le "misure" che con l'entrata in vigore dell'art 3 c.c.i.i. dovranno essere adottate dall'imprenditore individuale [24]. L'ancora scarso interesse non è, però, giustificato.

Anzitutto, perché si tratta di una disposizione che concorre a comporre il così detto statuto dell'imprenditore – si noti, non del solo imprenditore commerciale – in misura analoga, se non persino equivalente, a quella univocamente riconosciuta al summenzionato art. 2086, secondo comma, c.c. Se quest'ultima novella lo statuto degli imprenditori collettivi, anche non societari, l'art. 3 c.c.i.i. innova lo statuto degli imprenditori individuali, introducendo una regola di diritto comune che, in esito ad un'interpretazione meno restrittiva della legge delega, avrebbe forse dovuto trovare spazio nel codice civile.

Poi, perché, come si ricava dalla lettura del primo e del secondo comma dell'art. 3 c.c.i.i., le rispettive norme appaiono, se si escludono alcune differenze lessicali, pressoché speculari [25].

---

[24] Al fine di semplificare la lettura, si ricorda che l'art. 3, primo comma, c.c.i.i. stabilisce che «*l'imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte*».

[25] Sempre al fine di facilitare la comprensione del testo, si ricorda che l'art. 3, secondo comma, c.c.i.i. prevede che «*l'imprenditore collettivo deve adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'art. 2086 del codice civile ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative*». Per quanto riguarda il rilievo per cui entrambi i commi dell'art. 3 c.c.i.i., diversamente dall'art. 2086, secondo comma, c.c., si riferiscono alla sola rilevazione della crisi si rimanda all'analisi svolta da V. DI CATALDO, D. ARCIDIACONO, *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e* business judgment rule, paper presentato

Insomma, fatte le debite proporzioni, le "misure" dell'imprenditore individuale sono, gli "assetti" degli imprenditori collettivi.

Dato che l'indubbio valore precettivo della norma porta a concludere che l'adozione di siffatte "misure" costituisca un vero e proprio dovere, è necessario chiedersi come questo vada adempiuto, secondo quali criteri potrà esserne valutato l'adempimento ed in quali frangenti l'imprenditore individuale potrà o dovrà renderne conto. Si tratta di interrogativi complessi, cui non è facile dare risposta, ancorché sembri logico ritenere che alla loro soluzione concorrano molte delle altre norme dello statuto dell'imprenditore (commerciale), come ad esempio l'art. 2214 c.c., che impone la tenuta delle scritture contabili, prima "misura" di rilevazione dello stato di crisi [26].

Iniziando dalla prima questione, ovverosia dalla ricognizione delle "misure" in questione, è opportuno premette che la collocazione nel c.c.i.i. non deve indurre a credere che la norma entri in gioco solo in quella prospettiva. Infatti, per poter rilevare la crisi, al pari degli "assetti" dell'imprenditore collettivo, anche le "misure" di quello individuale devono essere adottate prima ed in funzione della successiva tempestiva percezione della situazione descritta dall'art. 2, primo comma, lett. a), c.c.i.i.

Prescindendo in questa sede da ogni, pur pertinente, considerazione in merito al rapporto teleologico corrente tra siffatto dovere e l'art. 2086, primo comma, c.c. [27], che pone tutti gli imprenditori, individuali o collettivi, "a capo dell'impresa", poco conta chiedersi se l'adozione di siffatte misure costituisca una sorta di corrispettivo del predetto potere gerarchico o, com'è più probabile, un dovere sociale concepito in funzione della prevenzione dei guasti prodotti sulla collettività dalla mancata prevenzione della crisi. Si tratta, in ogni caso, di una condotta dovuta, della quale anche l'imprenditore individuale dovrà tenere conto nell'organizzare la propria attività di impresa.

Si noti, però che, se è vero tanto gli "assetti" quanto le "misure" sono parte dell'organizzazione dell'impresa, permangono delle non trascurabili differenze.

Gli "assetti" sono generalmente organici alla struttura corporativa dell'ente, sia o meno societario [28]; d'altronde, molti già sostengono che, almeno nelle società di capitali, l'assetto cui si riferisce l'art. 2086, secondo comma, c.c. rappresenti solo una declinazione funzionale degli assetti pretesi dall'art. 2381

all'XI Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto commerciale, Roma, 14-15 febbraio 2020, 3.

[26] Conf. M. Spiotta, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, Milano, Giuffrè, 2017, 45.

[27] Oggetto di una recente lettura riduttiva da parte di M.S. Spolidoro, (nt. 15), 255.

[28] Si veda anche P. Benazzo, (nt. 15), 276, nt. 4, e 283.

c.c. Inoltre, in tutte le imprese collettive, siano o meno societarie, gli assetti sono pur sempre rapportati alla «natura ed alla dimensione dell'impresa».

Le "misure", invece, non possono certo essere altrettanto organiche all'imprenditore individuale e nessuna norma, a dire il vero, gradua l'adempimento di tale dovere, commisurandolo alla natura o alla dimensione dell'attività di impresa da questi esercitata.

Tuttavia, almeno per quest'ultimo aspetto, la differenza potrebbe non essere così netta. Infatti, il c.c.i.i. contiene degli anticorpi che potrebbero fronteggiare il rischio di un'indistinta applicazione dell'art. 3, primo comma, c.c.i.i. a tutti gli imprenditori individuali, scoraggiando ogni lettura che, a fronte del silenzio del legislatore, pretendesse l'adozione delle medesime misure da parte di tutti gli imprenditori individuali, senza tener conto delle tradizionali differenze segnate dalla natura dell'attività o dalla dimensione dell'impresa.

Infatti, una volta preso atto che i due commi dell'art. 3 c.c.i.i. esprimono la condivisa esigenza di una tempestiva rilevazione della crisi, si potrebbe ragionevolmente ritenere che l'art. 12, settimo comma, c.c.i.i. rechi una regola di portata generale, allorché stabilisce che tutti gli strumenti di allerta, tra i quali primeggiano gli obblighi organizzativi, si applichino anche alle imprese agricole ed alle imprese minori «*compatibilmente con la loro struttura organizzativa*» [29]. In altre parole, se è giusto commisurare gli "assetti" dell'imprenditore collettivo alla sua struttura, lo è anche commisurare gli obblighi organizzativi che costituiscono le "misure" dell'imprenditore individuale [30].

6. *Le misure dell'imprenditore individuale: il ricorso alla prestazione del contabile esterno.*

Si è detto poc'anzi che mentre gli assetti sono usualmente organici alle imprese collettive, le misure potrebbero non esserlo nelle imprese individuali; ora, si aggiunge che, proprio per questo, nulla esclude che l'imprenditore as-

[29] È però doveroso ricordare che l'art. 12 c.c.i.i. si riferisce agli obblighi organizzativi previsti dal codice civile e non, quindi, a quelli stabiliti dal c.c.i.i., unico ad occuparsene in relazione all'imprenditore individuale.

[30] Conf. S. FORTUNATO, *Codice della Crisi e Codice Civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2019, 959, il quale pone in evidenza l'analoga formula utilizzata dall'art. 2214 c.c.; L. PANZANI, *La disciplina degli assetti ai fini della rilevazione della crisi, con particolare riferimento alla s.r.l.*, 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, Giappichelli, 2020, 658 s.

suma le misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi affidandone il concreto apprestamento ad un terzo. Anzi, a guardare quel che succede ed accadrà – si pensi solo alla stretta correlazione con la tenuta delle scritture contabili – è probabile che molto spesso sarà proprio così, visto che l'imprenditore individuale potrebbe non essere in possesso delle competenze necessarie a siffatta rilevazione e che per forza di cose qui non ci saranno altri strumenti di allerta, se non quello del tutto "esterno".

Che l'imprenditore individuale possa efficacemente organizzare l'impresa affidando ad un terzo l'apprestamento ed il monitoraggio di misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi sembra, tutto sommato, scontato; semmai, merita aggiungere che potrebbe essere persino preferibile, vista la relativa competenza e l'endemica tendenza di tutti gli imprenditori a valutare con eccessivo ottimismo la crisi della propria attività. Certo, la responsabilità primaria rimarrà in capo all'imprenditore, che dovrà avvalersi di un terzo munito della necessaria professionalità e valutare in prima persona gli esiti prognostici emergenti dal modello elaborato dal professionista.

L'ipotesi avanzata, ovverosia che le "misure" possano essere predisposte ed attuate tramite il ricorso alla prestazione di professionisti terzi, è suffragata – sempre che si ritenga applicabile anche agli imprenditori individuali – anche dalle aperture che sembrerebbero consentite della direttiva (UE) 2019/1023.

Il suo art. 3, che per comodità si riporta in nota [31], prevede che gli strumenti di allerta possano includere servizi di consulenza prestati da organizzazioni private e la segnalazione dell'andamento negativo dell'attività da parte dei contabili in possesso di informazioni, in questo caso, sull'impresa.

Chi sono questi "contabili"? A quali soggetti si riferisce il legislatore europeo? Si tratta dei soli "contabili" investiti della funzione di controllo a norma dell'art. 14 c.c.i.i., ovverosia dei soggetti cui il nostro legislatore affida l'allerta interna nelle società di capitali, o anche di altri professionisti che elaborino le suddette informazioni al di fuori di quella funzione di controllo?

Come non può certo sfuggire, il termine "contabili" utilizzato nella versio-

[31] L'art. 3 prevede che «*gli Stati membri provvedono affinché i debitori abbiano accesso a uno o più strumenti di allerta precoce chiari e trasparenti in grado di individuare situazioni che potrebbero comportare la probabilità di insolvenza e di segnalare al debitore la necessità di agire senza indugio. Ai fini di cui al primo comma, gli Stati membri possono avvalersi di tecnologie informatiche aggiornate per le notifiche e per le comunicazioni online. 2. Gli strumenti di allerta precoce possono includere quanto segue: a) meccanismi di allerta nel momento in cui il debitore non abbia effettuato determinati tipi di pagamento; b) servizi di consulenza forniti da organizzazioni pubbliche o private; c) incentivi a norma del diritto nazionale rivolti a terzi in possesso di informazioni rilevanti sul debitore, come i contabili e le autorità fiscali e di sicurezza sociale, affinché segnalino al debitore gli andamenti negativi*».

ne ufficiale italiana della direttiva è obiettivamente così vasto da non avere un esatto significato compiuto nel diritto interno. Le altre versioni ufficiali usano una terminologia altrettanto ampia [32] che, comunque, in nessun caso coincide, ad esempio, con quella con cui la direttiva (CE) 43/2006 identifica i revisori legali.

Il raffronto delle varie versioni ufficiali consente di escludere che il legislatore europeo intendesse riferirsi ai soli revisori legali, legittimando la sensazione che la direttiva (UE) 2019/1023 ricomprenda, tra gli strumenti di tempestiva rilevazione della crisi, anche la segnalazione fattane all'imprenditore individuale da parte del consulente contabile che, elaborando i dati aziendali, constati l'imminente sopravvenire di tale stato.

7. *Quale sorte per la continuità aziendale?*

Come emerge dal raffronto tra l'art. 2086 c.c. e l'art. 3 c.c.i.i., a differenza degli assetti dell'imprenditore collettivo, le misure dell'imprenditore individuale sembrano estranee al tema della continuità aziendale [33].

Perché?

Di primo acchito, si possono avanzare due ipotesi.

Anzitutto, si potrebbe pensare che questo abbia qualcosa a che fare con la contabilità dell'impresa, ovverosia con la sua idoneità a consentire un'effettiva rilevazione delle sue prospettive di operare in continuità. In altre parole, che l'inventario previsto dall'art. 2217 c.c. consentirebbe all'imprenditore individuale di rilevare lo stato di crisi, ma non la perdita della continuità aziendale. L'ipotesi, però, non convince o, per lo meno, non del tutto. In primo luogo perché l'incerto confine corrente tra la crisi e la perdita della continuità aziendale [34] rende oltremodo difficile spiegare perché il rendiconto non possa rivelare, una volta individuati gli indici, anche la seconda. Poi perché la struttura del rendiconto dell'imprenditore individuale non è detto sia diversa dal rendiconto previsto dall'art. 2261 c.c. per le società di persone, che, quali imprese collettive, sono soggette all'art. 2086 c.c. [35]. Anzi, a ben vedere, il rendiconto

[32] La versione inglese parla di "*accountants*", quella francese di "*comptables*", quella spagnola di "*contables*", quella tedesca di "*Wirtschaftsprüfer*".

[33] Lo rileva altresì S. FORTUNATO, (nt. 30), 962, nt. 24.

[34] Su cui si veda, ancora, S. FORTUNATO, (nt. 30), 963 s.

[35] Sull'adempimento dell'obbligo di predisporre assetti adeguati nelle società di persone si veda I. CAPELLI, *La gestione delle società di persone dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: una prima lettura del nuovo art. 2257, primo comma, c.c.*, in questa *Rivista*, 2019, 313 ss., in part. 321 ss.

dell'imprenditore individuale è potenzialmente più completo, comprendendo anche le sue attività e passività personali che invece, a dispetto della responsabilità illimitata dei suoi soci, non sono indicate nemmeno per i soci illimitatamente responsabili nel rendiconto delle società di persone.

Quest'ultima considerazione conduce ad avanzare una seconda ipotesi, ovvero che la differenza tra l'art. 2086 c.c. e l'art. 3 c.c.i.i. abbia qualcosa a che fare con la limitazione del rischio di impresa. In breve, che per l'imprenditore individuale non abbia senso discutere della continuità aziendale, visto che questi risponde delle obbligazioni contratte nell'esercizio dell'impresa anche con il suo patrimonio personale. Ma anche in questo caso, l'ipotesi presta il fianco a delle obiezioni. Anzitutto perché il medesimo ragionamento dovrebbe a quel punto valere anche per tutte le società aventi soci illimitatamente responsabili. Poi perché non è assolutamente detto che il patrimonio personale dell'imprenditore individuale sia sempre in grado di scongiurare la perdita della continuità aziendale.

Alla luce delle predette considerazioni sembra quindi che, verosimilmente, la netta differenza tra le due norme si spieghi soprattutto in ragione delle sottostanti valutazioni di politica del diritto, che, per un verso, potrebbero aver indotto a graduare e contenere gli obblighi organizzativi gravanti sugli imprenditori individuali [36], e, per l'altro, ad imporgli di prestare però ancor più attenzione alla tempestiva rilevazione dei primi segnali di crisi.

[36] In questo senso anche A. ZANARDO, *Impact of the Italian Business Crisis and Insolvency Code on Organizational Structures in MSMEs*, dattiloscritto consultato per cortesia dell'autrice (in corso di pubblicazione in *University of Miami International and Comparative Law Review*, Spring Issue, 2020). Diversamente R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2019, 934, per il quale non si tratterebbe di una omissione particolarmente significativa.

Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche

Sustainable development, active citizenship and energy communities

Emanuele Cusa*

ABSTRACT:

Tema del presente scritto è la disciplina unionale delle comunità energetiche (composta dalla normativa delle comunità di energia rinnovabile contenuta nella direttiva 2018/2001/UE e dalla normativa delle comunità energetiche dei cittadini contenuta nella direttiva 2019/944/UE) e il suo recepimento ottimale nell'ordinamento italiano entro il 30 giugno 2021. Obiettivo del presente scritto è far emergere come l'Unione europea intenda trasformare il sistema energetico europeo non solo grazie alle nuove tecnologie e a una complessiva riforma del relativo diritto unionale (con tratti sia armonizzanti sia uniformanti), ma anche grazie alla cittadinanza attiva degli europei e al loro duplice ruolo di consumatori e di produttori di energia. In effetti, l'Unione europea e i suoi Stati membri scommettono sulla capacità dei cittadini europei – uniti in organizzazioni imprenditoriali con specifiche caratteristiche, attraverso le quali possa realizzarsi un'opportuna sussidiarietà orizzontale nel settore energetico – di condurre più celermente la nostra Europa verso uno sviluppo più sostenibile.

Parole chiave: energia rinnovabile – comunità energetiche – modelli imprenditoriali – prosumers – diritto unionale dell'energia

This article focuses on the EU law on energy communities (according to directive 2018/2001/EU to be transposed by 30 June 2021 and directive 2019/944/EU to be transposed by 31 December 2020) and its optimal transposition into Italian law. The aim of this paper is to highlight how the European Union intends to transform the European energy system not only thanks to new technologies and an overall reform of the EU energy law, but also thanks to the active citizenship of Europeans and their dual role as consumers and producers of energy. Indeed, the European Union and its Member States are betting on the ability of European citizens, united in specific business organizations (having as a primary purpose to provide environmental, economic or social community benefits for their shareholders or members or for the local areas where they operate, rather than financial profits), to lead our Europe faster towards more sustainable development.

* Professore associato di diritto commerciale, Università degli Studi di Milano-Bicocca; email: emanuele.cusa@unimib.it.

***Keywords**: renewable energy – energy communities – business models – prosumers – EU energy law*

SOMMARIO:

1. Premessa. – 2. L'Europa dell'energia: gli obiettivi per il 2030 e le strategie fino al 2050. – 3. Il ruolo dei consumatori attivi nel nuovo diritto unionale dell'energia. – 4. I prosumatori tra autoconsumo e comunità energetiche. – 5. I vantaggi derivanti dalle comunità energetiche secondo l'Unione europea. – 6. La disciplina dei due modelli unionali di comunità energetiche. – 6.1. Somiglianze tra i due modelli. – 6.2. Differenze tra i due modelli. – 6.2.1. I requisiti dei loro membri. – 6.2.2. Le loro attività. – 6.2.3. La loro struttura democratica. – 6.2.4. La titolarità degli impianti di produzione energetica. – 6.2.5. La presenza di una comunità territorialmente definita. – 7. La doverosa promozione in favore delle comunità di energia rinnovabile. – 8. Tempi e modi di recepimento del diritto unionale sulle comunità energetiche. – 9. Le comunità energetiche italiane tra modello base e modello agevolato. – 10. I tratti comuni delle comunità energetiche italiane. – 10.1. I possibili contratti istitutivi. – 10.2. Il loro carattere aperto. – 10.3. I loro scopi mutualistico e altruistico. – 11. Possibili promozioni delle comunità di energia rinnovabile italiane. – 12. Conclusioni.

1. *Premessa.*

Tema del presente scritto è la disciplina unionale delle comunità energetiche e il suo recepimento ottimale nell'ordinamento italiano.

Obiettivo del presente scritto è far emergere come l'Unione europea intenda trasformare il sistema energetico europeo non solo grazie alle nuove tecnologie e a una complessiva riforma del relativo diritto unionale (con tratti sia armonizzanti sia uniformanti), ma anche grazie alla cittadinanza attiva degli europei e al loro duplice ruolo di consumatori e di produttori di energia.

In effetti, l'Unione europea e i suoi Stati membri scommettono sulla capacità dei cittadini europei – uniti in organizzazioni imprenditoriali con specifiche caratteristiche strutturali e funzionali, mediante le quali possa realizzarsi un'opportuna sussidiarietà orizzontale nel settore energetico – di condurre più celermente la nostra Europa verso uno sviluppo più sostenibile.

2. *L'Europa dell'energia: gli obiettivi per il 2030 e le strategie fino al 2050.*

L'Unione europea, attualmente responsabile del 10% delle emissioni mondiali di gas a effetto serra, se fin dal 2009 si è prefissa di ridurre tali emissioni

dell'80-95% entro il 2050 [1], nel 2020 dovrebbe approvare un regolamento che la vincolerà a ridurre a zero le predette emissioni entro il 2050 [2].

La prossima eliminazione dei gas in parola può realizzarsi, se l'azione del regolatore europeo si concentrerà soprattutto sul settore energetico europeo, atteso che nell'Unione l'energia prodotta e consumata è attualmente responsabile di oltre il 75% delle emissioni di gas a effetto serra [3].

Si capiscono allora le correlazioni tra i seguenti tre obiettivi, oggi vincolanti per l'Unione europea.

Il primo. Ai sensi dell'art. 1 regolamento 2018/842/UE del 30 maggio 2018 (sulle riduzioni annuali vincolanti delle emissioni di gas serra a carico degli Stati membri dell'Unione nel periodo 2021-2030) l'Unione europea deve ridurre entro il 2030 le proprie emissioni di gas ad effetto serra del 30% rispetto alla stessa tipologia di emissione avutesi nel 2005.

Il secondo. Ai sensi dell'art. 3.1 direttiva 2018/2001/UE dell'11 dicembre 2018 (sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili) è previsto che «la quota di energia da fonti rinnovabili nel consumo finale lordo di energia dell'Unione nel 2030 sia almeno pari al 32%» [4].

Il terzo. Ai sensi dell'art. 1.1 direttiva 2012/27/UE del 25 ottobre 2012 (sull'efficienza energetica, come modificato dalla direttiva 2018/2002/UE dell'11 dicembre 2018 e tenendo conto del considerando 6 di quest'ultima direttiva) l'efficienza energetica da raggiungere nel 2030 dall'Unione europea dovrà determinare una riduzione del consumo di energia (primaria e/o finale) [5] pari ad almeno il 32,5% rispetto alle proiezioni formulate nel 2007.

---

[1] I dati riportati nel testo sono tratti da Commissione europea, Comunicazione del 28 novembre 2018 [COM(2018) 773 final], intitolata *Un pianeta pulito per tutti. Visione strategica europea a lungo termine per un'economia prospera, moderna, competitiva e climaticamente neutra*, 4.

[2] La proposta del suddetto regolamento [corrispondente al documento identificato come COM(2020) 80 final e denominato *La legge europea sul clima*] è stato presentata dalla Commissione europea il 4 marzo 2020.

[3] Come è riportato in Commissione europea, Comunicazione dell'11 dicembre 2019 [COM (2019) 640 final], intitolata *Il Green Deal europeo*, 6. Su questa comunicazione cfr. la risoluzione del Parlamento europeo del 15 gennaio 2020.

[4] Per consumo finale lordo di energia l'art. 2, punto 4), direttiva 2018/2001/UE intende «i prodotti energetici forniti a scopi energetici all'industria, ai trasporti, alle famiglie, ai servizi, compresi i servizi pubblici, all'agricoltura, alla silvicoltura e alla pesca, il consumo di energia elettrica e di calore del settore energetico per la produzione di energia elettrica, di calore e di carburante per il trasporto, e le perdite di energia elettrica e di calore con la distribuzione e la trasmissione».

[5] I numeri 2 e 3 dell'art. 2 direttiva 2012/27/UE del 25 ottobre 2012 intendono, rispettiva-

Per consentire all'Unione europea di raggiungere questi tre obiettivi ciascuno Stato membro dell'Unione deve a sua volta raggiungere i corrispondenti propri obiettivi.

Il conseguimento dei predetti obiettivi nazionali sarà monitorato e garantito attraverso un complesso meccanismo, disciplinato nel regolamento 2018/1999/UE dell'11 dicembre 2018 (sulla *governance* dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima); il principale documento che ciascun Stato membro deve predisporre in dialogo con la Commissione europea per partecipare a tale meccanismo è il piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC), di durata decennale, la cui prima versione definitiva doveva essere trasmessa alla Commissione europea entro il 31 dicembre 2019.

Nel PNIEC italiano per il decennio 2021-2030, notificato dal nostro Governo alla Commissione europea [6], vi sono indicati i seguenti obiettivi per il 2030: (*i*) una riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra del 33% rispetto alla stessa tipologia di emissione che aveva nel 2005, in conformità con il combinato disposto dell'art. 4 e dell'allegato I del regolamento 2018/842/UE; (*ii*) una quota di energia da fonti rinnovabili nel consumo finale lordo di energia almeno pari al 30%; (*iii*) una riduzione dei consumi pari al 43% dell'energia primaria e al 39,7% dell'energia finale rispetto alle proiezioni formulate nel 2007.

Gli obiettivi esposti nel precedente capoverso devono essere coerenti con le strategie a lungo termine approvate dall'Unione europea e dai singoli Stati membri in conformità con l'art. 15.3 regolamento 2018/1999/UE [7]. Le relative

---

mente, per consumo di energia primaria «il consumo interno lordo, ad esclusione degli usi non energetici» e per consumo di energia finale «tutta l'energia fornita per l'industria, i trasporti, le famiglie, i servizi e l'agricoltura. Sono escluse le forniture al settore della trasformazione dell'energia e alle industrie energetiche stesse».

[6] Il 21 gennaio 2020 il Ministero dello sviluppo economico (MISE) ha dato notizia dell'invio alla Commissione europea del testo definitivo del PINIEC italiano per il decennio 2021-2030, predisposto dal predetto dicastero con il Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare e il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti. Tale documento – scaricabile da www.mise.gov.it e corrispondente a un *file* datato 17 gennaio 2020 – citerò nel prosieguo di questo saggio. Entro il 30 giugno 2023 l'Italia dovrà comunicare alla Commissione europea o una proposta di aggiornamento del PNIEC approvato nel dicembre 2019, o le ragioni a sostegno del non necessario aggiornamento del predetto piano.

[7] Ai sensi dell'art. 15.3 regolamento 2018/1999/UE «le strategie a lungo termine degli Stati membri e dell'Unione contribuiscono a: *a*) adempiere agli impegni assunti dall'Unione e dagli Stati membri nel quadro della convenzione UNFCC e dell'accordo di Parigi per ridurre le emissioni di gas a effetto serra antropogeniche ed aumentare l'assorbimento dai pozzi e promuovere un maggiore sequestro del carbonio; *b*) realizzare l'obiettivo dell'accordo di Parigi di mantenere l'aumento della temperatura media mondiale marcatamente sotto i 2 °C rispetto ai

strategie nazionali devono essere contenute in appositi documenti da comunicare alla Commissione europea ogni dieci anni. Il primo dei predetti documenti doveva essere notificato entro il 1° gennaio 2020 e doveva descrivere una strategia almeno trentennale (cioè fino al 2050).

3. *Il ruolo dei consumatori attivi nel nuovo diritto unionale dell'energia.*

Da tempo l'Unione europea è convinta che gli obiettivi esposti nel precedente paragrafo siano raggiungibili, solo a condizione che le relative politiche dell'Unione e degli Stati membri riconoscano il ruolo fondamentale della partecipazione attiva delle persone (anche associate), nella loro duplice veste di cittadini e di consumatori [8], di seguito denominati consumatori energetici domestici (o consumatori domestici, nel mio pensiero corrispondenti agli utenti energetici bisognosi di una particolare tutela nei mercati energetici, tra i quali includo, al pari del legislatore italiano [9], gli imprenditori di piccole dimensioni), certamente diversi dai consumatori cosiddetti industriali (corrispondenti agli imprenditori di grosse dimensioni [10]), dei quali non mi occupo in questo saggio [11].

In effetti, fin dal 2015 si è parlato di un *new deal* per i consumatori di energia, incentrato su un maggior e più efficace potere decisionale da riconoscere

livelli preindustriali e di proseguire gli sforzi per limitare l'aumento della temperatura a 1,5 °C al di sopra dei livelli preindustriali; *c*) ridurre nel lungo termine le emissioni di gas a effetto serra e aumentare l'assorbimento dai pozzi in tutti i settori, in conformità dell'obiettivo dell'Unione …; *d*) un sistema energetico altamente efficiente e basato sulle fonti rinnovabili nell'Unione».

[8] Commissione europea, Comunicazione del 28 novembre 2018, cit., 6, 9, 17, 24-26.

[9] In effetti, ai sensi dell'art. 1, secondo comma, d.l. 18 giugno 2007, n. 73, conv. con l. 3 agosto 2007, n. 125, beneficiano del servizio cosiddetto di maggior tutela anche gli imprenditori connessi alla rete elettrica in bassa tensione, aventi meno di 50 dipendenti e un fatturato annuo non superiore a 10 milioni di euro.

[10] Come ricavo indirettamente dall'art. 2, punto 5), direttiva 2019/944/UE del 5 giugno 2019 (relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica).

[11] Nella direttiva 2019/944/UE i sopra denominati consumatori domestici corrispondono ai clienti civili [definiti nell'art. 2, punto 4), come coloro i quali acquistano «energia elettrica per il proprio consumo domestico, escluse le attività commerciali o professionali»], la cui disciplina, almeno in parte, può essere estesa dagli Stati membri alle piccole imprese [definite nell'art. 2, punto 7), come quelle con meno di 50 persone e con fatturato annuo oppure totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro].

a tali consumatori, mediante una migliore informazione, una maggior libertà negoziale, l'autoproduzione e l'autoconsumo (anche in forma collettiva) [12]. In questo modo, grazie al ruolo attivo e coordinato dei consumatori – da incentivare ad opera delle autorità pubbliche, le quali dovrebbero correlativamente abbandonare paternalistiche ma inefficienti soluzioni regolamentari [13] – sarà facilitata l'attuale transizione energetica verso un sistema più decentralizzato, più efficiente, più flessibile e perlopiù basato sulle energie prodotte da fonti rinnovabili.

Un sistema energetico, quello futuro, nel quale cresceranno coloro i quali saranno contestualmente produttori e consumatori di energia (di seguito prosumatori, al posto del più usato termine anglosassone *prosumers*), in forma individuale o associata [14], i quali sono certamente da riconoscere e da promuovere (non necessariamente economicamente) in una logica di sana sussidiarietà orizzontale [15].

Il prossimo ruolo dei consumatori nel mercato energetico europeo trova finalmente un'articolata disciplina nei regolamenti e nelle direttive approvate dall'Unione europea tra il 2018 e il 2019, costituenti il cosiddetto pacchetto energia pulita (conosciuto in Europa prima come *Winter Package* e ora come *Clean Energy Package*) [16].

Con questo pacchetto si intende offrire ai consumatori non solo più in-

---

[12] Così Commissione europea, Comunicazione del 15 luglio 2015 [COM(2015) 339 final], intitolata, appunto, *Un "new deal" per i consumatori di energia*.

[13] Come già sostenuto da E. CUSA, *La cooperazione energetica tra tutela dei consumatori ed economia sociale di mercato*, in *Giur. comm*., 2015, I, 665 ss.

[14] Secondo la ricerca condotta da CE DEFT, *The potential of energy citizens in the European Union*, 2016 (scaricabile da www.cedelft.eu), gli *energy citizens* (corrispondenti, nella ricerca appena citata, alle persone fisiche, agli enti pubblici e alle imprese con meno di 50 dipendenti) che produrranno energia elettrica dovrebbero passare da 12 milioni nel 2015 a 264 milioni nel 2050 (pari a circa la metà della popolazione dell'Unione in quest'ultima data) e dovrebbero soddisfare il 45% della domanda di energia nell'Unione nel 2050; sempre nel 2050 il 37% dell'energia elettrica prodotta da *energy citizens* dovrebbe provenire da enti di diritto privato (tra cui le cooperative elettriche) che avranno sviluppato progetti energetici collettivi e circa la metà delle famiglie dell'Unione europea potrebbe produrre energia elettrica individualmente o collettivamente.

[15] In questo senso la risoluzione del Parlamento europeo del 26 maggio 2016 [2015/2323(INI)], proprio sulla comunicazione della Commissione del 15 luglio 2015 citata nella precedente nota 12; su quest'ultima comunicazione anche il Comitato economico e sociale europeo espresse un parere ampiamente positivo il 20 giugno 2016 (in GUUE, 2016/C 082/04).

[16] Il suddetto pacchetto sarà riesaminato e saranno proposti eventuali aggiornamenti dalla Commissione europea entro giugno 2021, come si ricava da Commissione europea, Comunicazione *Il Green Deal europeo*, cit., 5, 6, 11 e 12.

formazioni (quando si formino la loro volontà negoziale nell'acquisto di servizi e prodotti energetici e quando monitorino i loro consumi energetici, la loro produzione energetica e i prezzi dell'energia acquistata) e più libertà (quando intendano cambiare il fornitore di energia o partecipare al mercato dell'energia), ma anche più strumenti per aggregare la loro domanda/offerta energetica o per farli diventare prosumatori, singoli o associati. Come prosumatori associati, i consumatori possono promuovere o rafforzare imprese capaci di offrire loro prodotti energetici a prezzi più bassi e/o efficienti servizi di risparmio energetico; costoro, dunque, pur spinti da motivazioni egoistiche, contribuiscono a ridurre i consumi energetici e a rendere più sostenibile il nostro sviluppo.

Il pacchetto energia pulita ha infine il pregio di aver introdotto nella legislazione dell'Unione europea una prima disciplina volta a promuovere progetti energetici comunitari (riconducibili al cosiddetto fenomeno della energia di comunità o *community energy* [17]), all'interno dei quali possano nascere imprese di energia comunitaria (o *community energy enterprises* [18]), tra le quali le comunità energetiche oggetto del presente saggio sono una significativa declinazione [19].

---

[17] Circa il suddetto fenomeno, studiato ormai da scienziati di diverse discipline (come geografi, sociologi, economisti e giuristi) cfr., da ultimo, E. CREAMER, W. EADSON, B. VAN VEELEN, A. PINKER, M. TINGEY, T. BRAUNHOLTZ-SPEIGHT, M. MARKANTONI, M. FODEN, M. LACEY-BARNACLE, *Community energy: Entanglements of community, state, and private sector, in Geograhy Compass*, 2018/7, e A. SAVARESI, *The Rise of Community Energy from Grassroots to Mainstream: The Role of Law and Policy*, in *Journal of Environmental Law*, 2019, 487-510. In questi scritti emerge come i progetti di *community energy* siano destinati ad avere un successo duraturo nella misura in cui riescano a creare efficaci e positive relazioni tra (*i*) una comunità di persone legata a uno specifico territorio, (*ii*) il settore pubblico (a livello sia centrale sia locale) e (*iii*) professionisti e imprese specializzati nel settore energetico.

[18] Sulle imprese energetiche comunitarie corrispondenti a soggetti di diritto privato cfr., per tutti, L. TRICARICO, Community *Energy Enterprises in the Distributed Energy Geography: A review of issues and potential approaches*, in *International Journal of Sustainable Energy Planning and Management*, 2018, 81-94.

[19] Anche le trentotto autorità nazionali europee in materia di regolamentazione energetica, appartenenti al Council of European Energy Regulators (CEER), nel loro rapporto, datato 25 giugno 2019 e intitolato *Regulatory Aspects of Self-Consumption and Energy Communities* (scaricabile da www.ceer.eu), 6-8, plaudirono il legislatore unionale per aver concepito la disciplina delle comunità energetiche.

Dello stesso avviso è l'International Renewable Energy Agency (IRENA, organizzazione intergovernativa costituita nel 2011 per promuovere l'energia rinnovabile nel mondo) in IRENA, *Global Renewables Outlook: Energy transformation 2050*, Abu Dhabi, 2020 (scaricabile da www.irena.org), 203.

Le comunità energetiche, allora, sono collocabili all'interno di una dimensione poco studiata della cosiddetta cittadinanza attiva, finalizzata a tutelare interessi non soltanto politici e sociali, ma anche economici, in coerenza con il paradigma di cui all'art. 3, secondo comma, Cost.; una cittadinanza attiva, quindi, che si realizza non attraverso forme di volontariato singolo o associato (poco efficaci in caso di attività di alta complessità e alto contenuto tecnologico), bensì attraverso imprese esercitate da organizzazioni che siano capaci di trasformare i cittadini responsabili in co-imprenditori responsabili [20].

4. *I prosumatori tra autoconsumo e comunità energetiche.*

La nuova disciplina unionale sui prosumatori, benché assai innovativa rispetto a quella precedente dell'Unione europea [21] e a quella vigente in Italia [22], è stata però concepita in modo ridondante e scoordinato: ridondante, poiché è contenuta in disposizioni spesso ripetitive e sparse in più provvedimenti; scoordinata, poiché le relative norme sono a volte contraddittorie, rendendone certamente difficile il recepimento nei singoli ordinamenti nazionali.

La disciplina unionale dei prosumatori ruota attorno alle seguenti cinque definizioni:

(*i*) la definizione di "autoconsumatore di energia rinnovabile" di cui all'art. 2, punto 14), direttiva 2018/2001/UE, cioè "un cliente finale [non definito in questa direttiva, ma direi corrispondente al cliente finale di cui all'art. 2,

[20] Naturalmente, il termine co-imprenditore utilizzato nel testo è qui da intendersi non per forza nel senso che il cittadino diventi direttamente gestore dell'impresa, ma almeno nel senso che lo stesso partecipi alle decisioni riguardanti l'impresa (cioè, come minimo, alla scelta dei gestori della relativa organizzazione).

[21] Come è notato in CEER, *Regulatory Aspects of Self-Consumption and Energy Communities*, cit., 8, la Commissione europea, con la propria Comunicazione del 30 novembre 2016, intitolata *Energia pulita per tutti gli europei* [COM(2016) 860 final], propose per la prima volta di riconoscere formalmente nel diritto dell'Unione europea progetti di energia comunitaria, di cui le comunità energetiche sono una forma importante.

[22] Sui concetti di autoconsumo, di produzione e consumo in sito e di autoconsumatore nell'ordinamento giuridico italiano, anche in vista del recepimento della direttiva 2018/2001/UE cfr., da ultimo, Autorità di Regolazione per l'Energia Reti e Ambiente (ARERA), nella propria memoria illustrata al Senato della Repubblica il 12 marzo 2019, *passim*. Rimando invece a ELEMENS, RSE e KANTAR, *I prosumer condominiali*, 2019, Roma (scaricabile da www.rse-web.it), 17-47, circa il rapporto tra autoconsumo, comunità energetiche e la disciplina (assai complicata) delle reti private e circa le attuali dimensioni del mercato dell'autoconsumo (non solo in Italia).

punto 3), direttiva 2019/944/UE, cioè «il cliente che acquista energia elettrica per uso proprio»] che, operando in propri siti situati entro confini definiti o, se consentito da uno Stato membro, in altri siti, produce energia elettrica rinnovabile per il proprio consumo e può immagazzinare o vendere energia elettrica rinnovabile autoprodotta purché, per un autoconsumatore di energia rinnovabile diverso dai nuclei familiari, tali attività non costituiscano l'attività commerciale o professionale principale»;

(*ii*) la definizione di «autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente» di cui all'art. 2, punto 15), direttiva 2018/2001/UE, cioè un «gruppo di almeno due autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente ai sensi del punto 14) e si trovano nello stesso edificio o condominio»;

(*iii*) la definizione di «cliente attivo» di cui all'art. 2, punto 8), direttiva 2019/944/UE, cioè «un cliente finale o un gruppo di clienti finali consorziati che consuma o conserva l'energia elettrica prodotta nei propri locali situati all'interno di un'area delimitata o, se consentito da uno Stato membro, in altri locali, oppure vende l'energia elettrica autoprodotta o partecipa a meccanismi di flessibilità o di efficienza energetica, purché tali attività non costituiscano la principale attività commerciale o professionale»;

(*iv*) la definizione di «comunità di energia rinnovabile» di cui all'art. 2, punto 16), direttiva 2018/2001/UE (di seguito CER), cioè un «soggetto giuridico: *a*) che, conformemente al diritto nazionale applicabile, si basa sulla partecipazione aperta e volontaria, è autonomo ed è effettivamente controllato da azionisti o membri che sono situati nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili che appartengono e sono sviluppati dal soggetto giuridico in questione; *b*) i cui azionisti o membri sono persone fisiche, PMI o autorità locali, comprese le amministrazioni comunali; *c*) il cui obiettivo principale è fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi azionisti o membri o alle aree locali in cui opera, piuttosto che profitti finanziari»;

(*v*) la definizione di «comunità energetica dei cittadini» di cui all'art. 2, punto 11), direttiva 2019/944/UE (di seguito CEC e, assieme alle REC, comunità energetiche), cioè «un soggetto giuridico che: *a*) è fondato sulla partecipazione volontaria e aperta ed è effettivamente controllato da membri o soci che sono persone fisiche, autorità locali, comprese le amministrazioni comunali, o piccole imprese; *b*) ha lo scopo principale di offrire ai suoi membri o soci o al territorio in cui opera benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità, anziché generare profitti finanziari; e *c*) può partecipare alla generazione [cioè alla produzione], anche da fonti rinnovabili, alla distribu-

zione, alla fornitura, al consumo, all'aggregazione, allo stoccaggio dell'energia, ai servizi di efficienza energetica, o a servizi di ricarica per veicoli elettrici o fornire altri servizi energetici ai suoi membri o soci».

Se è vero che le comunità energetiche costituiscono necessariamente un soggetto giuridico distinto dai prosumatori che le compongono (mentre gli autoconsumatori, se agiscono collettivamente, non costituiscono necessariamente un soggetto giuridico da loro distinto [23]) e se è altresì vero che gli autoconsumatori (di seguito, anche al plurale e anche con riferimento al sostantivo da cui derivano, come l'insieme degli autoconsumatori di energia rinnovabile e dei clienti attivi) devono consumare energia da loro stessi prodotta (salvo quanto preciserò al termine di questo paragrafo), ne discende la seguente conclusione secondo il diritto unionale (e domani secondo i relativi diritti nazionali di recepimento): sia le comunità energetiche sia i loro partecipanti non possono qualificarsi come autoconsumatori (quand'anche coordinati da operatori specializzati, denominati aggregatori [24]) che agiscono in modo o individuale [25] o collettivo.

---

[23] Infatti, gli autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente, benché debbano tutti trovarsi «nello stesso edificio o condominio» *ex* art. 2, punto 14), direttiva 2018/2001/UE, non sono tenuti a costituire un soggetto giuridico autonomo cui imputare questa loro attività comune. Gli autoconsumatori collettivi non coincidono neanche con il condominio (il quale è oggi qualificato come un soggetto giuridico autonomo dalla giurisprudenza, dopo la riforma del condominio con la l. 11 dicembre 2012, n. 220; così Cass. civ., Sez. Un., 18 settembre 2014, n. 19663, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 2056). Gli autoconsumatori collettivi possono essere una parte o la totalità dei condomini del loro condominio e, nella configurazione più semplice, possono, con un mandato collettivo, far gestire a un terzo il loro impianto di produzione energetica e/o comprare da terzi l'energia di cui hanno bisogno e che non riescono ad autoprodurre.

Che gli autoconsumatori collettivi possano costituire un soggetto giuridico da loro distinto, cui imputare in tutto o in parte la loro attività energetica, è provato – come nota M. MELI, *Autoconsumo di energia rinnovabile e nuove forme di* energy sharing, in corso di pubblicazione in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020 – dall'art. 42-*bis*, quarto comma, d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, conv. con l. 28 febbraio 2020, n. 8 («le entità giuridiche costituite per la realizzazione di comunità energetiche ed eventualmente di autoconsumatori che agiscono collettivamente …»).

[24] Cioè una persona fisica o non fisica, esercente un'impresa energetica, la quale combini più clienti in una o più attività energetiche, quali, ad esempio, la produzione, la vendita o l'accumulo di energia. Sugli aggregatori, sul contratto di aggregazione e sulla gestione della domanda mediante aggregatori, rinvio alla direttiva 2019/944/UE.

Tuttavia, una comunità energetica potrà diventare un aggregatore di più autoconsumatori (individuali o collettivi), come chiaramente prevede l'art. 2, punto 11), lett. c), direttiva 2018/2001/UE e l'art. 22.2, lett. c), direttiva 2019/944/UE.

[25] Preciso però che la comunità energetica potrebbe essere qualificata come autoconsumato-

Ma, allora, le attuali discipline unionali (e le future corrispondenti discipline nazionali di recepimento) dell'autoconsumo (quand'anche collettivo) e delle comunità energetiche regolano (e regoleranno) fattispecie giuridiche necessariamente distinte e nemmeno parzialmente sovrapponibili.

Ciononostante, da un canto, autoconsumo e comunità energetiche potrebbero avere configurazioni aziendali anche molto simili [26] e, dall'altro canto, gli autoconsumatori (individuali o collettivi) non solo potrebbero successivamente entrare a far parte di una comunità energetica [27], magari addirittura promuovendone la costituzione [28], ma potrebbero anche rimanere autoconsumatori, una volta diventati membri di una comunità energetica [29], come testualmente chiarisce l'art. 16.1, lett. c), direttiva 2019/944/UE.

Il diritto unionale è così flessibile da consentire perfino all'autoconsumatore (anche collettivo) di energia da fonti rinnovabili di mantenere tale qualifica, non solo quando costui non sia proprietario (o comproprietario) dell'impianto di produzione dell'energia da lui consumata (*ex* art. 21.5 direttiva 2018/2001/UE, a condizione però che il terzo proprietario dell'impianto resti almeno «soggetto alle istruzioni dell'autoconsumatore di energia rinnovabile») [30], ma anche

re individuale limitatamente all'energia dalla stessa prodotta e consumata. Il che è testualmente confermato dall'art. 16.3, lett. d), direttiva 2019/944/UE.

[26] In effetti, si immaginino le seguenti due situazioni: da un lato, l'organizzazione di qualche centinaio di condomini, appartenenti allo stesso supercondominio, i quali siano comproprietari dell'impianto di produzione energetica che fornisca energia a tale supercondominio; dall'altro lato, l'organizzazione di una comunità energetica in forma societaria composta da qualche centinaio di soci, la quale, con un impianto di proprietà della comunità (e non in comproprietà dei singoli soci), fornisca ai propri soci almeno una parte dell'energia da loro consumata.

[27] Così anche M. MELI, (nt. 23). Questo scenario pare essere supposto, sia nel considerando 67 della direttiva 2018/2001/UE, sia nel considerando 43 della direttiva 2019/944/UE.

[28] La stessa opinione è espressa in RESCOOP.UE, CLIENTEARTH, *Energy Communities under the Clean Energy Package. Transposition Guidance*, 24 giugno 2020 (scaricabile da www.rescoop.eu), 70-72; questo lavoro vorrebbe aiutare (anche con molti riferimenti di diritto comparato) gli Stati membri dell'Unione nel loro recepimento del diritto unionale sulle comunità energetiche entro il 2021. REScoop.UE è un'associazione di diritto belga alla quale aderiscono circa 1.500 cooperative europee di energia rinnovabile con più di un milione di soci. ClientEarth è una *charity* di diritto inglese costituita da esperti di diritto ambientale provenienti da diverse nazioni.

[29] Si pensi alla persona fisica che sia membro della comunità energetica e sia al contempo qualificabile come cliente attivo circa il consumo dell'energia elettrica autoprodotta dal proprio impianto fotovoltaico.

[30] Nel suddetto caso, dunque, si avrebbe un soggetto che dovrebbe essere qualificato come autoconsumatore per il diritto unionale, cui non corrisponderebbe un prosumatore in senso stretto, cioè al contempo produttore e consumatore.

quando il suo consumo di energia avvenga in luoghi diversi dal luogo di produzione di tale energia [*ex* art. 2, punto 14), direttiva 2018/2001/UE] [31].

5. *I vantaggi derivanti dalle comunità energetiche secondo l'Unione europea.*

Secondo il legislatore unionale le comunità energetiche sono da regolare e da promuovere nei singoli Stati membri in ragione dei seguenti sette vantaggi che apportano (operando già in Europa diverse centinaia di imprese sussumibili nei due modelli unionali di comunità energetiche) e apporteranno al mercato energetico europeo:

(*i*) le comunità energetiche, rispondono «ai bisogni e alle aspettative dei cittadini riguardo alle fonti energetiche, ai servizi e alla partecipazione locale», consentendo a costoro di prendere parte direttamente «alla produzione, al consumo o alla condivisione dell'energia», ma anche «al mercato dell'energia elettrica» [32];

(*ii*) le comunità energetiche sono chiamate a diventare strumenti efficaci di collaborazione tra pubblico e privato nel settore dell'energia [33]; esemplificando, si pensi alle possibili sinergie imprenditoriali tra una comunità energetica e una o più aziende speciali o società a controllo pubblico, oppure alle collaborazioni tra una comunità energetiche e uno o più enti pubblici territoriali, come comuni o comunità montane; grazie a queste collaborazioni si innova il sistema energetico europeo in modo più rapido, condiviso e partecipato, ottenendo sia un «notevole valore aggiunto in termini di accettazione delle energie rinnovabili a livello locale» [34] sia «l'accesso a capitali privati aggiuntivi» [35];

---

[31] ARERA, *Orientamenti per la regolazione delle partite economiche relative all'energia elettrica oggetto di autoconsumo collettivo o di condivisione nell'ambito di comunità di energia rinnovabile*, 1° aprile 2020 (corrispondente al documento per la consultazione 112/2020/R/EEL), 12, circa la definizione di «autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente» di cui all'art. 2, punto 15), direttiva 2018/2001/UE, precisa che gli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabile riferibili ai predetti autoconsumatori collettivi debbano essere «ubicati nel medesimo edificio o condominio» in cui si trovano tali autoconsumatori. Nella stessa direzione si era comunque mossa ARERA nella già citata memoria del 12 marzo 2019, 7.

[32] Così il considerando 43 della direttiva 2019/944/UE.

[33] Cfr. al riguardo il considerando 70 della direttiva 2018/2001/UE e il considerando 44 della direttiva 2019/944/UE.

[34] A sostegno del fatto che, in presenza di rilevanti asimmetrie informative circa la qualità

(*iii*) le comunità energetiche sono capaci di «aumentare l'efficienza energetica delle famiglie e di contribuire a combattere la povertà energetica mediante la riduzione dei consumi e delle tariffe di fornitura» [36];

(*iv*) le comunità energetiche garantiscono una pluralità (non solo dimensionale) di operatori economici nel settore energetico; grazie ad esse, in questo settore, potranno così operare non solo «operatori di grande taglia», ma anche PMI e produttori indipendenti dagli operatori di grande dimensione [37];

(*v*) le comunità energetiche hanno un «impatto positivo sullo sviluppo a livello regionale e locale, sulle prospettive di esportazione, sulla coesione sociale e sulla creazione di posti di lavoro» a livello locale [38];

(*vi*) le comunità energetiche hanno caratteristiche funzionali e strutturali tali da «favorire la diffusione delle nuove tecnologie e di nuovi modi di consumo, tra cui le reti di distribuzione intelligenti e la gestione della domanda, in maniera integrata» [39];

(*vii*) le comunità energetiche sono sinergiche con «lo sviluppo delle tecno-

---

di un progetto avente un impatto su una comunità, aumenti la possibilità che tale progetto sia accettato, se l'ente chiamato a realizzarlo abbia un governo in grado di far partecipare alle relative decisioni la corrispondente comunità, cfr. P.A. MORI, L. ABRARDI, L. COLOMBO, *Customer Ownership and Quality Provision in Public Services under Asymmetric Information*, in *Economic Inquiry*, 2016, 1499-1518.

[35] Così il considerando 70 della direttiva 2018/2001/UE. Nella stessa direzione il PNIEC italiano per il decennio 2021-2030, cit. (specialmente 126): «l'entità degli obiettivi sulle rinnovabili, unitamente al fatto che gli incrementi di produzione elettrica siano attesi sostanzialmente da eolico e fotovoltaico, comporta l'esigenza di significative superfici da adibire a tali impianti. Da ciò consegue l'esigenza di un forte coinvolgimento dei territori, sfruttando, ad esempio, il dibattito pubblico, peraltro già introdotto per grandi investimenti, anche energetici. Questo strumento, unitamente alle comunità di energia rinnovabile, consentirà una maggiore consapevolezza delle comunità locali coinvolte, da conseguire informando e coinvolgendo cittadini e autorità locali con adeguato anticipo rispetto alle scelte territoriali definitive».

[36] In questo senso il considerando 67 della direttiva 2018/2001/UE e, quasi con le medesime parole, il considerando 43 della direttiva 2019/944/UE. In direzione analoga si legga il PNIEC italiano per il decennio 2021-2030, cit., 123 e 203.

[37] Sul punto cfr. sia i considerando 26, 63, 70 e 71 della direttiva 2018/2001/UE, sia il considerando 44 della direttiva 2019/944/UE.

[38] Così il considerando 63 della direttiva 2018/2001/UE. Ancor più chiaramente, nel PNIEC italiano per il decennio 2021-2030, cit., 123, è stabilito che «le comunità di energia rinnovabile … costituiranno strumento, da un lato (anche) per sostenere le economie dei piccoli Comuni, sovente ricchi di risorse rinnovabili, dall'altro per fornire opportunità di produzione e consumo locale di energia rinnovabile anche in quei contesti nei quali l'autoconsumo è tecnicamente difficile».

[39] Corrispondente al considerando 43 della direttiva 2019/944/UE.

logie decentrate per la produzione e lo stoccaggio di energia da fonti rinnovabili a condizioni non discriminatorie e senza ostacolare il finanziamento degli investimenti nelle infrastrutture» [40].

6. *La disciplina dei due modelli unionali di comunità energetiche.*

A mio parere, comparando la disciplina della CER con quella della CEC, si trovano in queste due discipline profili normativi più uguali che diversi.

6.1. *Somiglianze tra i due modelli.*

Di seguito elenco i sette profili che ritengo essere disciplinati in modo uguale per le comunità energetiche di diritto unionale.

Il primo profilo. Le CER e le CEC corrispondono a un soggetto giuridico distinto dai loro componenti, come chiaramente prescrive l'*incipit* degli artt. 2, punto 16), direttiva 2018/2001/UE e 2, punto 11), direttiva 2019/944/UE.

Il secondo profilo. Il diritto dell'Unione europea prescrive alle CEC e alle CER di perseguire sostanzialmente le stesse finalità. In effetti, pur con lievissime differenze lessicali, gli artt. 2, punto 16), lett. c), direttiva 2018/2001/UE e 2, punto 11), lett. b), direttiva 2019/944/UE, impongono ad entrambi questi modelli di comunità energetica l'osservanza del seguente scopo complesso, da perseguire in via almeno principale: fornire benefici ambientali, economici o sociali vuoi ai membri della comunità energetica vuoi al territorio e alla popolazione in cui opera tale comunità [41], piuttosto che profitti finanziari ai predetti membri. Dal che discende che una comunità energetica: (*i*) deve perseguire uno scopo mutualistico in favore dei propri membri ovvero, in aggiunta o in alternativa, uno scopo altruistico in favore del territorio e della popolazione in cui la stessa comunità opera [42]; (*ii*) non può avere come obiettivo principale il perseguimento dello scopo di lucro soggettivo (cioè la distribuzione dell'utile tra i membri della comunità), anche se può perseguire una limitata (accessoria) finalità lucrativa, ad esempio remunerando i fattori di produzione (come il de-

[40] La suddetta citazione è tratta dal considerando 65 della direttiva 2018/2001/UE.

[41] In RESCOOP.UE, CLIENTEARTH, *Energy Communities*, cit., 32-35 e 39, si suggerisce agli Stati membri, in sede di recepimento del diritto unionale sulle comunità energetiche, di precisare che cosa si debba intendere per «benefici ambientali, economici o sociali».

[42] I suddetti due scopi saranno approfonditi nel § 10.3.

naro investito nella comunità energetica) attraverso una ridotta partecipazione agli utili prodotti dalla comunità [43].

Il terzo profilo. Le comunità energetiche devono essere organizzazioni completamente aperte. Il che si ricava dal combinato disposto, da un canto, degli artt. 2, punto 16), lett. a), 22.1, 22.4, lett. f), direttiva 2018/2001/UE e, dall'altro canto, dagli artt. 2, punto 11), lett. a), 16.1, lett. a) e b), 16.2, lett. a), direttiva 2019/944/UE. L'apertura in parola – come sarà approfondito in seguito [44] – è da intendersi sia in entrata, sia in uscita, benché il diritto di lasciare la comunità sia espressamente previsto solo per le CEC con l'art. 16.1, lett. b), direttiva 2019/944/UE.

Il quarto profilo. Le comunità energetiche, se decidono di perseguire come principale scopo quello altruistico sopra delineato, devono offrire a chiunque la loro produzione di beni o servizi. Il che non significa però che le comunità, in tali casi, siano costrette a trattare, nello scambio commerciale, i membri della comunità energetica allo stesso modo degli altri contraenti; in effetti, l'eventuale trattamento più favorevole riservato ai membri della comunità non sarebbe certamente discriminatorio, se è vero che l'accesso alla comunità deve essere aperto; dunque, questa disparità di trattamento, se prevista, corrisponderà a un legittimo caso di uguaglianza relativa.

Il quinto profilo. Le comunità energetiche sono qualificabili come imprenditori energetici, nel senso che le loro attività economiche devono avere a oggetto prodotti energetici [cioè «i combustibili, l'energia termica, l'energia rinnovabile, l'energia elettrica o qualsiasi altra forma di energia» ai sensi dell'art. 2, lett. d), regolamento 1099/2008/CE del 22 ottobre 2008 (relativo alle statistiche dell'energia)] [45]. La loro organizzazione aziendale dovrà pertanto essere concepita in modo da garantire almeno l'economicità delle loro attività o, detto diversamente, la qualificazione di almeno una delle loro attività come impresa secondo il diritto dell'Unione europea. A conferma indiretta del necessario carattere imprenditoriale delle comunità energetiche ricordo che la direttiva 2018/2001/UE e la direttiva 2019/944/UE prevedono una serie di norme volte a salvaguardare la capacità di queste comunità di stare sui mercati energetici senza essere sopraffatte dai loro competitori.

Il sesto profilo. Dalla lettura del nuovo diritto unionale dell'energia ritengo che le comunità energetiche debbano corrispondere a soggetti giuridici autonomi di diritto privato (cioè non potrebbero essere costituiti come enti pubbli-

[43] In senso concorde RESCOOP.UE, CLIENTEARTH, *Energy Communities*, cit., 18-20.

[44] Cioè nel § 10.2.

[45] Sulle attività esercitabili dalle comunità energetiche v. *infra*, § 6.2.2.

ci) e non possano essere controllate da amministrazioni pubbliche [46]. Certo, l'ingresso di pubbliche autorità locali (come «le amministrazioni comunali») nelle comunità energetiche è espressamente consentito [dagli artt. 2, punto 16), lett. b), direttiva 2018/2001/UE e 2, punto 11), lett. a), direttiva 2019/944/UE], anzi addirittura promosso, almeno per la CER [ai sensi dell'art. 22.4, lett. h), direttiva 2018/2001/UE]. Tuttavia, la partecipazione nelle comunità di soggetti (formalmente [47] o sostanzialmente [48]) pubblici è volta a rendere più efficace l'azione collettiva dei consumatori domestici e, dunque, va letta in una logica di sussidiarietà orizzontale, in favore di enti il cui controllo effettivo deve rimanere riservato a soggetti (formalmente o sostanzialmente) privati.

Il settimo e ultimo profilo. Tutte le comunità energetiche possono concludere qualsiasi accordo commerciale con chiunque (cioè anche con imprenditori diversi dai loro membri), se ciò consente loro di perseguire gli scopi per cui sono state costituite. Anzi, per realizzare i loro progetti sarà quanto mai utile che le comunità in parola collaborino con qualsiasi attore, locale e non locale, «sulla base di criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori» (considerando 71 della direttiva 2018/2001/UE).

6.2. *Differenze tra i due modelli.*

Occorre ora specificare i profili normativi che differenziano la disciplina delle CER da quella delle CEC.

A mio parere, si possono individuare i seguenti cinque profili differenzianti che esaminerò analiticamente nei successivi paragrafi: (*i*) i requisiti dei loro membri; (*ii*) le loro attività energetiche; (*iii*) la loro struttura democratica; (*iv*) la titolarità degli impianti di produzione energetica; (*v*) la presenza di una comunità territorialmente definita.

6.2.1. *I requisiti dei loro membri.*

Prima di esaminare i diversi requisiti che il diritto dell'Unione europea im-

[46] In RESCOOP.UE, CLIENTEARTH, *Energy Communities*, cit., 43, sembra sostenersi una tesi diversa, ma con frasi o ambigue o rette dal verbo al condizionale.

[47] Come una società per azioni controllata da più comuni.

[48] A conferma di quanto scritto nel testo suggerisco di confrontare le attività esercitabili dalle comunità energetiche con la definizione di imprese elettriche di cui all'art. 2, punto 57), direttiva 2018/2001/UE.

pone ai membri delle CER e delle CEC, propongo due premesse che reputo importanti.

La prima premessa. Gli atti costitutivi delle comunità energetiche dovranno consentire l'accesso agli appartenenti di tutte le categorie di membri delle predette comunità, così come queste categorie sono state concepite dal diritto unionale e saranno illustrate in questo paragrafo. Solo in questo modo, infatti, le comunità energetiche rispetteranno il loro necessario carattere aperto.

La seconda premessa. Le comunità energetiche dovranno avere come membri più persone fisiche qualificabili come consumatori energetici domestici (cioè quelli bisognosi di una particolare tutela nei mercati energetici [49]). Senza questi ultimi, infatti, non è integrata la fattispecie unionale di comunità energetica [50]. Dunque, i diritti nazionali degli Stati membri dovranno prevedere lo scioglimento della comunità energetica (o la trasformazione in altre forme di enti non qualificabili come comunità energetiche), qualora venga a mancare stabilmente nella relativa compagine un numero minimo (legislativamente fissato) di tali consumatori.

In base alla direttiva 2018/2001/UE e alla direttiva 2019/944/UE i membri delle comunità energetiche devono appartenere a una o più delle seguenti tre categorie.

Alla prima categoria di membri appartengono le persone fisiche, denominate in tali direttive «cittadini», «consumatori civili», «clienti civili», «clienti finali», «clienti domestici», anche «appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili». A mio parere, a questa categoria sono riconducibili tutte le persone fisiche qualificabili come «clienti civili» *ex* art. 2, punto 4), direttiva 2019/944/UE, cioè gli acquirenti di energia e di servizi energetici «per il proprio consumo domestico» [51]. Stante i considerando, gli scopi perseguiti e il tenore letterale delle due direttive in esame, ritengo possibile che gli Stati membri le recepiscano estendendo questa prima categoria ai consumatori domestici che siano enti di diritto privato e che non siano imprenditori per il diritto unionale [52].

---

[49] Come precisato *supra*, § 3.

[50] Detto altrimenti, per integrare la fattispecie unionale, ritengo insufficiente che la comunità sia formata solo potenzialmente da cittadini (essendo garantito il loro ingresso dal suo necessario carattere aperto) e non anche realmente da cittadini.

[51] Nel testo ho consapevolmente esteso la nozione di cliente civile di cui alla direttiva 2019/944/UE anche all'acquirente di energia diversa da quella elettrica, poiché manca una corrispondente nozione di cliente nella direttiva 2018/2001/UE, la quale si occupi anche di energia non elettrica.

[52] Nell'affrettata disciplina sulle CER, contenuta nell'art. 42-*bis* d.l. n. 162/2019 (sulla qua-

Alla seconda categoria di membri appartengono le «autorità locali, comprese le amministrazioni comunali»; in questa categoria rientrano certamente tutti gli enti pubblici locali (eventualmente economici, come le aziende speciali di cui all'art. 114, primo comma, d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267), tra i quali gli enti locali di cui all'art. 2, primo comma, d. lgs. n. 267/2000 (i comuni, le province, le città metropolitane, le comunità montane, le comunità isolane e le unioni di comuni) [53]. Tuttavia, reputo legittimo che un diritto nazionale recepisca il diritto unionale in commento, estendendo questa seconda categoria allo Stato medesimo o comunque agli enti pubblici non locali, se ciò contribuisse allo sviluppo delle comunità energetiche [54].

Alla terza e ultima categoria di membri appartengono gli imprenditori (qui da intendersi secondo il diritto dell'Unione europea e pertanto includenti i professionisti intellettuali) che siano «privati» (così l'art. 22.1 direttiva 2018/2001/UE); a mio avviso, in questa categoria rientra qualsiasi soggetto di diritto privato, qualificabile come imprenditore per il diritto unionale, quand'anche sia a controllo pubblico; potrebbe pertanto far parte di una comunità energetica una società a controllo pubblico derivante dalla trasformazione di un'azienda speciale municipale (rientrante nella categoria usualmente denominata delle municipalizzate), ovvero una società di trasformazione urbana *ex* art. 120 d. lgs. n. 267/2000.

La presenza di queste tre categorie di soggetti nella compagine delle comunità energetiche è regolata in modo diverso per le CEC e per le CER.

Può diventare membro delle CEC qualsiasi soggetto, quand'anche non ap-

---

le mi soffermerò nel § 8), il legislatore italiano circoscrive temporaneamente la categoria di membri della CER sopra individuata alle sole persone fisiche che siano consumatori di energia elettrica. Tuttavia, se è vero che il citato 42-*bis* è attuativo della disciplina della CER contenuta nella direttiva 2018/2001/UE e dunque deve rispettare quanto ricostruito nel testo, ritengo che la predetta disposizione italiana debba essere letta nel senso che la categoria in parola sia composta da persone fisiche che siano consumatori domestici di energia elettrica.

[53] Questa sembra essere l'attuazione della seconda categoria di membri della CER, effettuata dall'art. 42-*bis* d.l. n. 162/2019, se si esclude lo Stato dalla nozione di ente territoriale; in effetti, il terzo comma, lett. b) della disposizione in parola circoscrive detta categoria agli «enti territoriali o autorità locali, comprese le amministrazioni comunali».

[54] Si immagini che in uno Stato membro si attribuisca a un ente pubblico nazionale il compito precipuo di promuovere le comunità energetiche, eventualmente consentendogli di diventare membro di tali comunità, ad esempio come socio finanziatore con alcuni particolari poteri di monitoraggio. Tale ente pubblico potrebbe essere anche considerato situato nelle vicinanze degli impianti energetici appartenenti alla CER ai fini dell'osservanza dell'art. 2, punto 16), lett. a), direttiva 2018/2001/UE, essendo dette vicinanze parte del territorio nazionale.

partenente alle tre categorie sopra indicate [55]. Tuttavia, possono concorrere al controllo effettivo delle CEC solo chi rientri nelle prime due categorie sopra illustrate e/o, circa la terza categoria degli imprenditori privati, chi non eserciti un'impresa che sia energetica in via esclusiva o principale e di dimensione superiore a quella piccola [56] [deve cioè occupare «meno di 50 persone e realizzare un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di EUR», ai sensi dell'art. 2, punto 7), direttiva 2019/944/UE] [57].

Può invece diventare membro delle CER solo chi appartenga alle tre categorie sopra indicate [58]. Inoltre, se imprenditore, in forza del combinato disposto degli artt. 2, punti 8) e 16), lett. b) e 22.1 direttiva 2018/2001/UE, tale membro non può essere un imprenditore energetico in via esclusiva o principale [59] e la sua dimensione massima deve essere quella media ai sensi dell'art. 2 dell'allegato della raccomandazione 2003/361/CE della Commissione europea [60].

Ho già precisato che il controllo effettivo nelle CEC deve essere riservato ai soggetti sopra individuati per le CEC. Anticipo ora che il controllo effettivo nelle CER deve essere riservato ai soggetti sopra individuati per le CER che si trovino nelle vicinanze degli impianti mediante i quali tali comunità producano energia da fonti rinnovabili [61].

A mio parere, il controllo effettivo in parola potrebbe essere individuato ri-

---

[55] Così chiaramente l'*incipit* del considerando 44 della direttiva 2019/944/UE.

[56] Sul punto non deve trarre in inganno l'accenno alle «piccole o medie imprese» contenuto nel considerando 44 della direttiva 2019/944/UE; tale accenno, infatti, non si riferisce ai possibili membri della CEC, bensì alla CEC stessa, la quale può essere qualificata come piccola o media impresa.

[57] In questo senso interpreto l'art. 2, punto 11), lett. a), direttiva 2019/944/UE, letto congiuntamente al considerando 44 della medesima direttiva.

[58] Per le CER costituite ai sensi dell'art. 42-*bis* d.l. n. 162/2019, ARERA, *Orientamenti*, cit., 13, precisa che i relativi membri debbano essere tutti «titolari di punti di connessione su reti elettriche di bassa tensione sottese alla medesima cabina di trasformazione media/bassa tensione. Essi sono semplici clienti finali, semplici produttori e/o clienti finali e produttori che operano in una delle configurazioni private consentite (SEU o ASAP), purché tutti afferenti al medesimo perimetro».

[59] Secondo invece RESCOOP.UE, CLIENTEARTH, *Energy Communities*, cit., 24, gli Stati membri potrebbero ammettere nella compagine della CER imprenditori esclusivamente o principalmente energetici.

[60] Così interpreto anche la terza categoria di membri della CER che è stata delineata nell'art. 42-*bis*, terzo comma, lett. b), d.l. n. 162/2019. Nella stessa direzione ARERA, *Orientamenti*, cit., 13.

[61] Sul punto v. *infra*, § 6.2.5.

correndo alla relativa nozione di controllo prevista dal diritto societario comune [62]. Il diritto nazionale potrebbe inoltre regolare i diritti amministrativi riconosciuti ai membri delle comunità energetiche in modo da impedire a chi non possa concorrere a controllare effettivamente tali comunità di farlo. Il che potrebbe essere ottenuto adottando una disciplina analoga a quella oggi presente nel nostro ordinamento per le cooperative di diritto comune; in queste organizzazioni, infatti, i diritti di voto e di gestione riconosciuti ai soci cooperatori devono sempre prevalere (ai sensi degli artt. 2526, secondo comma, terzo periodo, 2542, terzo e quinto comma e 2544, secondo e terzo comma, c.c.) sugli stessi diritti riconosciuti ai soci finanziatori [63].

L'art. 22.6 direttiva 2018/2001/UE e l'art. 16.2, lett. a), direttiva 2019/944/UE consentono agli Stati membri, in sede di recepimento, di scegliere se permettere ai membri delle comunità energetiche di essere di nazionalità differenti.

6.2.2. *Le loro attività.*

Le CER si differenziano dalle CEC anche in base alle loro attività energetiche caratterizzanti.

Le CEC devono esercitare attività aventi a oggetto l'energia elettrica prodotta da qualsiasi fonte.

Ai sensi invece della definizione di energia rinnovabile contenuta nell'art. 2, punto 1), direttiva 2018/2001/UE [64], le CER devono esercitare attività aventi a oggetto i seguenti tassativi prodotti energetici: «energia proveniente da fonti rinnovabili non fossili, vale a dire energia eolica, solare (solare termico e fotovoltaico) e geotermica [65], energia dell'ambiente [66], energia mareomotrice, del moto ondoso e altre forme di energia marina,

---

[62] Così anche RESCOOP.UE, CLIENTEARTH, *Energy Communities*, cit., 26-27.

[63] Circa la disciplina civilistica citata nel testo cfr. E. CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, Milano, Giuffrè, 2006, 373-491.

[64] Nella direttiva 2018/2001/UE non si trova invece la definizione di fonti energetiche rinnovabili, come è invece è presente, ad esempio, nel nostro ordinamento con l'art. 2, quindicesimo comma, d. lgs. 16 marzo 1999, n. 79: «fonti energetiche rinnovabili sono il sole, il vento, le risorse idriche, le risorse geotermiche, le maree, il moto ondoso e la trasformazione in energia elettrica dei prodotti vegetali o dei rifiuti organici».

[65] Cioè «energia immagazzinata sotto forma di calore sotto la crosta terrestre», ai sensi dell'art. 2, punto 3), direttiva 2018/2001/UE.

[66] Cioè «energia termica naturalmente disponibile ed energia accumulata in ambienti confinati, che può essere immagazzinata nell'aria dell'ambiente, esclusa l'aria esausta, o nelle acque superficiali o reflue», ai sensi dell'art. 2, punto 2), direttiva 2018/2001/UE.

energia idraulica, biomassa, gas di discarica, gas residuati dai processi di depurazione e biogas».

Altra differenza tra CER e CEC è che le prime devono produrre energia da fonti rinnovabili, mentre le seconde possono non produrre energia, nemmeno quella elettrica [67].

A mio avviso, è ammissibile che le CER possano esercitare attività inerenti a prodotti energetici anche provenienti da fonti non rinnovabili [68], a condizione però che non producano energia da fonti non rinnovabili.

In conclusione, le comunità energetiche sono accomunate dall'essere qualificabili come imprenditori energetici [69], mentre le stesse sono differenziate in base al tipo di energia e alla fonte produttiva dell'energia che trattano nelle loro attività economiche [70]. In effetti, le CEC devono essere imprenditori elettrici, mentre le CER devono essere imprenditori (*rectius*, almeno produttori) energetici da fonti rinnovabili.

Le comunità energetiche possono esercitare le seguenti attività aventi a oggetto energia: (*i*) generazione (o produzione); (*ii*) distribuzione; (*iii*) aggregazione (cioè combinazione di più quantità o di energia prodotta o di energia domandata al fine della successiva, rispettivamente, vendita o acquisto in qualsiasi mercato dell'energia); (*iv*) gestione della domanda (cioè variazione del fabbisogno di energia dei consumatori rispetto ai loro modelli di consumo normali o attuali, ad esempio mediante contatori intelligenti, contratti di fornitura con prezzi dinamici, contratti con aggregatori); (*v*) stoccaggio [cioè, o differimento del consumo di energia a un momento successivo alla sua produzione (ad esempio mediante batterie di accumulo), o conversione di energia in altra forma di energia che può essere stoccata (come l'idrogeno, il metano o l'aria compressa), o uso sotto forma di un altro vettore energetico]; (*vi*) fornitura; (*vii*) acquisto; (*viii*) teleriscaldamento e/o il teleraffrescamento [71].

---

[67] Sul punto v. *infra*, § 6.2.2.

[68] Sarebbe pertanto ammissibile che una CER offra servizi di efficientamento energetico circa il consumo di energie da fonti non rinnovabili, se dette energie non fossero prodotte dalla stessa comunità; a mo' di esempio, si immagini il servizio con il quale la CER offrisse ai propri membri la possibilità di ottimizzare il loro impianto di riscaldamento domestico alimentato da combustibile fossile.

[69] Nel significato spiegato *supra*, § 6.1.

[70] Esemplificando, una CEC non potrà avere come unica attività quella di produzione di calore da biomasse, poiché l'energia termica è diversa dall'energia elettrica. Di converso, una CER non potrà produrre energia elettrica da un impianto alimentato a carbone o a petrolio, essendo queste due fonti non qualificabili come fonti rinnovabili.

[71] Cioè «la distribuzione di energia termica in forma di vapore, acqua calda o liquidi refri-

Tutte le comunità energetiche previste dal legislatore comunitario possono anche offrire servizi accessori (di natura commerciale, manutentiva o tecnica) alle sopra elencate attività energetiche. Sicché, ad esempio, le CER, al pari delle CEC, possono vendere «servizi di efficienza energetica» o «servizi di ricarica per veicoli elettrici» *ex* art. 2, punto 11), lett. c), direttiva 2019/944/UE, se è vero che le CER sono legittimate ad «aumentare l'efficienza energetica delle famiglie e di contribuire a combattere la povertà energetica mediante la riduzione dei consumi», come chiarisce il considerando 67 della direttiva 2018/2001/UE.

Tutte le comunità energetiche possono distribuire (o, a maggior ragione, far distribuire da un terzo operatore con la quale la comunità coopera) energia (prodotta e/o acquistata dalla comunità) [72] e, se gestori del relativo sistema di distribuzione, devono essere trattati in modo non discriminatorio [73].

Ai sensi degli artt. 22.2, lett. b), direttiva 2018/2001/UE e 16.3, lett. e), direttiva 2019/944/UE, le comunità energetiche sono legittimate a scambiare (o a condividere [74]) – sulla loro rete o su quella pubblica [75], tra i loro membri e/o tra la comunità e i corrispondenti membri, eventualmente mediante la tecnologia *blockchain*, combinata con *smart contracts* [76] – l'energia prodotta all'interno della comunità, sia con impianti della comunità energetica, sia con impianti dei membri della stessa comunità [77].

---

gerati, da fonti centrali o decentrate di produzione verso una pluralità di edifici o siti tramite una rete, per il riscaldamento o il raffrescamento di spazi o di processi di lavorazione», ai sensi dell'art. 2, punto 19), direttiva 2018/2001/UE.

[72] Naturalmente, la comunità energetica di diritto italiano, se intende diventare distributore di energia, deve ottenere la relativa concessione ai sensi dell'art. 1, primo comma, d. lgs. n. 79/1999.

[73] Tuttavia, la Commissione europea ritiene che gli Stati membri, in sede di recepimento delle due direttive in commento, possano precludere alle comunità energetiche di esercitare l'attività di distribuzione elettrica. Sul punto cfr. anche CEER, *Regulatory Aspects of Self-Consumtion and Energy Communities*, cit., 7, 14 e 28, ove sono evidenziate alcune criticità legate alla possibilità che le comunità energetiche posseggano e gestiscano sistemi di distribuzione dell'energia.

[74] I due verbi sopra riportati sono intesi nel testo come sinonimi: «scambiare» è usato nella direttiva 2018/2001/UE; «condividere» è usato nella direttiva 2019/944/UE.

[75] Secondo la terminologia contenuta in CEER, *Regulatory Aspects of Self-Consumtion and Energy Communities*, cit., 13 s., lo scambio dell'energia è virtuale se avviene nella rete pubblica, mentre è fisico se avviene nella rete privata della comunità energetica che gestisce lo scambio.

[76] In argomento, da ultimo, cfr. M. ANDONIA, V. ROBU, D. FLYNN, S. ABRAM, D. GEACH, D. JENKINS, P. MCCALLUM, A. PEACOCK, *Blockchain technology in the energy sector: A systematic review of challenges and opportunities*, in *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 2019, 143 ss.

[77] In RESCOOP.UE, CLIENTEARTH, *Energy Communities*, cit., 75-78, si illustrano tre modi

A mio parere, occorre distinguere le attività di scambio o di condivisione di energia [78] dall'attività di fornitura di energia [cioè, circa l'energia elettrica, dalla vendita o dalla rivendita, ai sensi dell'art. 2, punto 12), direttiva 2019/944/UE] o da quella di distribuzione dell'energia [cioè, circa l'energia elettrica, dal trasporto attraverso reti ad alta, media e bassa tensione, ai sensi dell'art. 2, punto 28), direttiva 2019/944/UE] in ragione dei diversi contratti mediante i quali sono svolte: se l'attività di scambio presuppone dei contratti di permuta (aventi come sinallagma energia a fronte di energia, con eventuale conguaglio in denaro), l'attività di fornitura e di distribuzione presuppongono dei contratti di compravendita (aventi come sinallagma, nel primo caso, energia a fronte di un prezzo e, nel secondo caso, trasporto di energia attraverso reti a fronte di un prezzo) [79].

Le CEC, come le CER, almeno in Italia, non possono esercitare l'impresa denominata dal diritto dell'Unione europea come trasmissione di energia elettrica [cioè trasporto attraverso reti ad altissima o ad alta tensione ai sensi dell'art. 2, punto 34), direttiva 2019/944/UE]. Infatti, in forza dell'art. 1, primo comma, d. lgs. n. 79/1999, questa attività, assieme a quella di dispacciamento (corrispondente al controllo costante dei flussi di energia elettrica nell'intera rete elettrica nazionale al fine di garantire un bilanciamento tra energia immessa nella rete e energia consumata), sono riservate allo Stato e affidate in concessione al gestore della rete di trasmissione nazionale, oggi corrispondente a Terna s.p.a.

---

diversi di realizzare lo scambio di energia all'interno della comunità, il primo dei quali (ivi denominato «*traditional supplier model*»), a mio avviso, non è però riconducibile alla nozione di scambio di energia, bensì alla nozione di vendita o di fornitura di energia.

[78] Da notare che l'attività di scambio (o di condivisione) dell'energia, diversamente dalle altre con le quali opero il confronto nel testo, non è definita nella direttiva 2019/944/UE.

[79] Nell'art. 42-*bis* d.l. n. 162/2019 il verbo «condividere» (e il relativo concetto chiave di «energia condivisa» utilizzato nel citato art. 42-*bis*) ha un significato comprendente quelli dei verbi illustrati nel testo (cioè «fornire», «scambiare» e «condividere»); naturalmente, nel calcolo dell'energia condivisa si tiene conto di quella immagazzinata nei sistemi di accumulo presenti all'interno della comunità. La logica sottesa al concetto di energia condivisa di cui al citato art. 42-*bis* è premiare l'autoconsumo istantaneo (cioè contestuale alla produzione) di energia all'interno della CER, «pari al minimo, in ciascun periodo orario, tra l'energia elettrica prodotta e immessa in rete dagli impianti a fonti rinnovabili e l'energia elettrica prelevata dall'insieme dei clienti finali associati [nella CER]» [art. 42-*bis*, quarto comma, lett. b), d.l. n. 162/2019]; sicché, ad esempio, ad una certa ora, l'energia condivisa nella CER (individuata secondo la disciplina in commento) sarà 80, se, nella stessa ora, l'energia prodotta all'interno della comunità sarà 80 e l'energia consumata nella stessa comunità sarà 100, ovvero se l'energia prodotta sarà 100 e l'energia consumata sarà 80. Sul punto cfr. anche ARERA, *Orientamenti*, cit., 27-29.

Il diritto dell'Unione europea, nell'imporre alle comunità energetiche di esercitare le diverse attività caratterizzanti sopra individuate, non preclude loro di svolgere altre attività economiche, quand'anche queste ultime non fossero connesse o strumentali alle loro imprese energetiche caratterizzanti [80]. Dunque, almeno secondo la direttiva 2018/2001/UE e la direttiva 2019/944/UE, una comunità energetica potrebbe prevedere nel proprio atto costitutivo l'esercizio vuoi delle sole attività energetiche che devono caratterizzarla (avendo così un oggetto sociale esclusivo, se costituita in forma societaria), vuoi di qualsiasi altra attività economica (cioè non riguardante prodotti energetici e non necessariamente accessoria a quelle energetiche che la devono caratterizzare).

La libertà di costituire comunità energetiche multisettoriali [81] è da salutare certamente con favore. Sicché, se il legislatore italiano se ne avvarrà, la conseguente flessibilità organizzativa di tali comunità ne favorirà certamente la diffusione, magari in forma di cooperative di comunità [82], specialmente nelle aree interne del nostro bel Paese, molte delle quali sono ad alto rischio di irreversibile spopolamento. In effetti, in alcuni casi, il solo esercizio di attività energetiche potrebbe pregiudicare la sostenibilità economica del relativo progetto energetico comunitario, mentre in altri casi le stesse attività energetiche potrebbero garantire un flusso finanziario adeguato a sostenere altre attività (meno redditizie o addirittura non economiche, ma) ritenute necessarie per lo sviluppo sostenibile della relativa popolazione beneficiaria.

In più punti di questo saggio ho precisato che le comunità energetiche debbano essere imprenditori energetici.

La loro capacità imprenditoriale potrà essere migliorata ricorrendo a collaborazioni (eventualmente di tipo consortile o cooperativo) con altri imprenditori, tra cui anche altre comunità energetiche. Tali collaborazioni, tuttavia, non possono pregiudicare l'indipendenza delle comunità in parola [83].

---

[80] Dello stesso avviso sono D. FRIEDEN, A. TUERK, J. ROBERTS, S. D'HERBEMONT, A. GUBINA, *Collective self-consumption and energy communities: Overview of emerging regulatory approaches in Europe*, *Compile Working paper*, giugno 2019 (scaricabile da www.rescoop.eu), 8.

[81] Si immagini una cooperativa che produca energia fotovoltaica in favore degli stessi abitanti cui offra servizi socio-sanitari, oppure una cooperativa agricola che produca biogas per i macchinari degli agricoltori appartenenti alla relativa comunità.

[82] Sulle quali v. *infra*, §§ 6.2.5 e 10.1.

[83] Il suddetto assunto sarà sviluppato nel § 6.2.3 per le CER, mentre per le CEC la stessa conclusione discende dal fatto che gli imprenditori energetici non possono partecipare al loro controllo effettivo dall'interno (cioè in quanto loro membri; sul punto v. *supra*, § 6.2.1) e, *a fortiori*, non possono controllarle dall'esterno.

Anzi, queste alleanze con operatori specializzati – come una grande società energetica (anche a controllo pubblico), una ESCO [84], un ente specializzato nel realizzare progetti energetici comunitari o una società capace di promuovere e accompagnare piccole cooperative energetiche – saranno in molti casi indispensabili per la nascita e la sopravvivenza dell'impresa esercitata dalle comunità energetiche.

Le collaborazioni testé auspicate non potranno però realizzarsi mediante l'ingresso di questi operatori specializzati nella compagine della CER o attribuendo loro il potere deliberativo nella CEC, stante i vincoli contenuti nella direttiva 2018/2001/UE e nella direttiva 2019/944/UE illustrati nel precedente paragrafo.

Le comunità energetiche, al fine di stare efficacemente sul mercato e di fornire senza soluzione di continuità adeguate quantità di energia ai loro membri, possono, alternativamente o cumulativamente, (*i*) allearsi con altre comunità, scambiandosi l'energia (di regola, elettrica) da loro prodotta (così, espressamente, per le CER, il considerando 71 della direttiva 2018/2001/UE), (*ii*) aggregarsi per poi accedere ai mercati appropriati dell'energia elettrica [art. 22.2, lett. c), direttiva 2018/2001/UE], ovvero (*iii*) sottoscrivere, come clienti finali, accordi (diretti con produttore o indiretti con grossisti) di compravendita di energia elettrica [così art. 22.2, lett. a), direttiva 2018/2001/UE], meglio se di lungo termine (di solito denominati *power purchase agreements* o *PPAs*) [85].

6.2.3. *La loro struttura democratica.*

Solo alla CER il legislatore unionale impone di corrispondere a un «soggetto giuridico … autonomo» [art. 2, punto 16), direttiva 2018/2001/UE].

Il requisito dell'autonomia è qui da intendersi come necessaria struttura democratica della CER, come chiarisce il considerando 71 della medesima direttiva: «le comunità di energia rinnovabile dovrebbero poter mantenere la propria autonomia dai singoli membri e dagli altri attori di mercato tradizionali che partecipano alla comunità in qualità di membri o azionisti, o che coope-

[84] L'acronimo riportato nel testo corrisponde a *Energy Service Company*, così definita dall'art. 2, primo comma, lett. i), d. lgs. 30 maggio 2008, n. 115: il soggetto «che fornisce servizi energetici ovvero altre misure di miglioramento dell'efficienza energetica nelle installazioni o nei locali dell'utente e, ciò facendo, accetta un certo margine di rischio finanziario».

[85] Per l'attuale promozione dei suddetti contratti [sui quali M. MELI (nt. 23)] cfr., da ultimo, il PNIEC italiano per il decennio 2021-2030, cit., 125 s., ritenendo i contratti in parola uno strumento efficace per incrementare il consumo di energia da fonti rinnovabili.

rano con altri mezzi, come gli investimenti» [86].

Dal citato considerando 71 traggo la conclusione che la CER dovrà mantenersi non solo democratica internamente, ma anche indipendente esternamente. Il che significa, ad esempio, che una CER non potrà sottoporsi, nemmeno contrattualmente, ad attività di direzione e coordinamento esercitata da altri enti, almeno quando ciò comporti l'ingresso in un gruppo verticale in qualità di ente coordinato. A certe condizioni, invece, potrebbe essere legittimo che una comunità energetica, specialmente se con altre comunità, faccia parte di gruppi paritetici ai sensi dell'art. 2497-*septies* c.c.

La necessaria struttura democratica della CER è sinergica con il fatto che la stessa CER deve corrispondere a un progetto di energia comunitaria, come spiegherò più avanti [87].

Se è vero che democrazia significa non solo voto capitario ma anche partecipazione dei membri dell'ente alla relativa vita associativa, la comunità energetica, se in forma cooperativa, potrà utilizzare (specialmente se avesse tanti soci o soci con differenti interessi rispetto all'attività mutualistica svolta) l'istituto delle assemblee separate ai sensi dell'art. 2540 c.c. (ad esempio suddividendo i soci in ragione della loro vicinanza ai diversi impianti energetici appartenenti alla stessa comunità) [88].

Benché non imposto dalla direttiva, per incrementare il carattere comunitario della relativa impresa, la CER potrebbe concepire forme di coinvolgimento dei beneficiari (attuali o potenziali) dei beni o servizi dalla stessa prodotti; il che corrisponderebbe a un dovere giuridico, se la CER fosse costituita in forma di impresa sociale non cooperativa, ai sensi dell'art. 11 d. lgs. 3 luglio 2017, n. 112.

6.2.4. *La titolarità degli impianti di produzione energetica.*

In forza dell'art. 2, punto 16, lett. a), direttiva 2018/2001/UE, le CER devono produrre energia da fonti rinnovabili mediante impianti «che appar-

---

[86] La stessa opinione è espressa in RESCOOP.UE, CLIENTEARTH, *Energy Communities*, cit., 32-35 e 39, ove si illustrano le possibili declinazioni del sopra indicato requisito e si suggerisce che gli Stati membri, in sede di recepimento, impongano una struttura democratica anche alle CEC.

[87] Nel § 6.2.5. Più in generale, sul legame tra democrazia e imprese di comunità cfr. P.A. MORI, *Cos'è l'impresa di comunità*, in *Imprese di comunità*, a cura di P.A. MORI e J. SFORZI, Bologna, il Mulino, 2018, 37-42.

[88] Sulle suddette assemblee cfr. E. CUSA, *sub* art. 2540, in *Codice commentato delle società*[3], a cura di G. Bonfante e altri, Assago, Ipsoa, 2011, 2221-2230.

tengono e sono sviluppati» dalla stessa CER.

A mio parere, l'appartenenza degli impianti alla CER può discendere non solo da un titolo attributivo della relativa proprietà e del relativo possesso (come quando la CER costruisse per proprio conto o acquistasse l'impianto di produzione energetica, magari anche da un ente pubblico o da una società di diritto privato ma a controllo pubblico)[89], ma anche da un titolo attributivo della sola legittima detenzione, se il relativo proprietario fosse un ente pubblico (come quando la CER costruisse o sviluppasse e gestisse un impianto di produzione energetica a seguito di apposita concessione amministrativa, eventualmente in partenariato pubblico privato[90])[91].

La CER potrà produrre energia da fonti rinnovabili soltanto mediante propri impianti che siano stati: (*i*) costruiti dalla CER ovvero costruiti da altri ma acquistati successivamente dalla CER; (*ii*) sviluppati solo dalla CER, una volta che tali impianti appartengano a questa; nello sviluppo in parola farei rientrare tutti gli interventi straordinari sugli impianti che dovranno essere decisi dai competenti organi della CER; (*iii*) manutenuti e gestiti dalla CER, ovvero manutenuti e gestiti da terzi sotto il controllo della CER.

Di contro, le CEC sono libere di non produrre energia (nemmeno quella elettrica) e, se decidono di farlo, possono produrla usando impianti altrui, magari solo degli stessi membri della CEC.

Nel promuovere le CER sarebbe utile concepire delle soluzioni legali per incentivare (o almeno non ostacolare)[92] l'apporto a titolo di proprietà degli

---

[89] A conferma dell'interpretazione sopra prospettata si vedano le versioni in lingua inglese, tedesca, spagnola e portoghese dell'art. 2, punto 16, lett. a), direttiva 2018/2001/UE, ove si usa espressamente il termine 'proprietà', 'proprietario' o verbi che implicano la proprietà. Rimane molto generica invece la versione francese della stessa disposizione («*projets en matière d'énergie renouvelable auxquels l'entité juridique a souscrit et qu'elle a élaborés*»), pur riferendosi l'art. 22.2, lett. b), direttiva 2018/2001/UE all'energia rinnovabile prodotta «*par les unités de production détenues par ladite communauté d'énergie renouvelable*».

[90] In tal caso si avrebbe quello che si suole denominare operazione di partenariato pubblico privato, sulla quale cfr. gli artt. 165 e 180 d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (noto come Codice dei contratti pubblici).

[91] Mi chiedo tuttavia se sia compatibile con la direttiva 2018/2001/UE anche l'ipotesi in cui la CER detenga l'impianto produttivo energetico che sia di proprietà (non già dell'ente pubblico concedente, bensì) (*i*) della banca o dell'intermediario finanziario con il quale sia stato stipulato un contratto di *leasing* finanziario (ora espressamente disciplinato dall'art. 1, centotrentaseiesimo comma e ss., l. 4 agosto 2017, n. 124), (*ii*) del produttore dell'impianto con il quale sia stato stipulato un contratto di *leasing* operativo o (*iii*) del venditore dell'impianto con il quale sia stato stipulato un contratto di vendita con riserva di proprietà *ex* artt. 1523 ss. c.c.

[92] Si pensi, ad esempio, alla possibilità di cedere alla CER la convenzione per l'erogazione

impianti di produzione energetica appartenenti ai membri della CER. Il che determinerebbe una serie di indubbi vantaggi non solo per la CER, ma anche per i suoi membri; questi ultimi, infatti, potrebbero ad esempio beneficiare della più articolata e/o specializzata organizzazione della CER al fine di manutenere gli impianti oggetto di cessione. Se la CER fosse costituita in forma societaria, il passaggio di proprietà dell'impianto di produzione energetica potrebbe avvenire mediante un conferimento di beni in natura, con la conseguente applicazione della relativa disciplina societaria.

Secondo il diritto unionale il membro della comunità energetica può rimanere proprietario di impianti di produzione energetica, una volta che sia entrato in una comunità energetica. Il che è testualmente provato dall'art. 16.1, lett. c), direttiva 2019/944/UE, il quale prevede che un membro di una CEC non perde i propri diritti e obblighi di cliente attivo. Quest'ultimo, infatti, può corrispondere a un soggetto che «consuma o conserva l'energia elettrica prodotta nei propri locali … o … in altri locali, oppure vende l'energia elettrica autoprodotta o partecipa a meccanismi di flessibilità o di efficienza energetica, purché tali attività non costituiscano la principale attività commerciale o professionale», ai sensi del già ricordato art. 2, punto 8), direttiva 2019/944/UE.

Dunque, all'interno della comunità energetica possono coesistere energia prodotta dalla comunità ed energia prodotta dai membri della comunità; quest'ultima energia potrà poi essere autoconsumata, venduta alla comunità, aggregata dalla comunità, ovvero scambiata all'interno della comunità [93].

6.2.5. *La presenza di una comunità territorialmente definita.*

La CER, diversamente dalla CEC, deve essere un soggetto giuridico che «è effettivamente controllato da azionisti o membri che sono situati nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili che appartengono e sono sviluppati dal soggetto giuridico in questione» [art. 2, punto 16), lett. a), direttiva 2018/2001/UE].

A mio parere, l'esposto requisito della vicinanza deve essere inteso in senso fisico [94]; detto altrimenti, i membri della CER devono trovarsi (se persone

---

del servizio di scambio sul posto dell'energia elettrica, già stipulata dal membro del CER con il Gestore dei Servizi Energetici GSE s.p.a.

[93] Circa il significato di scambio (o di condivisione) dell'energia all'interno della comunità energetica v. *supra*, § 6.2.2.

[94] Così anche in RESCOOP.UE, CLIENTEARTH, *Energy Communities*, cit., 27-29, ove si sug-

fisiche, di regola, almeno risiedere, cioè stabilmente stare) nello stesso territorio (da delimitare legalmente [95], senza però pregiudicare la capacità imprenditoriale della CER) nel quale la comunità energetica abbia collocato i propri impianti di produzione energetica.

Solo in questo modo, infatti, si rispetta il fatto che una CER sia e rimanga una comunità locale [96] – insieme inscindibile di territorio e di soggetti in esso operanti – e rappresenti realmente un progetto di energia comunitaria.

Dunque, nel caso di specie, energia comunitaria è da intendersi nel significato più pregiante possibile: energia (cioè un bene di interesse generale o di comunità, nel senso che interessa, attualmente o potenzialmente, direttamente o indirettamente, tutti i componenti di una comunità [97]) prodotta in una comunità (intesa come territorio), da una comunità (intesa come ente produttore governato da una comunità), per una comunità (intesa come insieme di persone fisiche stabilmente legate a un territorio, eventualmente tramite enti costituiti da loro stesse) [98]; il che è garantito dal fatto che la CER deve essere un'organizzazione aperta [99] e, conseguentemente, le persone fisiche (con capacità di agire) appartenenti a un dato gruppo di persone determinato territorialmente

gerisce di regolare questa prossimità geografica in modo flessibile, al fine di tener conto delle diverse possibili attività esercitabili da una CER.

[95] Probabilmente la soluzione più convincente (e più efficiente) di delimitazione territoriale della CER è quella basata non su confini di natura amministrativa (come il territorio di determinati comuni, province, aree metropolitane o regioni) ma sulla ripartizione territoriale del sistema elettrico nazionale in cabine primarie e secondarie.

In questa direzione si è comunque già mosso il legislatore con il terzo comma, lett. d) e il quarto comma, lett. d) dell'art. 42-*bis*, d.l. n. 162/2919; secondo questa disciplina, infatti, tutti i consumatori energetici di una CER costituita in conformità con tale disposizione devono avere i propri punti di prelievo dell'energia (i cosiddetti POD; il POD corrisponde al punto fisico di una rete elettrica in cui l'energia elettrica viene prelevata dall'utente, contraddistinto da un univoco codice POD) all'interno della medesima cabina di trasformazione media tensione/bassa tensione in cui sono ubicati i punti di immissione (il punto di immissione corrisponde al punto fisico di una rete elettrica in cui l'energia elettrica viene immessa nella rete) dell'energia prodotta dalla comunità energetica. In ARERA, *Orientamenti*, cit., 18, vi sono alcune precisazioni sul punto.

[96] Non a caso la direttiva 2018/2001/UE impone agli enti pubblici che partecipino alla CER di essere «autorità locali» e alla stessa CER di «fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi azionisti o membri o alle aree locali in cui opera».

[97] In argomento cfr. P.A. Mori, (nt. 80), 37-42.

[98] Circa la correlata definizione di impresa di comunità, per ora non sancita in una disposizione del nostro ordinamento statale, rimando alla proposta di P.A. Mori, (nt. 80), 23-26. Sul fenomeno delle imprese di comunità, da ultimo, cfr. C. Burini, J. Sforzi, *Imprese di comunità e beni comuni. Un fenomeno in evoluzione*, *Euricse Research Report*, n. 18/2020 (scaricabile da www.euricse.eu).

[99] Sul punto v. *infra*, § 10.2.

potrebbero coincidere con la compagine della CER che produce energia in quella e per quella comunità [100].

Tenuto conto del tenore dell'art. 2, punto 16), lett. a), direttiva 2018/2001/UE, il diritto nazionale che attuerà questa disposizione potrà limitarsi a richiedere il requisito della vicinanza sopra precisato non già a tutti i membri della CER ma solo a coloro i quali siano in grado di controllare «effettivamente» la CER [101].

Legando statutariamente i membri della CER (o almeno chi la governa stabilmente) e l'attività produttiva della CER a uno specifico territorio – similmente a quanto l'ordinamento italiano impone da tempo e in modo molto rigoroso ad altri imprenditori mutualistici (a tutela dei consumatori, normalmente non di grosse dimensioni, di servizi bancari e finanziari), quali sono le banche di credito cooperativo [102] – si ottengono diversi benefici, tra i quali mi piace segnalare i seguenti sette:

(*i*) si delineano alcuni tratti indefettibili dei profili strutturali e funzionali della CER;

(*ii*) si caratterizza la CER come una comunità territoriale (*community-of-place, community-of-location* o *community-of-geography*) e non invece come una mera comunità di interessi (*community-of-interest*) [103];

---

[100] Ma, allora, le CER, se in forma di cooperativa, rispettano tutti i requisiti per potersi qualificare come cooperative di comunità (non già secondo una definizione legale, per ora inesistente nel diritto italiano nazionale, ma) secondo la definizione proposta da P.A. MORI, *Comunità e cooperazione: l'evoluzione delle cooperative verso nuovi modelli di partecipazione democratica dei cittadini alla gestione dei servizi pubblici*, *Euricse Working Papers, 77|15*, 2015, 15, cioè cooperative che «rispondono a *tre* requisiti: (i) sono controllate dai cittadini (comunità), (ii) offrono o gestiscono beni di comunità, (iii) garantiscono a tutti i cittadini un accesso non discriminatorio».

[101] Circa il suddetto controllo v. *supra*, § 6.2.1.

[102] Ai sensi degli artt. 34, secondo comma e 35, primo comma, d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385 – così come integrati dalla Banca d'Italia con la circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 (*Disposizioni di vigilanza per le banche*), Parte Terza, Capitolo 5, Sezioni II e III – tutti (e non solo la maggioranza de)i soci cooperatori (non anche gli eventuali soci finanziatori) delle banche di credito cooperativo devono «risiedere, aver sede ovvero operare con carattere di continuità nel territorio di competenza della banca stessa» (art. 34, secondo comma, d. lgs. n. 385/1993), almeno il 50% delle esposizioni di tali banche deve essere verso soci cooperatori (o garantito da costoro) e almeno il 95% delle predette esposizioni devono essere «assunte nei confronti di soggetti che siano comunque residenti o operanti con carattere di continuità nella zona di competenza territoriale» di queste banche (così la circolare sopra citata). Sul necessario localismo di queste banche cfr. E. CUSA, *Il diritto delle banche di credito cooperativo tra legge e contratto*, Torino, Giappichelli, 2013, 63 ss.

[103] In argomento rimando alla documentata rassegna di letteratura su energia comunitaria e

(*iii*) si potenzia in modo durevole l'impatto sociale, ambientale ed economico della CER su una data popolazione e un dato territorio;

(*iv*) si rafforzano le imprese esercitate dalle CER, fissando stabilmente un legame tra la produzione di beni e servizi e i relativi beneficiari (cioè tra impresa e mercato), mettendo così le basi del successo delle CER non solo in territori periferici ma anche in aree urbane [104];

(*v*) si facilita l'attuale transizione energetica (dall'energia da fonti fossili all'energia da fonti rinnovabili), la quale non è solo tecnologica e politica, ma è anche sociale, comportamentale e culturale;

(*vi*) si rende possibile il parziale passaggio della produzione energetica da una accentrata (in mano a grossi produttori pubblici e/o privati) a una decentrata (in mano a un crescente numero di prosumatori);

(*vii*) se, come suggerirò nel prosieguo [105], le CER dovranno rispettare l'art. 2514 c.c. e pertanto avere un patrimonio indisponibile per i soci (anche in caso di estinzione del relativo ente), ciascuno dei patrimoni riferibili alle CER (non ciascuno dei relativi enti) potrà essere considerato non solo come una sorta di bene comune (similmente a quanto accade per un patrimonio collettivo soggetto a uso civico, ai sensi della l. 16 giugno 1927, n. 1766) [106], ma anche come un bene a rilevanza pubblica (al pari di un bene pubblico in senso stretto), appartenendo a una comunità e fonte di beneficio per la stessa [107].

---

cooperative di consumo energetico, così come redatta da M.D. TARHAN, *Renewable Energy Cooperatives: A Review of Demonstrated Impacts and Limitations*, in *Journal of entrepreneurial and organizational diversity*, 2015, 104 ss.

[104] Secondo H. HANSMANN, *La proprietà dell'impresa*, Bologna, il Mulino, 2005, (trad. it. *The Ownership of Enterprises*, Cambridge, Mass., President and Fellows of Harvard College, 1996), 196-200, una delle cause più rilevanti dell'assenza di cooperative urbane di pubblici servizi (tra cui, ovviamente, la fornitura di energia) corrisponderebbe al fatto che «nelle aree urbane gli utenti, tanto quelli residenziali quanto quelli commerciali, sono molto meno stanziali di quelli residenti nelle aree rurali». In base a dati Eurostat aggiornati al 2016 (scaricabile da www.ec.europa.eu/eurostat), più di un quarto (26,6%) della popolazione dell'Unione europea risiedeva in un'abitazione di proprietà per la quale stava pagando un mutuo, mentre più dei due quinti della popolazione (42,6%) risiedevano in un'abitazione di proprietà senza pagare un mutuo. Pertanto 7 persone su 10 (69,2% a livello unionale e 72,3% a livello italiano) disponevano di un'abitazione di proprietà, mentre il 19,9% viveva in abitazioni in affitto locate a canone di mercato e il 10,8% in abitazioni in affitto locate a canone agevolato o gratuito.

[105] Nel § 10.3.

[106] Sul punto cfr. E. CUSA, (nt. 13), 667-668 e E.C. TORTIA, *L'impresa come bene comune. Il caso della accumulazione e uso delle risorse comuni nelle imprese cooperative*, in *Beni comuni e cooperazione*, a cura di L. Sacconi e S. Ottone, Bologna, il Mulino, 2015, 301 ss.

[107] Circa l'appartenenza di un bene a un soggetto o a una comunità per distinguere tra bene

La CER, essendo stata concepita dall'Unione europea per rendere protagonisti i consumatori energetici domestici, deve caratterizzarsi per essere non solo un ente capace di organizzare un progetto di energia comunitaria, ma anche un gruppo di soggetti interessati a diventare contestualmente consumatori (direttamente) e produttori (tramite la loro comunità).

Ma, allora, la disciplina italiana della CER – prosumatore tipizzato in forma associata (da non confondersi, come già visto [108], con la figura giuridica degli autoconsumatori collettivi) – dovrà coordinarsi con l'attuale definizione (certamente modificabile con l'attuazione del *Clean Energy Package*) di autoproduttore ai sensi dell'art. 2, secondo comma, d. lgs. n. 79/1999. Detto altrimenti, la CER italiana dovrà dimostrare che la propria produzione energetica sarà destinata principalmente a soddisfare i bisogni energetici degli appartenenti alla propria comunità.

A mio parere, si potrà migliorare il necessario profilo di autoproduttore da fonti rinnovabili della CER, imponendole uno o più dei seguenti tre requisiti:

(*i*) la quota ampiamente maggioritaria della produzione energetica della CER [109] sia venduta ai (o scambiata coi) consumatori domestici appartenenti al territorio di riferimento della CER;

(*ii*) i membri della CER con scopo mutualistico, se consumatori energetici domestici, diventino acquirenti dell'energia prodotta dalla loro CER (o almeno degli altri beni o servizi energetici venduti dalla CER, qualora la produzione energetica della CER non basti a soddisfare la domanda energetica dei suoi

privato, pubblico o comune cfr. N. IRTI, *L'acqua tra beni comuni e concessioni (o la pluralità delle "appartenenze")*, in *Le concessioni idroelettriche*, a cura di M. De Focatiis e A. Maestroni, Torino, Giappichelli, 2014, 1 ss.

[108] *Supra*, nel § 4.

[109] Almeno pari al 70%, se si adotterà la definizione di autoproduttore di cui all'art. 2, secondo comma, d. lgs. n. 79/1999, il quale corrisponde a chi «produce energia elettrica e la utilizza in misura non inferiore al 70% annuo per uso proprio ovvero per uso delle società controllate, della società controllante e delle società controllate dalla medesima controllante, nonché per uso dei soci delle società cooperative di produzione e distribuzione dell'energia elettrica di cui all'articolo 4, numero 8, della legge 6 dicembre 1962, n. 1643, degli appartenenti ai consorzi o società consortili costituiti per la produzione di energia elettrica da fonti energetiche rinnovabili e per gli usi di fornitura autorizzati nei siti industriali anteriormente» al 1° aprile 1999. L'esposta quota del 70% è stata adottata per le comunità energetiche regolate dalla l. reg. Piemonte 3 agosto 2018, n. 12, le quali «acquisiscono e mantengono la qualifica di soggetti produttori di energia se annualmente la quota dell'energia prodotta destinata all'autoconsumo da parte dei membri non è inferiore al 70 per cento del totale» (art. 2, secondo comma, l. reg. Piemonte n. 12/2018). La quota in parola è stata invece abbassata al 60% per le comunità energetiche pugliesi, ai sensi dell'art. 2, quarto comma, l. reg. Puglia 9 agosto 2019, n. 45.

membri); il che corrisponde, a mio avviso [110], a un dovere derivante dallo stesso diritto societario comune, qualora la CER fosse una cooperativa e i consumatori in parola fossero ammessi in società come soci cooperatori;

(*iii*) l'energia prodotta dalla CER derivi esclusivamente da fonti rinnovabili [111] e quella venduta, distribuita, aggregata, stoccata e scambiata dalla stessa comunità corrisponda il più possibile (tenuto conto dell'offerta di energia e dei relativi prezzi nei mercati energetici) a energie da fonti rinnovabili [112].

7. *La doverosa promozione in favore delle comunità di energia rinnovabile.*

Una volta ricordato che una delle strategie di lungo periodo dell'Unione europea è ridurre al minimo il consumo di energia (*rectius*, di prodotti energetici ai sensi dell'art. 2, lett. d), regolamento 1099/2008/CE) e aumentare al massimo la produzione di energia rinnovabile (*rectius*, di energia da fonti rinnovabili), si capisce la ragione, secondo la quale l'Unione europea imponga agli Stati membri di promuovere solo le CER e non anche le CEC [113].
In effetti, come analiticamente esaminato sopra, il diritto unionale (*i*) caratterizza le CEC come imprese elettriche e le CER come imprese energetiche e (*ii*) impone solo alle CER di produrre energia esclusivamente da fonti rinnovabili.

Che gli Stati membri dell'Unione europea debbano promuovere le CER con appositi regimi di sostegno è provato, confrontando l'art. 16.1 direttiva 2019/944/UE con l'art. 22.4 direttiva 2018/2001/UE: la prima disposizione si limita a stabilire che gli Stati membri prevedano «un quadro normativo di riferimen-

[110] Sul punto rimando a E. CUSA, (nt. 57), 119 ss.

[111] Come sostenuto nel § 6.2.2.

[112] Per le comunità energetiche che vogliano rispettare la l. reg. Piemonte n. 12/2018, l'allegato A della deliberazione della Giunta Regionale 8 marzo 2019, n. 18-8520 prevede che «almeno la metà della quota minima del 70% di energia prodotta destinata all'autoconsumo, inteso come bilancio energetico dei punti di connessione alla rete pubblica» sia «costituita da energia prodotta da fonti energetiche rinnovabili disponibili localmente».

[113] Così anche CEER (in *Regulatory Aspects of Self-Consumtion and Energy Communities*, cit., 12).

Circa i modi per promuovere le CER cfr. M.M. SOKOŁOWSKI, *Renewable and citizen energy communities in the European Union: how (not) to regulate community energy in national laws and policies*, in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2020, 1 ss. e, soprattutto, le interessanti osservazioni contenute in RESCOOP.UE, CLIENTEARTH, *Energy Communities*, cit., 43-62.

to per le comunità energetiche dei cittadini»; la seconda disposizione, invece, impone ai predetti Stati di fornire «un quadro di sostegno atto a promuovere e agevolare lo sviluppo delle comunità di energia rinnovabile», il quale, tra l'altro, deve garantire la disponibilità di «strumenti per facilitare l'accesso ai finanziamenti e alle informazioni» per le CER.

Ogni volta che gli Stati membri elaboreranno regimi di sostegno in favore delle CER, tali regimi dovranno essere concepiti non solo osservando (ovviamente) gli artt. 107 e 108 T.F.U.E. (cioè la disciplina unionale sugli aiuti di Stato), ma anche consentendo loro «di competere alla pari con altri partecipanti al mercato per l'ottenimento» del relativo sostegno (art. 22.7 direttiva 2018/2001/UE).

Sarà in ogni caso compito dei legislatori nazionali ovviare agli svantaggi legati alla restrittiva disciplina delle comunità energetiche, affinché queste possano effettivamente operare nel sistema energetico e siano in esso pienamente integrate (considerando 71 della direttiva 2018/2001/UE).

I principi essenziali del quadro nazionale di sostegno per le CER (il cui contenuto minimale per gli Stati membri è fissato dall'art. 22.4 direttiva 2018/2001/UE) e la loro attuazione devono far parte del PNIEC, in forza del combinato disposto dell'art. 22.5 direttiva 2018/2001/UE e dell'allegato I del regolamento 2018/1999/UE; questo allegato, infatti, tra l'altro impone che il PNIEC contenga una «sintesi delle politiche e delle misure … che dovranno essere messe in atto dagli Stati membri … per promuovere e agevolare lo sviluppo dell'autoconsumo e le comunità produttrici/consumatrici di energia rinnovabile», come definite all'art. 2, punto 16), direttiva 2018/2001/UE.

In ragione dei vincoli unionali appena esposti, il Governo italiano, approvando il proprio PNIEC per il decennio 2021-2030, ha tra l'altro previsto all'interno dei propri obiettivi generali del predetto periodo quello di «mettere il cittadino e le imprese (in particolare piccole e medie) al centro, in modo che siano protagonisti e beneficiari della trasformazione energetica e non solo soggetti finanziatori delle politiche attive; ciò significa promozione dell'autoconsumo e delle comunità dell'energia rinnovabile, ma anche massima regolazione e massima trasparenza del segmento della vendita, in modo che il consumatore possa trarre benefici da un mercato concorrenziale». Sempre secondo il nostro PNIEC per il decennio 2021-2030, l'obiettivo appena esposto sarà raggiunto, tra l'altro, semplificando le «autorizzazioni per autoconsumatori e comunità a energia rinnovabile» e introducendo «una disciplina che consenta e regoli lo sviluppo di iniziative di cittadini (con la partecipazione anche di altri soggetti, incluse imprese e municipalizzate) che si associano in entità nuove finalizzate a gestire, con finalità prevalentemente sociali, consumi e generazione di energia, anche attraverso strumenti di *sharing* anche virtuale».

8. *Tempi e modi di recepimento del diritto unionale sulle comunità energetiche.*

Dopo aver ricostruite le fattispecie dei due modelli di comunità energetiche contemplate nella direttiva 2018/2001/UE e nella direttiva 2019/944/UE, prima di trattare il possibile loro recepimento in Italia, occorre chiarire quando e come le fattispecie in parola dovranno entrare a far parte del nostro ordinamento [114].

L'Italia deve adeguare il proprio ordinamento alla direttiva 2019/944/UE entro il 31 dicembre 2020 e alla direttiva 2018/2001/UE entro il 30 giugno 2021.

Il prescritto adeguamento avverrà recependo entrambe queste direttive con la prossima legge di delegazione europea 2019 e, dunque, sia osservando i termini, le procedure, i princìpi e i criteri direttivi generali di cui agli artt. 31 e 32 l. 24 dicembre 2012, n. 234, sia osservando i princìpi e i criteri direttivi specifici della predetta legge di delegazione.

Il disegno di legge destinato a diventare la legge di delegazione europea 2019 è stato comunicato alla Presidenza del Senato della Repubblica il 14 febbraio 2020 (d.d.l. n. 1721 Senato della Repubblica, XVIII legislatura) e contiene i seguenti principi e i criteri direttivi specifici: per le CER l'art. 5, primo comma, lett. f), prescrive di «individuare misure incentivanti per la promozione delle comunità di energia rinnovabile volte a favorire la partecipazione delle comunità locali alla realizzazione degli impianti, valorizzando la rete elettrica esistente e massimizzando l'utilizzo locale della relativa produzione energetica, con conseguente minore utilizzo della rete elettrica derivante da sistemi di generazione diffusa»; per le CEC l'art. 12, primo comma, lett. a), «in coerenza con le modalità e gli obblighi di servizio pubblico», prescrive di «definire la disciplina relativa alle comunità energetiche dei cittadini, attive nell'ambito della generazione, dell'approvvigionamento, della distribuzione, dell'accumulo, della condivisione, della vendita di energia elettrica e della fornitura di servizi energetici, ivi inclusi i servizi di efficienza energetica e di ricarica dei veicoli elettrici, valorizzando la rete elettrica esistente e assicurando un'adeguata partecipazione ai costi di sistema».

Purtroppo, i riportati principi e criteri specifici sono assolutamente inidonei a indicare all'aspirante legislatore delegato la cornice capace di garantire un rece-

[114] In generale, sulla legislazione (aggiornata a giugno 2019) in materia di comunità energetiche, presente negli Stati membri dell'Unione e in Svizzera, cfr. D. FRIEDEN, A. TUERK, J. ROBERTS, S. D'HERBEMONT, A. GUBINA, (nt. 73), 10 ss.

pimento adeguatamente coordinato dei due modelli di comunità energetiche [115].

Stante la forte aspettativa per le comunità energetiche e per l'autoconsumo collettivo, il Parlamento, su pressione di una parte della società civile, ha previsto un'eccezionale attuazione anticipata dell'art. 22 direttiva 2018/2001/UE, approvando l'art. 42-*bis* d.l. n. 162/2019; più precisamente, questa disposizione ha introdotto una disciplina (comunque incompleta [116]) che è, contemporaneamente, temporanea e sperimentale: temporanea, in quanto si applica alle sole CER che produrranno energia mediante «impianti alimentati da fonti rinnovabili di potenza complessiva non superiore a 200 kW [117], entrati in esercizio dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto [cioè dopo il 1° marzo 2020] ed entro i sessanta giorni successivi alla data di entrata in vigore del provvedimento di recepimento della direttiva 2018/2001/UE [cioè, al più tardi, entro il 30 agosto 2021]»; *sperimentale*, in quanto il monitoraggio delle CER costituite ai sensi dell'art. 42-*bis* d.l. n. 162/2019 servirà per concepire la migliore attuazione definitiva del modello unionale di CER, attraverso uno dei decreti legislativi attuativi della prossima legge di delegazione europea 2019 [118].

---

[115] Il Portogallo, il primo Stato membro ad aver recepito (con il *Decreto-Lei* n. 162/2019 del 25 ottobre 2019) la direttiva 2018/2001/UE, non solo non ha coordinato in alcun modo l'attuazione dei due modelli unionali di comunità energetiche, ma ha anche concepito una disciplina nazionale limitata alle CER in modo assai superficiale, per lo più copiando (senza chiarirle) le espressioni, spesso ambigue, contenute nella direttiva in parola.

La stessa situazione è presente in Francia ove è stata recepita la direttiva 2018/2011/UE con la *Loi* n. 2019-1147 dell'8 novembre 2019; l'art. 40 di questa legge ha sì introdotto nel *Code de l'énergie* l'art. L211-3-2, contenente la definizione di CER, ma questa definizione non è altro che una copiatura della definizione unionale della CER e, proprio in ragione di ciò, al termine di quest'ultimo articolo, si prevede che «*un décret en Conseil d'Etat précise les modalités d'application du présent article*».

[116] In effetti, l'art. 4-*bis* d.l. n. 162/2019 è da integrare, sia con i provvedimenti che ARERA concepirà in conformità con il relativo ottavo comma, sia con il decreto che il Ministro dello sviluppo economico emanerà in conformità con il relativo nono comma.

[117] Il suddetto tetto di produzione potrebbe consentire la previsione di un favorevole trattamento circa gli oneri di sistema sull'energia condivisa all'interno della CER (così come definita nel citato art. 4-*bis*).

Secondo ARERA, *Orientamenti*, cit., 13, il tetto dei 200 kW indicato nel testo riguarda il singolo impianto di produzione della CER; sicché, se la CER avesse più impianti di produzione, la stessa potrebbe superare detto tetto. In senso contrario, però, M. MELI, (nt. 23).

[118] Si potrebbe pertanto ritenere che art. 42-*bis* d.l. n. 162/2019 abbia previsto una sorta di *regulatory sandbox* per le comunità energetiche, similmente a quanto è già accaduto per la tecno-finanza, ai sensi dell'art. 36, comma 2-*bis* ss., d.l. 30 aprile 2019, n. 34, conv. con l. 28 giugno 2019, n. 58; tuttavia, l'inconveniente della sperimentazione qui commentata è la sua brevi-

Naturalmente, la disciplina contenuta nell'art. 42-*bis* d.l. n. 162/2019 (od originata da tale disposizione) dovrà rispettare i vincoli di cui alla direttiva 2018/2001/UE, essendo la prima disciplina attuativa della seconda, come rimarca l'*incipit* del citato art. 42-*bis*, primo comma.

Occorre ora precisare gli spazi di discrezionalità che sono lasciati al Governo italiano nel recepire i due modelli unionali di comunità energetiche.

Stante i considerando, gli scopi perseguiti e il tenore letterale delle due direttive in esame [119], ritengo che il Governo italiano non possa attenuare gli elementi distintivi delle due fattispecie di CER e di CEC al di là di quanto consentano specialmente le finalità perseguite dal legislatore unionale [120]. Una tale opzione normativa, infatti, vanificherebbe il fine di armonizzare la disciplina delle comunità energetiche a livello europeo e, soprattutto, contrasterebbe con l'accordo politico raggiunto al momento di definire il testo della direttiva 2018/2001/UE e della direttiva 2019/944/UE; in questi provvedimenti, infatti, si indicano due specifiche fattispecie di comunità energetiche (senza precludere all'autonomia negoziale, nel rispetto dell'ordinamento nazionale di riferimento, di concepire «altre iniziative dei cittadini» regolate da altri «contratti di diritto privato» [121]), rivolte principalmente a consumatori energetici domestici.

Uno Stato membro dell'Unione, se non può attenuare gli elementi distintivi delle due fattispecie di CER e di CEC, può però scegliere un unico modello imprenditoriale base che sia compatibile con tali elementi [122]. Sicché, ad es-

---

tà, se è vero che, da un lato, al 25 giugno 2020 né ARERA né il MISE hanno adottato i regolamenti necessari per far partire tale sperimentazione e, dall'altro lato, il Governo italiano deve adottare la disciplina di recepimento relativa al diritto unionale sulle comunità energetiche (in funzione della quale opererebbe la sperimentazione in parola) entro il 30 giugno 2021. In favore di *regulatory sandboxes* per disciplinare le comunità energetiche cfr. RESCOOP.UE, CLIENTEARTH, *Energy Communities*, cit., 86-88.

[119] Gli elementi sopra ricordati sono esaminati dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea per individuare la discrezionalità degli Stati membri nel recepire le direttive e comunque per interpretare queste ultime; sul punto cfr., tra le altre sentenze, Corte Giust. UE, 14 giugno 2017, Menini e Rampanelli, C-75/16, ECLI:EU:C:2017:457, punto 47 e Corte Giust. UE, 29 luglio 2019, Funke Medien NRW GmbH/Repubblica federale di Germania, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623, punto 40.

[120] Come esempio di possibile estensione degli elementi distintivi delle comunità energetiche v. *supra*, § 6.2.1 circa i requisiti dei relativi membri.

[121] Le parti sopra virgolettate sono tratte dal considerando 44 della direttiva 2019/944/UE.

[122] Ma, allora, il considerando 44 della direttiva 2019/944/UE (quando precisa che sarebbe «possibile per gli Stati membri prevedere che le comunità energetiche dei cittadini possano essere costituite in forma di qualsiasi soggetto giuridico, per esempio di associazione, cooperativa, partenariato, organizzazione senza scopo di lucro o piccole o medie imprese») va interpretato nel senso che gli Stati membri hanno solo la facoltà (ma non il dovere) di ammettere più

empio, potrebbe accadere che la disciplina unionale sulle comunità energetiche sia recepita in uno Stato membro imponendo l'utilizzo della sola forma cooperativa. Questa forma, infatti, come cercherò di dimostrare nel prosieguo [123], corrisponde all'organizzazione ideale per rispettare tutti i relativi vincoli previsti dal diritto dell'Unione europea.

In considerazione del fatto che le comunità energetiche sono organizzazioni potenzialmente innovative dal punto di vista giuridico, imprenditoriale e soprattutto tecnologico, sarebbe certamente utile prevedere nella legge di delegazione europea 2019 che il Governo, dopo aver recepito tempestivamente il diritto unionale sulle comunità energetiche, possa adottare entro un certo termine disposizioni integrative e correttive della propria disciplina delegata.

9. *Le comunità energetiche italiane tra modello base e modello agevolato.*

Al fine di evitare un inutile (se non dannoso) affastellamento di nuovi modelli imprenditoriali, con una moltiplicazione di corrispondenti discipline, ritengo auspicabile che il Governo attui la direttiva 2018/2001/UE e la direttiva 2019/944/UE, introducendo non tanto un nuovo tipo di organizzazione imprenditoriale, quanto due modelli organizzativi (uno non incentivato e l'altro incentivato) utilizzabili da soggetti giuridici costituitisi secondo schemi generali (corrispondenti ad autonomi tipi negoziali) già regolati dal nostro diritto comune.

Detto altrimenti, come è accaduto di recente per le società benefit ai sensi dell'art. 1, trecentosettantaseiesimo comma e ss., l. 28 dicembre 2015, n. 208 o per le imprese sociali ai sensi del d. lgs. n. 112/2017, così, in occasione del recepimento delle due direttive sopra ricordate, suggerisco la prossima previsione di due nuove qualifiche imprenditoriali – quella di CEC e quella di CER – che potrebbero combinarsi con la disciplina degli schemi organizzativi generali di diritto comune giudicati compatibili con i requisiti specifici di fonte unionale prescritti per le comunità energetiche.

In ragione delle somiglianze e delle differenze delle CEC e delle CER già esaminate, è ipotizzabile una costruzione di queste due nuove qualifiche im-

---

forme organizzative per costituire comunità energetiche. In senso analogo a quanto sostenuto nel testo cfr. RESCOOP.UE, CLIENTEARTH, *Energy Communities*, cit., 14-18, ove si illustrano le possibili diverse modalità di recepimento sul punto, evidenziandone vantaggi e svantaggi.

[123] V. *infra*, 10.3.

prenditoriali in rapporto non già di insieme e di sottoinsieme [124], bensì di insiemi che si intersecano. In effetti, tenuto conto degli elementi che le compongono, né la qualifica CEC né la qualifica CER può essere considerata come un sottoinsieme rispetto all'altra qualifica [125].

Nonostante manchi un rapporto di insieme e sottoinsieme tra CEC e CER, atteso che il diritto dell'Unione europea impone agli Stati membri di promuovere e agevolare le sole CER, reputo razionale recepire la direttiva 2018/2001/UE e la direttiva 2019/944/UE, prevedendo due modelli di comunità energetiche: uno non agevolato, avente (quasi) tutti i requisiti strutturali e funzionali che accomunano le comunità energetiche, corrispondente alla CEC; l'altro agevolato, contenente ulteriori requisiti, corrispondente alla CER [126].

10. *I tratti comuni delle comunità energetiche italiane.*

Dal diritto unionale delle comunità energetiche ricostruito nella prima parte del presente saggio faccio discendere che alle CEC e alle CEC di diritto italiano devono essere richiesti i seguenti sette elementi:

(*i*) un'autonoma soggettività giuridica di diritto privato, di modo che ogni comunità energetica corrisponda a un ente collettivo di diritto privato;

(*ii*) uno scopo principale corrispondente alla fornitura non già di profitti finanziari ai membri della comunità, bensì di benefici ambientali, economici o sociali vuoi ai membri della relativa comunità vuoi al territorio e alla popolazione in cui opera tale comunità; dunque, ogni comunità energetica deve essere un ente non lucrativo [127]; tuttavia, ciò non significa – come ho già precisa-

[124] Come è stato ipotizzato, ad esempio, in RESCOOP.UE, *Q&A: What are 'citizen' and 'renewable' energy communities?*, 3 luglio 2019 (scaricabile da www.rescoop.eu), 7, 8 e 13.

[125] In effetti, le imprese esercitate dalle CEC attengono alla sola energia elettrica, mentre le CER attengono a qualsiasi energia da fonti rinnovabili; sicché, tra queste due qualifiche, circa le imprese esercitabili, v'è un insieme intersezione, rappresentato dalle varie imprese relative all'energia elettrica prodotta esclusivamente da fonti rinnovabili.

[126] Anche in RESCOOP.UE, CLIENTEARTH, *Energy Communities*, cit., 37-40, si suggerisce agli Stati membri la soluzione prospettata nel testo come quella ottimale.

[127] Così anche ARERA, nella già ricordata memoria illustrata al Senato della Repubblica il 12 marzo 2019 (ove considera la CER come «una sorta di autoconsumatore/aggregatore *no-profit*») e le due Regioni che hanno finora legiferato in materia: (*i*) il Piemonte, con la l. reg. n. 12/2018 (il cui art. 1, primo comma, così definisce le comunità energetiche: «enti senza finalità di lucro, costituiti al fine di superare l'utilizzo del petrolio e dei suoi derivati, e di agevolare la produzione e lo scambio di energie generate principalmente da fonti rinnovabili, nonché forme

to [128] – che sia preclusa una limitata divisione degli utili tra i membri di tali comunità;

(*iii*) una struttura aperta sia in entrata sia in uscita per i relativi membri;

(*iv*) l'impossibilità di essere controllate all'interno da amministrazioni pubbliche;

(*v*) l'impossibilità di essere controllate dall'esterno da chiunque;

(*vi*) una compagine di membri composta osservando le diverse regole previste dal diritto dell'Unione europea per le CEC e per le CER;

(*vii*) l'esercizio almeno di un'impresa energetica, sempre nel rispetto della differenziata disciplina unionale concepita per le CEC e per le CER.

In aggiunta ai sette elementi sopra elencati, le CER di diritto italiano si contraddistingueranno per questi ulteriori tre elementi:

(*i*) una loro struttura democratica interna [129];

(*ii*) un'eventuale presenza tra i loro membri degli enti pubblici, la cui partecipazione deve però essere promossa e agevolata dai pubblici poteri [130];

(*iii*) una loro multiforme promozione e agevolazione pubblica [131].

A mio parere, la direttiva 2019/944/UE, se inquadrata nel *Clean Energy Package* (con il quale si è tra l'altro inteso offrire più soluzioni organizzative

---

di efficientamento e di riduzione dei consumi»); (*ii*) la Puglia con la l. reg. n. 45/2019 (il cui art. 1, primo comma, concepisce una definizione delle comunità energetiche che è quasi completamente un calco di quella contenuta nella legge piemontese appena citata). Secondo invece M. MELI, (nt. 23) una CER «potrebbe senz'altro essere realizzata attraverso un ente a scopo di lucro». Nella stessa direzione di questa studiosa pare andare la prima disciplina nazionale degli Stati membri dell'Unione europea, approvata successivamente alla direttiva 2018/2001/UE e alla direttiva 2019/944/UE, rappresentata da quella portoghese; secondo questa, infatti, le CER portoghesi, ai sensi dell'art. 2, lett. j), *Decreto-Lei* n. 162/2019 del 25 ottobre 2019, possono essere persone collettive, con o senza scopo di lucro («*com ou sem fins lucrativos*»), anche se, in modo contradditorio, è precisato nella stessa disposizione che le CER non devono avere come obiettivo principale quello di offrire ai loro membri profitti finanziari («*lucros financeiros*»).

[128] *Supra*, § 6.1.

[129] Come illustrata *supra*, § 6.2.3.

[130] Ai sensi dell'art. 22.4, lett. h), direttiva 2018/2001/UE, gli Stati membri devono fornire «un quadro di sostegno atto a promuovere e agevolare lo sviluppo delle comunità di energia rinnovabile», tra l'altro garantendo che «alle autorità pubbliche sia fornito un sostegno normativo e di sviluppo delle capacità per favorire la creazione di comunità di energia rinnovabile e aiutare le autorità a parteciparvi direttamente».

[131] Come esemplificata *infra*, § 11.

ai consumatori attivi e, in particolare, ai prosumatori [132]), non impedisce di essere recepita nel nostro ordinamento in modo da estendere espressamente l'ambito di applicazione delle CEC anche alle imprese energetiche non elettriche. Anzi, una tale opzione legislativa ha l'indubbio vantaggio di far corrispondere esattamente all'etichetta dell'ente (comunità energetica dei cittadini) ciò che può fare lo stesso ente (esercitare qualsiasi impresa energetica). Dunque, auspico che le CEC e le CER italiane possano esercitare le stesse imprese energetiche, precisando però che le CEC dovranno esercitare almeno un'attività avente a oggetto l'energia elettrica e le CER dovranno almeno produrre energia da fonti rinnovabili con loro impianti.

10.1. *I possibili contratti istitutivi.*

Sulla base dei vincoli derivanti dal diritto unionale, le comunità energetiche disciplinate dal nostro ordinamento non potranno essere costituite secondo uno dei seguenti contratti:

(*i*) il contratto di rete (ai sensi dell'art. 3, 4-*ter* comma e ss., d.l. 10 febbraio 2009, n. 5) e il contratto di consorzio (ai sensi degli artt. 2612 ss. c.c.), dai quali può crearsi un nuovo soggetto giuridico di diritto privato, poiché i membri della comunità possono non essere qualificati come imprenditori o professionisti secondo il codice civile italiano, mentre questi due contratti impongono ai relativi paciscenti di rivestire la qualifica civilistica di imprenditore o, di recente (grazie all'art. 12, terzo comma, l. 22 maggio 2017, n. 81), di professionista;

(*ii*) il contratto di società consortile in forma di società lucrativa (ai sensi dell'art. 2615-*ter* c.c., secondo uno dei tipi societari ivi ammessi), se è vero che i relativi soci devono essere imprenditori o, di recente (sempre grazie all'art. 12, terzo comma, l. n. 81/2017), professionisti, mentre i membri della comunità energetica possono non esserlo;

(*iii*) il contratto di società lucrativa (ai sensi della disciplina civilistica dei relativi tipi societari), se è vero che la comunità non può avere come scopo principale quello di dividere gli utili tra i membri della comunità [133];

---

[132] Sulle suddette nozioni v. *supra*, § 4.

[133] A conferma delle conclusioni indicate nel testo, ricordo i considerando 43 e 44 della direttiva 2019/944/UE sulle CEC: il primo bipartisce gli imprenditori elettrici sulla base del fine di lucro, affermando che «le iniziative di comunità energetica vertono principalmente sull'approvvigionamento a prezzi accessibili di energia da fonti specifiche, come le rinnovabili, per i

(*iv*) il contratto di società lucrativa benefit, poiché questo modello societario, declinabile in uno dei sei tipi di società lucrativa, deve comunque rispettare l'art. 2247 c.c. [134] e perciò avere come obiettivo principale la distribuzione degli utili tra i relativi soci.

Le comunità energetiche di diritto italiano saranno invece compatibili con i seguenti contratti:

(*i*) il contratto di società cooperativa (così come regolato negli artt. 2511 ss. c.c.), se è vero che il relativo ente è libero di non perseguire lo scopo lucrativo e può avere come soci persone fisiche, enti di diritto pubblico o privato, consumatori e imprenditori;

(*ii*) il contratto di società cooperativa benefit, per le stesse ragioni esposte nel precedente punto (*i*);

(*iii*) il contratto di società cooperativa di comunità (per ora disciplinato soltanto in alcune leggi regionali), in ragione delle motivazioni già indicate nel precedente punto (*i*); anzi, alcune delle cooperative di comunità attualmente operanti sul territorio italiano sono già avvicinabili a quello che potrà essere il modello italiano di comunità energetica;

(*iv*) il contratto di associazione (riconosciuta o non riconosciuta), necessariamente senza scopo di lucro; in effetti, l'ente nascente da tale contratto ha certamente una struttura idonea a consentire sia l'ingresso e l'uscita dei membri della comunità, sia lo svolgimento di imprese energetiche, sia il perseguimento di uno scopo altruistico in favore del territorio e della popolazione in cui opera la comunità energetica; inoltre la comunità energetica potrebbe costituirsi mediante un contratto di associazione attributivo della qualifica di ente del Terzo settore [135], qualora la sua attività sia sussumibile negli «interventi e servizi finalizzati alla salvaguardia e al miglioramento delle condizioni dell'ambiente e all'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, con esclusione dell'attività, esercitata abitualmente, di raccolta e riciclaggio dei

membri o i soci, piuttosto che privilegiare il fine di lucro come le imprese di energia elettrica tradizionali»; il secondo preconizza che gli Stati membri ammettano la costituzione di comunità energetiche dei cittadini in forma di «associazione, cooperativa, partenariato, organizzazione senza scopo di lucro o piccole o medie imprese».

[134] In effetti, ai sensi dell'art. 1, trecentosettasettesimo comma, l. n. 208/2015, le finalità specifiche delle società benefit «possono essere perseguite da ciascuna delle società di cui al libro V, titoli V e VI, del codice civile, nel rispetto della relativa disciplina», tra cui, appunto, l'art. 2247 c.c.

[135] Il suddetto ente è certamente qualificabile come un imprenditore, quand'anche non abbia la qualifica di impresa sociale, come si ricava pianamente dall'art. 11 d. lgs. 3 luglio 2017, n. 117, corrispondente al Codice del Terzo settore.

rifiuti urbani, speciali e pericolosi», ai sensi dell'art. 5, primo comma, lett. e), d. lgs. n. 117/2017;

(*v*) il contratto di fondazione [136] – di regola nella forma della fondazione di partecipazione (oggi ammessa in modo espresso e assai ampio mediante gli artt. 23-26 d. lgs. n. 117/2017 [137]), al fine di garantire il carattere aperto e partecipativo della comunità energetica – seppur con alcuni più significativi adattamenti rispetto a quelli che sarebbero necessari per costituire una comunità energetica in forma associativa; inoltre la comunità in forma fondazionale potrebbe essere qualificata come ente del Terzo settore, a condizione che l'attività della comunità possa essere sussunta in quella tratteggiata dall'art. 5, primo comma, lett. e), d. lgs. n. 117; naturalmente, se si volesse costituire una CER, la relativa fondazione dovrebbe avere una struttura democratica;

(*vi*) il contratto di impresa sociale (declinabile in una delle forme organizzative consentite dall'art. 1 d. lgs. n. 112/2017, tra cui anche i tipi corrispondenti alle società lucrative), a condizione che il relativo ente persegua (se non è una cooperativa sociale [138]) «finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale» ai sensi dell'art. 2, primo comma, d. lgs. n. 112/2017 [139] e, alternativamente, abbia almeno il trenta per cento dei propri lavoratori appartenenti alle categorie di persone svantaggiate di cui all'art. 2, quarto comma, d. lgs. n. 112/2017, oppure svolga in via stabile e principale imprese energetiche sussumibili nell'attività di interesse generale di cui all'art. 2, primo comma, lett. e), d. lgs. n. 112/2017 («interventi e servizi finalizzati alla salvaguardia e al miglioramento delle condizioni dell'ambiente e all'utilizzazione accorta e razionale

[136] Ritengo pertanto che nessuna comunità energetica possa essere costituita per testamento o per atto unilaterale. Ciò in base all'assunto che, almeno per questa organizzazione collettiva, la necessaria presenza di una pluralità di fondatori è volta a concludere un contratto plurilaterale con comunione di scopo (ai sensi dell'art. 1420 c.c.) e non a porre in essere una pluralità di atti unilaterali finalizzati ad un unico scopo e contenuti in un unico atto pubblico. Di quest'ultimo avviso, invece, è la dottrina assolutamente maggioritaria, relativamente al diritto comune delle fondazioni, qui rappresentata da F. GALGANO, *Persone giuridiche*[2], in *Commentario* Scialoja-Branca, *Libro I, Delle persone e della famiglia*, artt. 11-35, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro, 2006, 194.

[137] Come nota, tra gli altri, M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, in *Commentario* Schlesinger, Artt. 11-25, 2018, 308.

[138] Il perseguimento delle suddette finalità non è però richiesto alle cooperative sociali, le quali, dal 20 luglio 2017, sono delle imprese sociali di diritto. Sul punto, da ultimo, cfr. E. CUSA, *Le cooperative sociali come doverose imprese sociali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 952-955.

[139] Come tenta di dimostrare E. CUSA, (nt. 129), 961-962, il perseguimento delle specifiche finalità riportate nel testo non è provato adducendo semplicemente l'esercizio effettivo e principale di una o più delle attività di interesse generale di cui all'art. 2, primo comma, d. lgs. n. 112/2017 e/o il rispetto dell'assenza dello scopo lucrativo di cui all'art. 3 d. lgs. n. 112/2017.

delle risorse naturali, con esclusione dell'attività, esercitata abitualmente, di raccolta e riciclaggio dei rifiuti urbani, speciali e pericolosi»); in effetti, l'impresa sociale non può essere controllata da amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 4, terzo comma, d. lgs. n. 112/2017, non può perseguire lo scopo lucrativo se in forma fondazionale o associativa ai sensi dell'art. 3, primo e secondo comma, d. lgs. n. 112/2017 e, se in forma societaria, la distribuzione degli utili è fortemente limitata ai sensi dell'art. 3, 2-*bis* e terzo comma, lett. a), d. lgs. n. 112/2017 e, pertanto, l'eventuale scopo lucrativo della comunità energetica, quand'anche costituita in forma di società lucrativa, sarebbe certamente perseguito in modo secondario; naturalmente, se il contratto di impresa sociale servisse per costituire una CER, il relativo ente in forma di società non cooperativa dovrebbe avere una struttura democratica [140].

10.2. *Il loro carattere aperto.*

Come già anticipato [141], le comunità energetiche devono essere organizzazioni completamente aperte sia in entrata, sia in uscita.

L'idea del legislatore unionale, infatti, è che si possano avere mercati energetici concorrenziali solo garantendo al consumatore di cambiare liberamente il proprio fornitore (cioè venditore o rivenditore) di energia o il proprio aggregatore di servizi energetici [142].

Se ciò è vero, sostengo che il membro della comunità che non sta avvalendosi di alcun servizio di fornitura o di aggregazione può non essergli riconosciuto il recesso *ad nutum*, quando sceglie il proprio fornitore o aggregatore, non essendovi nel caso di specie alcun cambio di erogatore del relativo servizio.

In altra occasione [143] ho scritto che nel codice civile mancano modelli organizzativi idonei a costituire enti collettivi strutturalmente e necessariamente

[140] Detto altrimenti, si dovrebbe scegliere un tipo societario che consenta una ripartizione democratica del potere; il che, secondo alcuni – qui rappresentati da G. ZANARONE, *Delle società a responsabilità limitata*, in *Commentario* Schlesinger, Artt. 2462-2474, t. 1°, 2010, 1302, nt. 116 (ove ulteriori citazioni), il quale opta pertanto per la derogabilità dell'art. 2479, quinto comma, c.c. – può accadere prescegliendo il tipo s.r.l.

[141] *Supra*, nel § 6.1.

[142] Più precisamente, stante gli artt. 12 e 13 direttiva 2019/944/UE, il suddetto diritto di scelta è sancito solo per la fornitura di energia elettrica e l'aggregazione di servizi di energia elettrica.

[143] Cfr. E. CUSA, *Gli utilizzatori dei marchi collettivi*, in *AIDA* diretti da L.C. UBERTAZZI, 2015, Milano, Giuffrè, 323, ove è citata anche la relativa dottrina in materia.

aperti (cioè riconoscenti un diritto soggettivo di ingresso all'estraneo all'ente). Dunque, nel significato poc'anzi precisato, non sono aperti nemmeno gli enti in forma di associazione o di cooperativa [144].

Tuttavia, usando uno qualsiasi dei modelli organizzativi sopra indicati come compatibili con le comunità energetiche, si può rendere strutturalmente aperti i corrispondenti enti mediante apposite clausole statutarie. In effetti, l'atto costitutivo di una cooperativa, di un'associazione, di una fondazione e di una società (in forma) lucrativa può legittimamente prevedere che gli aspiranti membri abbiano il diritto azionabile giudizialmente di entrare in essa o di uscire dalla comunità, sempreché costoro o abbiano dimostrato di possedere i requisiti soggettivi per entrarvi, o abbiano espresso la volontà di uscirvi.

Tanto per esemplificare, se si vuole garantire il diritto di ingresso, basterà prevedere statutariamente il dovere per l'organo amministrativo di ammettere nella comunità chi sia interessato ad acquistare i beni e/o i servizi energetici prodotti dalla stessa comunità. Il riconoscimento di questo diritto di ingresso nelle comunità in forma di società lucrativa (ma non in quelle in forma di cooperativa, grazie al procedimento di ammissione previsto per queste ultime dall'art. 2528 c.c.) sarà però complicato dal necessario rispetto della disciplina del loro capitale fisso; in effetti, all'aspirante socio, o viene trasferita una partecipazione già in circolazione (ad esempio, mediante assegnazione di azioni proprie, se la comunità fosse in forma di s.p.a.), o deve sottoscrivere una partecipazione di nuova emissione dopo che la società abbia deliberato un aumento del capitale sociale per fare entrare il nuovo socio.

Se si vuole invece riconoscere il diritto di uscita al membro dell'ente quando voglia cambiare il proprio fornitore di energia o il proprio aggregatore di servizi energetici, basterà prevedere una causa di recesso dall'ente corrispondente al verificarsi di tale situazione. L'esercizio del correlato diritto di recesso potrebbe però mettere a repentaglio la continuità aziendale della comunità energetica in due modi: o facendo mancare alla comunità (non in forma associativa o fondazionale, argomentando dall'art. 24 c.c.) la liquidità necessaria per pagare al recedente la quota di liquidazione; o facendo perdere alla comunità la capacità di esercitare un'attività economica, non avendo più un numero sufficiente di membri interessati alla sua produzione.

---

[144] In RESCOOP.UE, CLIENTEARTH, *Energy Communities*, cit., 22-23, si suggerisce agli Stati membri di consentire la modulazione dell'apertura della comunità energetica in funzione dell'attività svolta dalla stessa; sicché, ad esempio, la comunità dovrebbe rimanere sempre aperta all'ingresso di nuovi membri quando offrisse loro servizi, mentre potrebbe impedire l'ingresso di nuovi membri una volta che avesse raccolto il denaro sufficiente per poter realizzare l'impianto di produzione energetica destinato ad essere posseduto dalla comunità.

Se il secondo degli effetti negativi appena descritti è ineliminabile, il primo degli stessi è invece eliminabile, adottando una soluzione legislativa che (garantendo comunque al recedente il diritto di cui all'art. 12 direttiva 2019/944/UE) sia simile o a quella prevista per le banche cooperative dall'art. 28, 2-*ter* comma, d. lgs. n. 385/1993 [145] (grazie alla quale, a certe condizioni, è limitato o rinviato, in tutto o in parte e senza limiti di tempo, il pagamento al recedente della quota di liquidazione), o a quella prevista per le CER italiane dall'art. 42-*bis*, quinto comma, lett. b), d.l. n. 162/2019 (secondo la quale i membri di tali comunità possono recedere in ogni momento, «fermi restando eventuali corrispettivi concordati in caso di recesso anticipato per la compartecipazione agli investimenti sostenuti, che devono comunque risultare equi e proporzionati») [146].

A mio parere, il diritto di ingresso nella comunità energetica può essere legittimamente negato dai competenti organi della comunità, quando questa sia impossibilitata ad offrire i beni o i servizi che richiederebbe l'aspirante membro, se potesse entrare in tale comunità [147].

Il diritto dell'Unione europea impone alla comunità energetica solo di far entrare nella sua compagine qualsiasi interessato ai beni o ai servizi dalla stessa prodotti, ma non anche (e giustamente [148]) di contrarre con qualsiasi soggetto appartenente alla comunità di riferimento della CEC o della CER, quand'anche costui fosse a loro estraneo. In effetti, la comunità energetica, finché non produca in regime di monopolio [149], può non contrarre con chi è fuori dalla propria compagine, così come costui è libero di contrarre con produttori energetici diversi dalla CEC o dalla CER costituitasi nella propria comunità di riferimento.

---

[145] Poi attuato dalla Banca d'Italia con la già citata circolare n. 285/2013, Parte Terza, Capitolo 4, Sezione III.

[146] Anche in RESCOOP.UE, CLIENTEARTH, *Energy Communities*, cit., 23, si raccomanda agli Stati membri di imporre limitazioni ragionevoli all'uscita dei membri della comunità, di modo da garantire a quest'ultima la sostenibilità finanziaria di lungo periodo.

[147] Immagino, ad esempio, l'ipotesi in cui all'aspirante acquirente di energia da fonti rinnovabili sia negato l'ingresso nella CER, quando questo ente si trovi nell'impossibilità (anche nell'immediato futuro) di incrementare la propria produzione energetica, bastevole per i soli attuali suoi membri.

[148] Non condivido pertanto il pensiero di MORI, (nt. 80), 29-30, quando scrive che, per poter sussumere un ente nella definizione di 'impresa di comunità' da lui coniata, occorra che il relativo imprenditore comunitario garantisca "l'accesso *non discriminatorio al bene* di comunità" a tutti i cittadini appartenenti a tale comunità; a mio avviso, infatti, come il cittadino è libero di non entrare nell'ente gestore dell'impresa di comunità, così tale ente deve rimanere libero di non offrire i propri servizi ai disinteressati a diventare propri membri.

[149] Come accade quando la comunità energetica abbia in concessione il servizio di distribuzione dell'energia e dunque debba offrire a chiunque questo servizio; il che accade già oggi per le cooperative elettriche concessionarie, sulle quali v. E. CUSA, (nt. 13), 681.

10.3. *I loro scopi mutualistico e altruistico.*

Dalla disciplina unionale sulle comunità energetiche ho fatto discendere che esse dovranno avere come membri almeno i consumatori energetici domestici [150], dovranno vendere ai propri membri energia e/o servizi energetici e potranno essere multisettoriali [151].

Dunque, la comunità energetica con scopo mutualistico, se in forma di cooperativa, non potrà essere una cooperativa di lavoro *ex* art. 2512, primo comma, n. 2, c.c. né una cooperativa di produzione *ex* art. 2512, primo comma, n. 3, c.c., mentre sarà normalmente una cooperativa di consumo o di utenza *ex* art. 2512, primo comma, n. 1, c.c. Potrà però accadere che la comunità energetica sia qualificabile come cooperativa mista *ex* art. 2513, secondo comma, c.c., quando, accanto agli scambi mutualistici coi soci consumatori, vi siano gli scambi mutualistici coi soci lavoratori [152] o coi soci produttori [153].

A mio parere, la risposta agli interessi egoistici dei consumatori domestici costituisce la garanzia del successo delle comunità energetiche perseguenti uno scopo mutualistico; detto altrimenti, solo se i predetti consumatori troveranno economicamente conveniente instaurare scambi mutualistici con la propria comunità, questa potrà crescere e consolidarsi come stabile ed efficiente progetto di energia comunitaria [154]. La convenienza in parola dovrebbe discendere dal fatto che i consumatori domestici paghino l'energia consumata ad un prezzo il più possibile vicino al relativo costo di produzione [155]; inoltre, gli stessi consumatori dovrebbero beneficiare di ulteriori vantaggi economici nello scambio mutualistico, specialmente se membri di una CER, per eventuali

[150] V. *supra*, § 6.2.1.

[151] V. *supra*, § 6.2.2.

[152] In una CER multisettoriale i suddetti lavoratori potrebbero essere non già professionisti del settore energetico, bensì operatori socio-sanitari, se tale comunità, accanto alla produzione e vendita di energia, offrisse servizi socio-sanitari.

[153] Si immagini che i soci produttori corrispondano ai consumatori domestici che vendano alla comunità l'energia prodotta dai loro impianti.

[154] Il che non accadrà, invece, se il bene o servizio prodotto dalla CER sarà ottenuto sul mercato a prezzi più bassi o se lo stesso bene o servizio potrà essere più economicamente autoprodotto dal prosumatore energetico.

[155] In effetti, i gestori della comunità dovrebbero determinare il prezzo di scambio nel modo prospettato nel testo, o in quanto seguano le direttive dei loro elettori (cioè dei consumatori domestici, governanti la comunità) per paura di essere revocati o comunque non rinominati, o in quanto autonomamente scelgano il suddetto prezzo per la paura del recesso dalla comunità degli stessi consumatori domestici.

ragionevoli trattamenti favorevoli di natura tributaria [156] e/o tariffaria [157].

In presenza di una comunità energetica con scopo mutualistico sarà centrale disciplinare efficacemente la partecipazione dei soci non solo all'organizzazione societaria [158] ma anche agli scambi mutualistici, di modo da garantire contemporaneamente coinvolgimento dei soci e sostenibilità economica dell'impresa cogestita; circa gli scambi mutualistici ciò potrà avvenire con uno o più regolamenti (necessariamente assembleari, se la comunità è in forma di cooperativa) e/o moduli o formulari (*ex* art. 1342 c.c.) volti a disciplinare i contratti di diritto privato (di solito, di durata) [159], stipulati tra la comunità e i suoi membri, mediante i quali sarà perseguito il relativo scopo mutualistico.

Il fatto che la comunità energetica persegua uno scopo mutualistico non garantisce che i relativi servizi energetici siano offerti in prevalenza ai membri consumatori della stessa. In effetti, potrebbe accadere che la produzione energetica della comunità sia acquistata prevalentemente da terzi e questi siano trattati economicamente peggio dei membri della comunità nella compravendita dei beni e/o servizi prodotti dalla comunità.

Per evitare allora uno snaturamento della comunità energetica o comunque un anticipato suo scioglimento deciso al solo fine di ripartirsi il patrimonio residuo al termine della liquidazione [160], nel recepire la direttiva 2018/2001/UE e la direttiva 2019/944/UE sarebbe utile imporre a quelle in forma di cooperativa (non impresa sociale), specialmente se con la qualifica di CER, una stringente limitazione al loro (pur limitato dall'art. 2545-*quater*, primo e secondo comma, c.c. ed eventuale) scopo lucrativo, corrispondente a quella fissata nell'art. 2514 c.c.

A maggior ragione, la regolazione testé auspicata è opportuna, se la comunità energetica (naturalmente in forma societaria [161]) perseguisse l'alternativo

---

[156] Penso, ad esempio, a una diversa tassazione relativa all'energia comprata dal consumatore domestico dalla propria comunità o permutata con quest'ultima.

[157] Ho in mente eventuali vantaggi relativi ad alcune voci degli oneri generali di sistema; sul punto cfr. §§ 8 e 11.

[158] Sui possibili conflitti tra soci all'interno di una cooperativa energetica cfr. V. BLUMMER, C. HERBES, N. GERICKE, *Conflict handling in renewable energy cooperatives (RECs): organizational effects and member well-being*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, 2017, 179 ss.

[159] Tra i suddetti contratti va annoverato anche quello menzionato all'art. 42-*bis*, quinto comma, lett. c), d.l. n. 162/2019; questa disposizione è interessante al fine di illustrare come il ciclo produttivo della comunità energetica possa essere organizzato e possa essere anche in parte esternalizzato ad operatori specializzati (come potrebbero essere quelli chiamati a gestire il riparto dell'energia all'interno della comunità o i rapporti con alcuni operatori energetici).

[160] Sul punto cfr. le interessanti riflessioni di P.A. MORI, (nt. 80), 21 e 32.

[161] Non potendo la comunità perseguire in alcun modo lo scopo lucrativo soggettivo, se in forma associativa o fondazionale.

scopo altruistico di fornire comunque benefici ambientali, economici o sociali al territorio e alla popolazione in cui opera tale comunità [162], potendo questa comunità vendere i propri beni o servizi energetici addirittura in via esclusiva ad acquirenti diversi dai propri membri (anche se ciò difficilmente dovrebbe realizzarsi nella realtà).

In futuro potrà esistere una comunità energetica che persegua principalmente uno scopo mutualistico e accessoriamente uno scopo non solo altruistico ma anche solidale; anzi, una tale caratterizzazione funzionale dovrebbe corrispondere alla regola, se la comunità energetica fosse costituita come cooperativa rispettosa dei principi cooperativi internazionalmente consolidati dall'Alleanza Cooperativa Internazionale (da ultimo, nel 1995) nella *Dichiarazione di identità cooperativa*; secondo questa Dichiarazione, infatti, la cooperativa dovrebbe basarsi sui valori (tra l'altro) della solidarietà (avendo così attenzione, ad esempio, alle persone fisiche in condizioni di povertà energetica [163]) e dovrebbe lavorare «per uno sviluppo sostenibile delle proprie comunità attraverso politiche approvate dai propri soci» (così il settimo principio cooperativo, denominato *Interesse verso la comunità*).

In conclusione, in ragione degli scopi imposti alle CEC e alle CER dalla direttiva 2018/2001/UE e dalla direttiva 2019/944/UE, non dubito del fatto che i modelli ottimali per perseguirli siano:

(*i*) la società cooperativa (auspicabilmente con un'organizzazione interna governata dai soci consumatori domestici), se si intenda perseguire uno scopo mutualistico, eventualmente con accessorie finalità altruistiche, essendo la cooperativa l'organizzazione tipica nel mondo per esercitare imprese mutualistiche e solidali;

(*ii*) la società cooperativa (dovendosi in questo caso prevedere una cooperativa di diritto speciale senza scopo mutualistico [164], già ammessa astratta-

[162] Sul punto v. s*upra*, § 6.1.

[163] Dal considerando 24 della direttiva 2018/2002/UE risulta che «all'incirca 50 milioni di famiglie nell'Unione si trovano in condizioni di povertà energetica»; in argomento cfr., a livello unionale, www.energypoverty.eu e, a livello italiano, www.oipeosservatorio.it. Non condivido però il pensiero di M. MELI, (nt. 23), secondo la quale la CER avrebbe il dovere «di contribuire a combattere la povertà energetica», essendo questa finalità solo una possibilità per la CER.

[164] Ammessa internazionalmente e addirittura promossa (denominandola *general interest cooperative*) in G. FAJARDO, A. FICI, H. HENRŸ, D. HIEZ, D. MEIRA, H. MÜNKNER, I. SNAITH, *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2017, 19 e 27-32. Per una disciplina di società democratica, con finalità esclusivamente altruistica, utilizzata per costituire comunità energeti-

mente dall'art. 2520, secondo comma, c.c., ma per ora assente effettivamente nel nostro ordinamento, come ho sostenuto altrove [165]) in primo luogo o l'associazione o la fondazione in secondo luogo, se si intenda invece perseguire esclusivamente uno scopo altruistico [166].

Ho affermato che sarebbe preferibile costituire la comunità energetica di diritto italiano sempre in forma cooperativa, quand'anche essa perseguisse uno scopo altruistico, poiché la disciplina civilistica delle associazioni e delle fondazioni è stata concepita per organizzazioni esercenti normalmente attività non economiche, mentre la comunità energetica deve essere un imprenditore; sicché, la comunità energetica, se fosse in forma associativa o fondazionale, rischierebbe di essere governata da regole incapaci di tutelare in modo adeguato i diversi interessi coinvolti nell'esercizio delle proprie attività economiche e, in particolare, gli interessi dei propri creditori. La forma cooperativa è poi ideale per la CER, dovendo questa comunità essere democratica e corrispondendo la cooperativa all'unica organizzazione imprenditoriale democratica concepita dal diritto comune.

In ogni caso, nel recepire la direttiva 2018/2001/UE e la direttiva 2019/944/UE, si potrebbe anche evitare di precisare i tipi contrattuali utilizzabili per costituire le comunità energetiche [167]; tuttavia, prevedo che, se non si introdurranno specifiche deroghe ai tratti distintivi dei modelli organizzativi di diritto

che, cfr. quella del Regno Unito sulla *Community Interest Company* (in argomento cfr. www.gov.uk/government/organisations/office-of-the-regulator-of-community-interest-companies).

[165] Per la tesi in favore del necessario perseguimento dello scopo mutualistico nelle banche popolari e nelle cooperative sociali (cioè le due tipologie di cooperative di diritto speciale solitamente additate come esempi di cooperative senza scopo mutualistico) cfr., rispettivamente, E. CUSA, *I segni distintivi delle banche e dei gruppi bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, I, 627-628 ed E. CUSA, (nt. 129), 963-965, ove anche riferimenti di segno opposto.

[166] Per un raffronto tra due cooperative energetiche, una rivolta prevalentemente verso il pubblico e l'altra rivolta prevalentemente verso i soci, cfr. T. BAUWENS, J. DEFOURNY, *Social capital and mutual versus public Benefit: the case of renewable energy cooperatives*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, 2017, 203 ss

[167] Così accade per le organizzazioni di produttori (OP) e le associazioni di organizzazioni di produttori (AOP), ai sensi, da un lato, dell'art. 153.2, lett. c), regolamento 1308/2013/UE (per i settori agricoli diversi da quello ortofrutticolo), attuato in Italia, da ultimo, con d.m. 3 febbraio 2016 n. 387) e, dall'altro lato, dell'art. 125-*bis*.3, lett. c), regolamento 1234/2007/CE del Consiglio del 22 ottobre 2007 (per il settore ortofrutticolo), attuato in Italia, da ultimo con d.m. 13 agosto 2019; queste due disposizioni unionali stabiliscono infatti che lo statuto delle OP e delle AOP (da costituirsi in Italia secondo uno dei tipi societari corrispondenti alle società con personalità giuridica) contengano «le regole atte a consentire ai produttori aderenti il controllo democratico della loro organizzazione e delle decisioni da essa prese».

comune, ci si avvarrà solo dei contratti specificati in questo paragrafo, anzi, quasi certamente, del solo contratto di società cooperativa [168], eventualmente nella forma (speciale) della cooperativa senza scopo mutualistico, se la CER sarà costituita per perseguire principalmente uno scopo altruistico.

Se a tutte le comunità energetiche con scopo mutualistico e in forma cooperativa si imponesse di rispettare non solo l'art. 2514 c.c., ma anche gli artt. 2512 e 2513 c.c., costringendole ad operare prevalente con i propri membri, queste comunità godrebbero del particolare trattamento tributario riservato alle cooperative a mutualità prevalente; trattamento che non è però da qualificarsi come apposito regime di sostegno e comunque come aiuto di Stato, se la cooperativa beneficiaria è qualificabile come vera, cioè conforme al paradigma tratteggiato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nel 2011, con la cosiddetta sentenza Paint Graphos [169].

11. *Possibili promozioni delle comunità di energia rinnovabile italiane.*

Come più volte rammentato, la prossima disciplina italiana delle CER dovrà contenere una serie di regimi di sostegno e di promozione di queste comunità [170].

---

[168] Nonostante il legislatore italiano abbia attuato con una certa libertà le due disposizioni unionali riportate nella precedente nota (prevedendo, come regola principale sul punto, che in una OP o in una AOP nessun socio produttore possa avere una partecipazione sociale che gli riconosca più del 35% dei voti e che rappresenti più del 49% del capitale sociale), la quasi totalità delle OP e delle AOP sono in forma di società cooperativa; per l'elenco delle OP e delle AOP nei settori agricoli diversi da quello ortofrutticolo, aggiornato annualmente, ove sono riportate anche le loro rispettive forme organizzative, cfr. www.politicheagricole.it.

Il Paese dell'Unione europea con più cooperative energetiche è la Germania, ove c'erano (al 31 dicembre 2018, come risulta da www.dgrv.de), 869 di queste cooperative, con un fatturato medio di 485.860 euro (il più basso era pari a 5.200 euro e il più alto era pari a 4 milioni di euro), aventi una media di 296 soci (la più piccola aveva 3 soci e la più grande ne aveva 2.882, mentre il totale dei soci era pari a 183.000), per il 95% persone fisiche.

[169] Sul punto rimando a E. CUSA, *Le forme di impresa privata diverse dalle società lucrative tra aiuti di Stato e Costituzioni economiche europee*, Torino, Giappichelli, 2013, 56-57.

[170] Se è vero che il modello organizzativo ottimale per una CER è quello della cooperativa di utenza, il legislatore italiano è costretto dall'Unione europea a promuovere la gestione in forma cooperativa di beni e servizi d'interesse pubblico, quali sono quelli del settore energetico; più in generale, a favore di questa modalità gestoria per i predetti beni e servizi, rimando ai contributi di C. BORZAGA, M. GRILLO, P.A. MORI, L. SACCONI, E.C. TORTIA e S. ZAMAGNI, apparsi in *Beni comuni e cooperazione*, a cura di Sacconi e Ottone, Bologna, il Mulino, 2015 (ma in questo volume si vedano anche i saggi di segno opposto di P. RANCI e F. DENOZZA) e, da ultimo, quello di

A titolo di esempio, elenco sedici modalità di promozione delle CER:

(*i*) specifici finanziamenti agevolati e/o erogazioni a fondo perduto per promuovere la costituzione delle CER [171];

(*ii*) ricerche (finanziate in tutto o in parte con fondi pubblici) volte a sperimentare progetti sostenibili di energia comunitaria [172];

(*iii*) programmi di promozione territoriale, specialmente in zone svantaggiate, come alcuni territori montani [173];

(*iv*) azioni volte a promuovere l'ingresso tra i membri delle CER degli enti pubblici locali [174], nel significato che ho provato a precisare altrove [175]; il che, già *de iure condito*, gode di un particolare *favor*, se è vero che, in forza dell'art. 4, settimo comma, d. lgs. 19 agosto 2016, n. 15 (corrispondente al Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica), le amministrazioni pubbliche sono legittimate ad entrare in società con personalità giuridica «aventi per oggetto sociale prevalente … la produzione di energia da fonti rinnovabili» [176];

(*v*) schemi di convenzioni tra la CER e gli enti pubblici locali, predisposti a livello nazionale e/o regionale [177] (o provinciale in Trentino-Alto Adige/Südtirol);

(*vi*) la promozione di CER da parte di enti territoriali che abbiano tra loro

---

F. QUARTA, *Gestione in forma cooperativa di beni e servizi d'interesse pubblico. Il finanziamento dell'impresa alla prova di* blockchain *e criptovalute*, in *Riv. dir. banc.*, 2019, 341 ss.

[171] Così l'art. 4 l. reg. Piemonte n. 12/2018 e l'art. 4 l. reg. Puglia n. 45/2019.

[172] Come il progetto triennale (2019-2021) di ricerca specifico sulle comunità energetiche, condotto da Ricerca sul Sistema Energetico - RSE S.p.A., su incarico della Commissione europea, in ottemperanza al d.m. MISE del 9 agosto 2019, Obiettivo 2, Tema 2.2.

[173] Ad esempio, la Regione Piemonte, con l'art. 30, primo comma, l. reg. 5 aprile 2019, n. 14, «sostiene la realizzazione, sul territorio montano, di green communities, cooperative di comunità, comunità energetiche finalizzate a valorizzare in modo integrato e sostenibile il proprio patrimonio socio-culturale, economico, ambientale ed energetico, anche avvalendosi dell'ausilio delle nuove tecnologie abilitanti quali la banda ultra larga».

[174] In questa direzione, ma in via sperimentale, cfr. l'art. 42-*bis*, ottavo comma, lett. d), d.l. n. 162/2019 per le CER e, sul punto, ARERA, *Orientamenti*, cit., 29-30.

[175] *Supra*, nel § 6.2.1.

[176] Nel seguente documento è possibile leggere interessanti esempi di collaborazione tra cooperative energetiche europee e le corrispondenti autorità pubbliche locali: RESCOOP, MECISE, *Mobilising European Citizens to Invest in Sustainable Energy. Clean Energy for all Europeans. Final Results Oriented Report of the REScoop MECISE Horizon 2020 Project*, Antwerp, 2019 (scaricabile da www.rescoop.eu), 48-67.

[177] Così, ad esempio, l'art. 1, secondo comma, l. reg. Piemonte n. 12/2018, attuato con del. Giunta Regionale n. 18-8520/2019, ove si trovano i criteri, in conformità dei quali vanno redatti i protocolli d'intesa tra le comunità energetiche e i comuni intenzionati a proporre la costituzione di tali comunità o ad aderirvi.

costituito una *oil free zone* ai sensi dell'art. 71 l. 28 dicembre 2015, n. 221, il cui secondo comma così la definisce: «un'area territoriale nella quale, entro un determinato arco temporale e sulla base di specifico atto di indirizzo adottato dai comuni del territorio di riferimento, si prevede la progressiva sostituzione del petrolio e dei suoi derivati con energie prodotte da fonti rinnovabili» [178];

(*vii*) l'attribuzione (mediante comodato, concessione o locazione a canone agevolato) di aree e di beni immobili (anche appartenenti a enti pubblici) [179], i quali siano inutilizzati o utilizzati in modo non ottimale, di modo da poterli recuperare e riusare con finalità di interesse generale [180];

(*viii*)semplificazioni relative a procedimenti amministrativi (tra cui quelli relativi a contratti di appalto e di concessione) d'interesse per le CER [181], specialmente quelli relativi a impianti di produzione elettrica da fonti rinnovabili che non siano di grosse dimensioni (come, ad esempio, quelli classificabili come mini, micro o piccolo idroelettrico);

(*ix*) forme di co-programmazione e di co-progettazione tra le CER e le amministrazioni pubbliche (similmente a quanto è stato pensato per gli enti del Terzo settore ai sensi dell'art. 55 d. lgs. n. 117/2017), al fine di concepire progetti condivisi ed efficienti di energia comunitaria; forme, quelle appena prospettate, alternative a quelle dirigistiche (caratterizzate, da un lato, dalla pubblica amministrazione che progetta e decide e, dall'altro lato, dai soggetti di diritto privato che si limitano ad eseguire) o competitive (proprie del Codice dei contratti pubblici);

(*x*) modificazione o eliminazione delle regole che risultano negativamente discriminatorie per le CER (come quelle in materia di garanzie richieste per partecipare a determinati mercati energetici, spesso parametrate in modo da essere sostenibili solo per gli imprenditori energetici di grosse dimensioni);

---

[178] Il che è accaduto tra alcuni enti territoriali del Pinerolo (zona vicino a Torino alla quale appartengono 47 comuni e circa 150.000 abitanti), i quali hanno costituito nel 2019 la *oil free zone* denominata *Territorio sostenibile* e stanno ora promuovendo la costituzione di una comunità energetica.

[179] Il suddetto utilizzo sarà facilitato, una volta che sarà concepita una chiara «disciplina per la definizione delle superfici e delle aree idonee e non idonee per l'installazione di impianti a fonti rinnovabili nel rispetto delle esigenze di tutela del patrimonio culturale e del paesaggio, delle aree agricole e forestali, della qualità dell'aria e dei corpi idrici», ai sensi dell'art. 5, primo comma, lett. a), disegno di legge corrispondente alla prossima legge di delegazione europea 2019.

[180] In questa direzione pare andare l'art. 1, primo comma, l. reg. Puglia n. 45/2019, nella parte in cui prevede che la comunità energetica «realizza progetti innovativi finalizzati alla produzione di energia rinnovabile a basso impatto ambientale, alla ricerca di soluzioni eco-compatibili e alla costruzione di sistemi sostenibili di produzione energetica e di uso dell'energia, attraverso l'impiego equilibrato dei beni comuni e collettivi del territorio di riferimento».

[181] Come precisato nel PNIEC italiano per il decennio 2021-2030, cit., 13, 140 s.

(*xi*) un coordinamento con la disciplina delle cooperative elettriche (contenuta nell'allegato A della deliberazione 46/2012/R/eel, presa dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas il 16 febbraio 2012 e più volte modificata, meglio noto come TICOOP [182]), se è vero che questi produttori elettrici potrebbero possedere già oggi i requisiti per essere qualificati domani come CER secondo l'ordinamento italiano;

(*xii*) un completo riassetto dell'intricata disciplina delle reti private [183], visto lo stretto legame tra le comunità energetiche e la generazione distribuita (o decentrata) dell'energia [184] e tenuto conto del fatto che le comunità in parola possono offrire ai propri membri le attività di distribuzione e di scambio di energia [185];

(*xiii*)un particolare trattamento tributario, il quale potrebbe aggiungersi, eventualmente adattandolo, a quello previsto per le cooperative a mutualità prevalente e/o per le imprese sociali;

(*xiv*) meccanismi di sostegno diretto sulla produzione di energia della CER [186] e sull'energia consumata nella CER, tenuto conto anche dei conseguenti benefici in termini di utilizzo della rete [187];

---

[182] Sul punto cfr. E. CUSA, (nt. 13), 678-682, ove è illustrato anche il rapporto tra la disciplina delle cooperative elettriche contenuta nel TICOOP e la nozione di autoproduttore di cui all'art. 2, secondo comma, d. lgs. n. 79/1999.

[183] Nel PNIEC italiano per il decennio 2021-2030, cit., 123 si precisa che «le comunità di energia rinnovabile saranno promosse prioritariamente valorizzando la rete elettrica esistente». Nella stessa direzione l'art. 42-*bis*, quarto comma, lett. b), d.l. n. 162/2019 (ove si impone alle CER di condividere l'energia elettrica prodotta dalla relativa comunità «utilizzando la rete di distribuzione esistente») e la spiegazione (contenuta nella relazione accompagnatoria al disegno di legge che diventerà la legge di delegazione europea 2019) a due criteri direttivi per recepire in Italia il modello unionale di CEC e di CER (ove, nel precisare l'obbligo di promuovere le comunità energetiche, si indica di valorizzare «la rete elettrica esistente oggetto di concessione pubblica», già «assai capillare e che dunque suggerisce di evitare la costruzione di nuove reti, che avrebbero scarso senso logico ed economico»).

[184] In argomento rimando all'arguto intervento di P. BIANDRINO, *La generazione distribuita, regolazione, contratto e infrastruttura di rete*, in *La transizione energetica e il winter package*, a cura di E. Bruti Liberati, M. De Focatiis, A. Travi, Milano, Wolters Kluwer, 2018, 113 ss., la cui lettura dà tra l'altro contezza del groviglio di fonti normative in argomento. Tra queste fonti certamente assume un ruolo centrale l'allegato A della deliberazione 578/2013/eel, presa dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas il 12 dicembre 2013, da ultimo modificata (dalla stessa autorità, nel frattempo diventata ARERA) nel 2020, meglio noto come TISSPC.

[185] Sulla diversità tra scambio e distribuzione di energia v. *supra*, § 6.2.2.

[186] Come espressamente prevede in via sperimentale l'art. 42-*bis*, nono comma, d.l. n. 162/2019 per le CER.

[187] Così il PNIEC italiano per il decennio 2021-2030, cit., 123 e, in via sperimentale, l'art. 42-*bis*, ottavo comma, lett. b), d.l. n. 162/2019 per le CER (sul quale cfr. ARERA, *Orientamenti*, cit., 19 ss.).

(*xv*) specifici regimi di sostegno (in favore non già genericamente della produzione energetica da fonti rinnovabili [188], bensì specificatamente) delle CER che aiutino le persone fisiche in condizioni di povertà energetica, tenuto conto anche del prossimo abbandono (dal 1° gennaio 2022 [189]) del servizio cosiddetto di maggior tutela (comportante cioè l'abolizione delle tariffe elettriche e del gas);

(*xvi*) *last, but not least*, risparmi a favore dei consumatori elettrici delle CER [190], relativamente ai componenti della bolletta elettrica diversi dai servizi di vendita, dai servizi di rete e dalle imposte [191], in base ad un'analisi costi/benefici che sia sviluppata dai pubblici poteri attraverso un processo trasparente e partecipato.

Certamente, nel concepire i regimi di sostegno e di promozione delle CER, potranno giocare un ruolo importante le legislazioni regionali e, in Trentino-Alto Adige/Südtirol, quelle provinciali. Queste legislazioni, invece, non potranno cambiare i tratti privatistici della CER contenuti nel diritto unionale, così come saranno recepiti dal legislatore statale, stante l'art. 117, secondo comma, lett. l), Cost.

12. *Conclusioni.*

L'Italia sarà uno degli Stati membri dell'Unione europea dove avranno maggiore successo le comunità energetiche, come molti osservatori ipotizzano [192], tenuto conto che nel nostro Paese c'è una lunga esperienza di autocon-

[188] Come ci ricorda A. CLÒ, *Transizione energetica tra Stato e Mercato*, in *La transizione energetica e il winter package*, a cura di E. Bruti Liberati, M. De Focatiis, A. Travi, Milano, Wolters Kluwer, Milano, 2018, 102, 107-109, i suddetti regimi di sostegno hanno sì aumentato (in modo eccessivamente costoso) la produzione di energia da fonti rinnovabili, ma hanno avvantaggiato però le sole classi abbienti (cioè quelle in grado di pagare l'installazione di impianti di produzione di energia rinnovabile), scaricando sulla collettività il costo di detti regimi e così incrementando le persone in povertà energetica (a causa dell'innalzamento del prezzo dell'energia).

[189] Ai sensi dell'art. 12, terzo comma, lett. a), d.l. n. 162/2019.

[190] Sul punto cfr. PNIEC italiano per il decennio 2021-2030, cit., 121 e 123.

[191] Mi riferisco cioè ai cosiddetti oneri generali di sistema, introdotti nel tempo da specifici provvedimenti normativi (specialmente volti a sostenere la produzione di energia da fonti rinnovabili e l'efficienza energetica), i quali rappresentano oggi una quota significativa della spesa totale annua di energia elettrica degli utenti finali; tali oneri dovrebbero ridursi notevolmente nel prossimo futuro.

[192] Da ultimo, C. CHECCHI, *Il futuro delle comunità energetiche*, in *Newsletter del GME*, n. 131 novembre 2019, 26.

sumo energetico e di cooperazione energetica [193], assieme a una significativa presenza di generazione energetica distribuita? Le comunità energetiche assumeranno un ruolo importante nella futura produzione energetica italiana?

Se ciò accadrà, dipenderà certamente sia dalla saggezza del nostro legislatore nel concepire la nuova disciplina delle comunità energetiche, sia dalla capacità della nostra pubblica amministrazione di garantirne e promuoverne l'applicazione.

Ma ciò non basterà. Occorrerà anche una sinergica collaborazione delle comunità energetiche sia con i poteri pubblici, sia con gli specialisti del settore energetico, per far sì che gruppi organizzati di cittadini riescano ad esercitare durevolmente imprese collettive energetiche.

La speranza, allora, è che le comunità energetiche possano diventare un efficace strumento non solo per tutelare i consumatori nell'Italia del XXI secolo [194], ma anche per realizzare uno sviluppo più sostenibile, essendo esse stesse organizzazioni imprenditoriali più sostenibili [195].

Cinque anni fa proponevo alla nostra Repubblica di promuovere o, almeno, di non ostacolare la costituzione di cooperative energetiche tra consumatori [196].

Oggi l'Unione europea addirittura costringe l'Italia a promuovere tali cooperative.

Questa imposizione unionale non significa ovviamente «riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, … a comunità di … utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano … a fonti di energia» (art. 43 Cost.).

Ciononostante, il pendolo della Storia ha certamente cambiato direzione, se solo nel 1962, ai sensi dell'art. 43 Cost., l'Italia nazionalizzò la produzione di energia elettrica, tollerando la continuazione di imprese elettriche esercitate da periferiche comunità di utenti in forma di cooperativa.

---

[193] P.A. MORI, (nt. 92), 6, ricorda che in Italia è stata costituita nel 1894 quella che è ritenuta la prima cooperativa elettrica al mondo, tuttora attiva: la Società per l'Illuminazione Elettrica in Chiavenna società cooperativa.

[194] Questa era la tesi sostenuta da E. CUSA, (nt. 13), 663 ss., relativamente alle imprese cooperative aventi la cessione di energia come oggetto dei relativi scambi mutualistici.

[195] Il che è riconosciuto internazionalmente, come ha cercato di dimostrare E. CUSA, *Energy Cooperatives and Sustainable Development*, in corso di pubblicazione.

[196] Cfr. E. CUSA, (nt. 13), 682-684.

Considerazioni sull'ambito di applicazione degli strumenti di allerta: è davvero così esteso come sembra?

Observations on the scope of the early warning tools: is it really as broad as it appears to be?

Alessandra Zanardo *

ABSTRACT:

Nel presente lavoro, l'autore sviluppa alcune considerazioni in merito all'ambito di applicazione degli strumenti di allerta nell'ordinamento italiano. Dopo uno sguardo ai casi in cui la disciplina dettata nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza non si applica per espressa previsione di legge, l'autore si concentra sulla platea dei destinatari degli strumenti di allerta, al fine di valutare se essa includa davvero le imprese minori o più piccole, come stabilito dall'art. 12 c.c.i.i.; o se lo scenario che si offre agli interpreti non sia solo l'apparenza di una realtà più complessa e dai confini ancora incerti.
A questi fini, gli obblighi di segnalazione posti in capo, rispettivamente, agli organi di controllo societari (art. 14 c.c.i.i.) e ai creditori pubblici qualificati (art. 15 c.c.i.i.) saranno oggetto di separata (e critica) analisi nel corso dell'articolo, anche alla luce delle tante suggestioni che provengono dall'ordinamento francese.

Parole chiave: Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – strumenti di allerta – ambito di applicazione

This article investigates the scope of the early warning tools in the Italian legal framework. After a brief description of the enterprises to which the regulation provided for in the Business Crisis and Insolvency Code is not applicable, the author focuses on the subjects of the early warning mechanisms, in order to assess whether they really encompass microenterprises, as set out in Article 12 of the Code; or if the scenario presented to commentators and practitioners is just the appearance of a more complex and uncertain reality.
For these purposes, the warning obligations imposed on company control bodies (Article 14) and qualified public creditors (Article 15) will be the object of a separate (and critical) analysis in this article, also in light of the various suggestions coming from France.

* Professore Associato di diritto commerciale, Università Ca' Foscari Venezia; email: alessandra.zanardo@unive.it.

***Keywords**: Code of Business Crisis and Insolvency – early warning tools – scope*

SOMMARIO:

1. Il contesto normativo di riferimento. – 2. L'ambito "soggettivo" di applicazione degli obblighi di segnalazione. – 3. Gli strumenti di allerta nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. – 3.1. L'obbligo di segnalazione da parte degli organi di controllo societari: alcune considerazioni sull'applicabilità della disciplina. – 3.2. (*Segue*) Il ruolo dell'imprenditore nella rilevazione tempestiva della propria crisi. – 3.3. L'obbligo di segnalazione da parte dei creditori pubblici qualificati: le criticità evidenziate (ed evidenti). – 4. Qualche considerazione critica, e riassuntiva, sul panorama nazionale degli strumenti di allerta. – 5. Osservazioni conclusive.

1. *Il contesto normativo di riferimento.*

Nell'approcciare il tema degli strumenti e delle procedure di allerta il pensiero corre subito alle *mesures d'alerte* introdotte nell'ordinamento francese; ordinamento nel quale l'*alerte* è presente sin dal 1984 [1] e dove, al fine di massimizzarne l'efficacia, a più soggetti è attribuito un dovere o, più frequentemente, un *droit* di attivazione preventiva. Ci si riferisce, in primo luogo, alla ben nota *procédure d'alerte par le commissaire aux comptes*, prevista dall'art. L. 234-1 *et seq.* del *Code de commerce*, cui propriamente si ispira l'allerta descritta dall'art. 14 del nostro codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza [2];

[1] *Loi* n° 84-148 *du* 1 *mars* 1984 *relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises*. Per un confronto tra la disciplina italiana e quella francese v. F. INNOCENTI, *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto*, in *RDS*, 2018, 971 ss.; A. JORIO, *Legislazione francese, Raccomandazione della Commissione europea, e alcune riflessioni sul diritto interno*, in *Fallimento*, 2015, 1070 ss.; F. PERNAZZA, *The Legal Transplant into Italian Law of the* Procédure d'Alerte*. Duties and Responsibilities of the Companies' Bodies*, in *ItaLJ*, 2017, 553 ss.; R. RUSSO, *Collegio sindacale e prevenzione della crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 128 ss.

[2] Si precisa, in primo luogo, che il *commissaire aux comptes* (CAC) è obbligatorio anche nelle SNC (*sociétés en nom collectif*) e nelle SCS (*sociétés en commandite simple*), in particolare se queste società superano – dopo le modifiche introdotte dal decreto attuativo della c.d. *loi* PACTE (v. *Loi* n° 2019-486 *du* 22 *mai* 2019 *relative à la croissance et la transformation des entreprises* e *Décret* n° 2019-514 *du* 24 *mai* 2019 *fixant les seuils de désignation des commissaires aux comptes et les délais pour élaborer les normes d'exercice professionnel*) – le stesse soglie previste per le società di capitali. Precisamente, a tutte le società commerciali, quale che sia la loro forma (nel *Rapport d'information déposé en application de l'article 145-7 du Règlement par la Commission des Affaires Économiques sur la mise en application de la loi*

ad essa si aggiungono l'*alerte du comité social et économique* (c.d. *droit d'alerte économique*), disciplinata dall'art. L. 2312-63 *et seq.* del *Code du travail*; l'*alerte par les associés non gérants* (art. L. 223-36 *C. com.*) o *par un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social* (art. L. 225-232 *C. com.*); *l'alerte par le président du tribunal de commerce* (art. L. 611-2 *C. com.*)[3]; l'*alerte par le groupement de prévention agréé*[4] al quale l'impresa abbia aderito (art. L. 611-1 *C. com.*).

La conoscenza dell'esperienza francese può in effetti rivelarsi utile per meglio comprendere i limiti e le criticità della disciplina dettata nel c.c.i.i., e per

n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, presentato da *MM. Daniel Fasquelle* e *Roland Lescure*, seconda parte, si legge che « il n'existait aucune justification à des seuils différenciés selon les formes sociales »), è richiesto il superamento di due soglie su tre alla chiusura dell'esercizio sociale: v. P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*[8], Paris La Défense, LDGJ, 2019, 378 ss., cui si rimanda anche per l'analisi delle altre ipotesi di nomina obbligatoria del CAC. In secondo luogo, l'*alerte par le commissaire aux comptes* è la sola procedura d'allerta obbligatoria (v. F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*[10], Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, 54 ss.). È interessante segnalare che, contrariamente a quanto avvenuto nel nostro ordinamento, in Francia, nel 2019, le citate soglie sono state riviste al rialzo dalla *loi* PACTE, la quale le ha uniformate per tutte le società, innalzandole al fine di ridurre i costi per le imprese. Dette soglie sono ora fissate in 4 milioni di totale di bilancio, in 8 milioni di fatturato al netto delle imposte, in un numero medio di 50 dipendenti nel corso dell'esercizio. Pertanto, diversamente dal passato, anche la SA (*société anonyme*) è obbligata a nominare almeno un CAC solo se supera due delle predette soglie. Deve però aggiungersi che la nomina del *commissaire aux comptes* è obbligatoria anche quando ne facciano richiesta motivata uno o più soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale, oppure previa domanda giudiziale di un socio (nelle SNC e SCS) o di uno o più soci che rappresentano almeno un decimo del capitale sociale [SARL, SA, SCA (*société en commandite par actions*), SAS (*société par actions simplifiée*)]: cfr. artt. L. 221-9, L. 222-2, L. 223-35, L. 225-218, L. 226-6, L. 227-9-1 *C. com*.

[3] Per quanto concerne le persone morali di diritto privato e le persone fisiche che svolgono attività agricola e lavoro autonomo (ivi inclusa una professione intellettuale) la competenza è invece affidata al *président du tribunal judiciaire* (v. art. L. 611-2-1 *C. com.*).

[4] Il *groupement de prévention agréé* ha come *mission* la rilevazione di situazioni di difficoltà delle imprese che vi aderiscono attraverso un'analisi delle informazioni economiche, contabili e finanziarie che queste ultime si impegnano a trasmettergli regolarmente. V. l'art. L. 611-1 *C. com.* che così prevede: « Toute personne immatriculée au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ainsi que tout entrepreneur individuel à responsabilité limitée et toute personne morale de droit privé peut adhérer à un groupement de prévention agréé par arrêté du représentant de l'État dans la région. Ce groupement a pour mission de fournir à ses adhérents, de façon confidentielle, une analyse des informations économiques, comptables et financières que ceux-ci s'engagent à lui transmettre régulièrement ». Va detto che, in questo caso, l'allerta si riduce ad un'informazione rivolta all'imprenditore (F. PÉROCHON, (nt. 2), 54, nota 62) e non ha avuto alcun successo in Francia (A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*[10], Paris, LexisNexis, 2017, 51 s.).

immaginare quale potrebbe essere il grado di effettività ed efficacia di quest'ultima, una volta che – oramai dopo il 1° settembre 2021 (v. *infra*, par. 4) – la stessa sarà entrata a regime.

La disciplina dell'allerta è stata oggetto, sin da subito, di forti critiche e proposte di modifica per svariati motivi, tra i quali si ricordano: l'eccessivo irrigidimento e la scarsa tempestività del processo di emersione della crisi; un'evidente complessità procedurale delle vari fasi e l'ambiguità di alcune previsioni; la ricorrenza di talune incongruenze rispetto alla dichiarata finalità dell'allerta quale misura di concreto sostegno al debitore in difficoltà (si pensi, per tutte, alla segnalazione al PM di cui all'art. 22 c.c.i.i. [5]); le effettive competenze di business e la professionalità dei membri dell'OCRI, su cui sono stati avanzati dubbi [6]. Sebbene non tutti i rilievi formulati dagli operatori appaia-

[5] La segnalazione al PM da parte del referente è prevista in caso di esito negativo della procedura di allerta e di composizione assistita della crisi, ove gli elementi acquisiti dall'OCRI rendano evidente la sussistenza di uno stato di insolvenza del debitore. Trattasi di scelta discutibile perché, come rilevato da ASSONIME (ID., *Le nuove regole societarie sull'emersione anticipata della crisi d'impresa e gli strumenti di allerta*, Circolare n. 19 del 2 agosto 2019, 82), detta (doverosa) segnalazione «inclina le procedure verso un esito giudiziale inevitabile» e può costituire un deterrente per l'imprenditore ad affrontare tempestivamente la crisi mediante siffatte procedure (diversamente R. RANALLI, *L'OCRI: un'opportunità e non una minaccia*, 14 gennaio 2020, in *ilSocietario*, per il quale questo timore ha ragione di esistere solo nelle situazioni di patologica inerzia del debitore in presenza di scaduti rilevanti). In relazione a detta discussa previsione, lo schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive a norma dell'art. 1, primo comma, l. 8 marzo 2019, n. 20, al c.c.i.i. – approvato dal Governo il 13 febbraio 2020 e trasmesso alle competenti Commissioni parlamentari per l'acquisizione dei pareri – si limita a precisare che il collegio è tenuto ad effettuare la segnalazione se non risulta che il debitore ha comunque depositato domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza; ma non anche se il debitore non è ricorso ad uno strumento negoziale stragiudiziale di regolazione della crisi.

[6] V., in vario senso e tra gli altri, ASSONIME, (nt. 5), 65; F. BARACHINI, *Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi nel progetto di legge delega di riforma della legge fallimentare*, in *Crisi di impresa e insolvenza. Prospettive di riforma*, a cura di L. CALVOSA, Pisa, Pacini Giuridica, 2017, 41 ss., in part. 57 s.; M. BINI, *Procedura di allerta: indicatori della crisi ed obbligo di segnalazione da parte degli organi di controllo*, in *Società*, 2019, 430 ss.; S. CASONATO, *Allerta interna, allerta esterna e tecnocrazia della crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 1390 ss.; ID., *L'allerta vista dai professionisti: procedura e criticità*, in *FallimentieSocietà.it*, 2019; G. D'ATTORRE, *Prime riflessioni sulla delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2017, 522; M. FABIANI, *La fase dell'allerta non volontaria e il ruolo dell'OCRI*, 9 ottobre 2019, in www.ilcaso.it; G. LO CASCIO, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: considerazioni a prima lettura*, in *Fallimento*, 2019, 264; A. ROSSI, *Dalla crisi tipica* ex *CCII alla resilienza della* twilight zone, *ivi*, 2019, 295; M.S. SPOLIDORO, *Procedure d'allerta, poteri individuali degli amministratori non delegati e altre considerazioni sulla composizione anticipata della crisi*, in *Riv. soc.*, 2018, 182; P. VELLA, *L'allerta nel codice della crisi e dell'insolvenza alla luce della Direttiva (UE) 2019/1023*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 24 luglio 2019, reperibile in www.ilcaso.it.

no parimenti convincenti e alcune (invero poche) criticità siano in corso di *emendatio* da parte del Governo – ad esempio, la tempistica della segnalazione da parte della Agenzia delle entrate, su cui *infra*, par. 3.3 – [7], è indubbio che l'istituto presenti nel suo complesso luci ed ombre, di cui si tenterà di dare conto, almeno in parte, nel presente lavoro.

Di procedure di allerta in Italia si era già discusso, nel 2003, nell'ambito dei lavori della c.d. Commissione Trevisanato (Commissione ministeriale per la riforma delle procedure concorsuali), la quale aveva proposto di introdurre taluni strumenti o iniziative di allerta e di prevenzione alla luce «dell'importanza che la tempestività dell'intervento sulla crisi dell'impresa riveste al fine di una soluzione positiva della crisi stessa» [8]; ma, allora, venne alzato un muro di resistenza [9]. Oggi, anche grazie all'influenza internazionale – si pensi ai principi elaborati dall'UNCITRAL [10] – ed europea – il riferimento è, anzitutto, alla direttiva (UE) 2019/1023 del 20 giugno 2019 riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione – il quadro è profondamente cambiato e l'allerta è divenuta uno dei pi-

[7] Cfr. lo schema di decreto correttivo approvato dal Consiglio dei Ministri il 13 febbraio scorso (su cui *supra*, nt. 5), nella parte in cui modifica l'art. 15, terzo comma, c.c.i.i.

[8] V. la Relazione generale allo schema di disegno di legge recante "Delega al Governo per la riforma organica della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza", par. 4.1. Precisamente, lo schema di decreto introduceva l'obbligo delle amministrazioni pubbliche di iscrivere in apposito registro e di comunicare tempestivamente all'autorità giudiziaria i crediti, iscritti a ruolo o muniti di titolo esecutivo, di importo superiore a un determinato significativo ammontare; nonché, per le imprese collettive nelle quali fossero presenti organi di controllo o revisori, la prescrizione a tali soggetti di attivarsi tempestivamente al fine di indurre gli organi competenti dell'impresa ad adottare le misure ritenute necessarie per affrontare la crisi. Inoltre, merita di essere segnalato che lo schema di decreto prevedeva che il legislatore favorisse la costituzione di istituzioni pubbliche e private con compiti di analisi delle situazioni di crisi delle imprese e di supporto alla loro soluzione, sulla falsariga, parrebbe, dei citati *groupements de prévention agréés* francesi.

[9] Per le ragioni dell'insuccesso della proposta v. S. DE MATTEIS, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, Milano, Giuffrè, 2017, 342 ss.; L. PANZANI, *La disciplina degli assetti ai fini della rilevazione della crisi, con particolare riferimento alla s.r.l.*, 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, Giappichelli, 2020, 652 s.; per un *excursus* sui lavori della Commissione Trevisanato v., oltre all'opera monografica di De Matteis (ivi a 337 ss.), F. FERRANDI, *Sentieri normativi verso l'introduzione delle misure di allerta e prevenzione della crisi di impresa nell'ordinamento italiano*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 316 ss.; A. PELLEGATTA, *La riforma della normativa sulla crisi d'impresa e dell'insolvenza: le procedure di allerta e di composizione assistita*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 8 marzo 2017, reperibile in www.ilcaso.it.

[10] UNCITRAL *Legislative Guide on Insolvency Law*, 2005.

lastri della riforma portata dal c.c.i.i. Proprio la c.d. *Restructuring Directive*, la cui proposta da parte della Commissione europea risale a novembre 2016, richiama la necessità che i debitori abbiano accesso, nei vari Stati Membri, a strumenti di allerta precoce [11].

Va anche detto che, già prima dell'emanazione del c.c.i.i., meccanismi, più o meno procedimentalizzati, di anticipazione della soglia di attenzione e strumenti di pianificazione per la gestione di (possibili) future crisi erano rintracciabili nel t.u.b., ove agli artt. 69-*ter* ss. e 159-*bis* sono regolati i piani di risanamento individuali (art. 69-*quater* t.u.b.) e di gruppo delle banche (art. 69-*quinquies* t.u.b.), e così pure nel testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175). Quest'ultimo, all'art. 6, secondo comma, prevede l'elaborazione di specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale e ad essi, e agli indicatori di crisi aziendale ivi elaborati, rimanda il successivo, più dettagliato, art. 14 t.u.s.p.p. in materia di crisi d'impresa; il quale impone all'organo amministrativo di adottare un idoneo piano di risanamento o di ristrutturazione aziendale [12].

Il presente scritto, come il titolo già suggerisce, non si concentrerà sulle regole di dettaglio e procedurali relative all'allerta, sebbene debba rilevarsi come la stessa appaia "macchinosa" e caratterizzata da evidenti rigidità procedurali, nonostante la sua dichiarata natura non giudiziale [13]. Neppure ci si soffermerà sul contenuto degli obblighi di segnalazione di cui agli

---

[11] Ai sensi dell'art. 3 della direttiva (rubricato «Allerta precoce e accesso alle informazioni»), gli Stati membri provvedono affinché i debitori abbiano accesso a uno o più strumenti di allerta precoce chiari e trasparenti in grado di individuare situazioni che potrebbero comportare la probabilità di insolvenza e di segnalare al debitore la necessità di agire senza indugio. Cfr., tuttavia, ASSONIME, (nt. 5), 65, che sottolinea la distanza tra la disciplina nazionale – orientata a «fare uscire il debitore allo scoperto, secondo una logica di tipo inquisitorio […]» – e i principi della direttiva europea.

[12] V. A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Disciplina delle crisi dell'impresa societaria, doveri degli amministratori e strumenti di pianificazione: l'esperienza italiana*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 1° novembre 2018, reperibile in www.ilcaso.it, in part. 1 s. e 7, per i quali le misure di allerta non rappresentano, dal punto di vista concettuale, una novità assoluta per il nostro ordinamento, le novità riguardando, da un lato, le concrete modalità attraverso cui può avvenire la rilevazione tempestiva della crisi e, dall'altro, l'allargamento della platea dei soggetti coinvolti nell'attività di monitoraggio; nonché ASSONIME, (nt. 5), 50 ss.; F. BRIZZI, *Procedure di allerta e doveri degli organi di gestione e controllo: tra nuovo diritto della crisi e diritto societario*, in questa *Rivista*, 2019, 363 ss.; G. D'ATTORRE, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nelle società pubbliche*, in *Fallimento*, 2018, 139 s.

[13] V. anche M. FABIANI, (nt. 6), 1 s., il quale giustamente rileva che dette tonalità di intensa procedimentalizzazione e burocratizzazione, e la densità dei vari incombenti, non si armonizzano esattamente a quello che doveva essere lo spirito dell'allerta, irrigidendo lo strumento.

artt. 14 e 15 c.c.i.i. e sui relativi *trigger events*, su cui molto è già stato scritto (almeno quanto al *trigger event* dell'obbligo gravante sugli organi di controllo societari). Ciò che ci si prefigge, in questo lavoro, è di sviluppare alcune considerazioni – anche alla luce delle suggestioni provenienti d'oltralpe – in merito all'ambito di applicazione degli strumenti di allerta nell'ordinamento italiano. Lo scopo, dopo uno sguardo ai casi in cui la disciplina non trova applicazione per espressa previsione di legge, è quello di valutare se la platea dei destinatari degli strumenti di allerta includa davvero le «imprese minori» o più piccole (in nettissima prevalenza microimprese) [14], come stabilito dal codice della crisi e dell'insolvenza; o se lo scenario che si offre all'interprete non sia solo l'apparenza di una realtà più complessa e dai confini ancora incerti.

2. *L'ambito "soggettivo" di applicazione degli obblighi di segnalazione.*

L'art. 12, quarto comma, c.c.i.i. prevede che gli strumenti di allerta si applichino «ai debitori che svolgono attività imprenditoriale», incluse le imprese agricole e le imprese minori, con talune significative esclusioni espressamente elencate nella stessa disposizione. Peraltro, come si evidenzierà nel corso del lavoro, la forma teoricamente più efficace e tempestiva di allerta, ossia l'allerta da parte degli organi di controllo e del revisore, trova applicazione ad un gruppo numericamente circoscritto di imprenditori, ossia le (sole) società di capitali che si siano dotate, *ex lege* o volontariamente *ex* art. 2477 c.c., di un organo di controllo e/o abbiano conferito incarico ad un revisore legale o a una società di revisione. Rinviando al prosieguo dell'analisi questa apparente dicotomia, il dettato dell'art. 12, comma quarto e ss., c.c.i.i. impone di svolgere preliminarmente talune osservazioni.

Ai sensi di detta norma sono esclusi dall'applicazione degli strumenti di allerta, oltre ad alcune società ed enti di diritto speciale – quali, *inter alia*, banche, imprese di assicurazione e riassicurazione, SIM, SGR, SICAV e SICAF, intermediari finanziari *ex* art. 106 t.u.b., IMEL, fondi comuni di investimento, fondi pensione, fondazioni bancarie – le grandi imprese, i gruppi di imprese di rilevante dimensione, le società con azioni quotate in mercati regolamentati [15]

[14] Si ricorda che il tessuto imprenditoriale italiano è costituito per la quasi totalità da microimprese: v. ISTAT, Annuario statistico italiano 2019, cap. 14, Imprese.

[15] A queste ultime lo schema di decreto correttivo in corso di emanazione ha opportunamente aggiunto le società con azioni quotate in sistemi multilaterali di negoziazione autorizzati dalla CONSOB.

e le società con azioni diffuse tra il pubblico in misura rilevante [16].

Invero, un sistema differenziato di accesso agli *early warning tools* è caldeggiato anche dall'Unione europea: nel ventiduesimo considerando della direttiva (UE) 2019/1023 si legge che «gli Stati membri dovrebbero essere in grado di adattare gli strumenti di allerta precoce in funzione delle dimensioni dell'impresa e stabilire specifiche disposizioni in materia di strumenti di allerta precoce per le imprese e i gruppi di grandi dimensioni, tenendo conto delle loro peculiarità». Tuttavia, se il testo dell'art. 3 della proposta di direttiva del 22 novembre 2016 prevedeva esplicitamente la facoltà per gli Stati membri di limitare l'accesso agli strumenti di allerta alle piccole e medie imprese o agli imprenditori, la versione definitiva dell'articolo non ripropone più detta disposizione e la facoltà ivi contenuta [17]. Gli strumenti di allerta dovrebbero pertanto applicarsi, nella *policy* e prospettazione europee, anche alle grandi imprese [18], con gli adattamenti che si rendono necessari per tenere conto delle loro peculiarità [19]: restano escluse solo alcune tra le imprese sopra elencate – in particolare, imprese di assicurazione o di riassicurazione, enti creditizi, imprese di investimento od organismi di investimento collettivo, altri enti finanziari –, le quali sono escluse, ai sensi dell'art. 1 della direttiva (UE) 2019/1023, dall'ambito di applicazione dell'intera direttiva.

Nel nostro ordinamento, la scelta di limitare l'accesso agli strumenti di allerta alle PMI risale alla legge delega: l'art. 4, primo comma, lett. a), l. n. 155/2017 delega(va) il Governo a disciplinare l'introduzione di procedure di allerta individuando i casi in cui dette procedure non avrebbero trovato applicazione, in particolare prevedendo che esse non si applicassero alle società quotate in borsa o in altro mercato regolamentato e alle grandi imprese, come definite dalla normativa UE.

È comune, in effetti, l'opinione che le società escluse siano già assoggettate a regole e a sistemi di controllo (e di segnalazione) [20], nonché a poteri di inter-

---

[16] Ai sensi del successivo sesto comma del medesimo articolo 12, le imprese escluse dall'applicazione degli strumenti di allerta sono comunque ammesse a godere delle misure premiali previste dall'art. 25 c.c.i.i. (su cui *infra*, nel testo).

[17] COM(2016) 723 final.

[18] Conf. P. VELLA, (nt. 6), 23.

[19] Si pensi, ad esempio, a quanto già previsto dal c.c.i.i. per le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa o per le imprese agricole (v., rispettivamente, art. 12, ottavo comma, e art. 12, settimo comma, c.c.i.i.).

[20] Cfr., a mero titolo esemplificativo, l'art. 149, terzo comma, t.u.f., il quale prevede che il collegio sindacale comunichi senza indugio alla Consob le irregolarità riscontrate nell'attività di vigilanza – avente ad oggetto, *inter alia*, l'adeguatezza della struttura organizzativa della

vento da parte delle autorità di settore, che renderebbero inutili o sovrabbondanti gli strumenti di allerta *ex* c.c.i.i. Il rilievo, indubbiamente fondato ove si guardi ai soggetti vigilati (in specie, banche, imprese di assicurazione, intermediari) [21], assoggettati a stretta regolamentazione e vigilanza da parte delle relative autorità di settore [22], non sembra altrettanto calzante per le grandi imprese (e per i gruppi di rilevante dimensione) [23], il cui quadro normativo, per i profili che qui precipuamente rilevano, non pare differenziarsi significativamente da quello delle PMI [24]. Anzi, almeno le disposizioni dell'art. 14 c.c.i.i. – così come del resto l'art. 2086, secondo comma, c.c. – sembrano scritte pensando a società caratterizzate da maggior complessità organizzativa e da asset-

società, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile nonché l'affidabilità di quest'ultimo nel rappresentare correttamente i fatti di gestione –, trasmettendo i verbali delle riunioni e degli accertamenti svolti e ogni altra utile documentazione; l'art. 155, secondo comma, t.u.f., a norma del quale il revisore legale o la società di revisione legale informano senza indugio la Consob e l'organo di controllo dei fatti ritenuti censurabili rilevati nello svolgimento dell'attività di revisione legale; l'art. 156, quarto comma, t.u.f. che impone al revisore o alla società di revisione, in caso di giudizio negativo sul bilancio o di dichiarazione di impossibilità di esprimere un giudizio, o ancora in presenza di richiami di informativa relativi a dubbi significativi sulla continuità aziendale, di informare tempestivamente la Consob. Per un elenco delle disposizioni normative che prevedono obblighi di segnalazione alle Autorità di vigilanza in capo a sindaci e revisori v. G. PETROBONI, *I doveri di segnalazione di sindaci e revisori alle autorità di vigilanza*, Milano, Giuffrè, 2018, 12 ss.

[21] Cfr. il considerando n. 19 della direttiva 2019/1023, dove parimenti si sottolinea l'opportunità di escludere dall'ambito di applicazione della direttiva taluni debitori, poiché essi «sono soggetti a disposizioni speciali e nei loro confronti le autorità nazionali di vigilanza e di risoluzione sono investite di ampi poteri d'intervento».

[22] A mero titolo esemplificativo v., sull'ampiezza della vigilanza bancaria, A. URBANI, *La vigilanza sull'attività delle banche*, in *L'attività delle banche*[2], a cura di A. URBANI, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2020, 569 ss. Per quanto riguarda in particolare le banche, i piani di risanamento individuali e di gruppo contemplati dal t.u.b. (di cui si è dato conto nel testo) costituiscono un'alternativa agli strumenti di allerta previsti dal c.c.i.i.

[23] Per grandi imprese si intendono, ai sensi dell'art. 2, primo comma, lett. g), c.c.i.i., le imprese che, alla data di chiusura del bilancio, superano i limiti numerici di almeno due dei seguenti criteri: a) totale dello stato patrimoniale: venti milioni di euro; b) ricavi netti delle vendite e delle prestazioni: quaranta milioni di euro; c) numero medio dei dipendenti occupati durante l'esercizio: duecentocinquanta. Per gruppi di imprese di rilevante dimensione si intendono, ai sensi della successiva lett. i), i gruppi di imprese composti da un'impresa madre e imprese figlie da includere nel bilancio consolidato, che rispettano i limiti numerici di cui all'art. 3, parr. 6 e 7, della direttiva 2013/34/UE (relativi rispettivamente ai gruppi di dimensioni medie e ai grandi gruppi). L'obiezione espressa nel testo riguarda, evidentemente, i gruppi le cui imprese non siano a loro volta società quotate o appartenenti ai settori vigilati.

[24] Perplessità sull'esclusione delle grandi imprese dal campo di applicazione degli strumenti di allerta sono espresse anche da F. PERNAZZA, (nt. 1), 559.

ti gestionali e di controllo "strutturati" e (più) rigidamente gerarchizzati [25]. Quanto alle società quotate e, nei limiti in cui si applica loro la legislazione speciale, alle società con azioni diffuse, i poteri di cui all'art. 115 t.u.f. e il controllo della Consob sulle informazioni finanziarie su base campionaria [26] sembrano complessivamente idonei [27] – pur nel perseguimento dei macro-obiettivi di cui all'art. 91 t.u.f. [28] – a far emergere tempestivamente situazioni di crisi d'impresa e/o di rischio per la permanenza della continuità aziendale [29].

Sempre in merito alle società quotate e a quelle con azioni diffuse, è stato osservato che gli istituti di allerta preventiva, nella loro attuale configurazione, non sembrano evidenziare profili di incompatibilità con i principi che regolano

---

[25] M.L. VITALI, *Sistemi di allerta e crisi di gruppo nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: prime riflessioni (anche) alla luce delle recenti tendenze europee*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 577.

[26] V. art. 89-*quater* reg. emittenti, in materia di controllo sulle informazioni fornite al pubblico. L'insieme degli emittenti quotati i cui documenti vengono sottoposti a controllo, non inferiore ad un quinto degli emittenti stessi, è determinato annualmente considerando i rischi per la correttezza e la completezza delle informazioni fornite al mercato, nonché la necessità di vigilare sul complesso dell'informazione fornita dagli emittenti. Ai fini della determinazione del rischio la Consob, nello stabilire annualmente i parametri rappresentativi dello stesso, tiene conto, tra l'altro, delle segnalazioni ricevute dall'organo di controllo e dal revisore dell'emittente e di informazioni significative ricevute da altre amministrazioni o soggetti interessati (v. art. 89-*quater*, commi secondo e terzo, reg. emittenti). Peraltro, data la necessità di controllare anche gli emittenti per i quali non esistono rischi significativi, una quota degli stessi è selezionata sulla base di un meccanismo di selezione casuale (v. art. 89-*quater*, quarto comma, reg. emittenti).

[27] Soprattutto oggi, dopo l'adozione del regolamento (UE) 537/2014 del 16 aprile 2014 sui requisiti specifici relativi alla revisione legale dei conti di enti di interesse pubblico: v. sull'argomento, diffusamente, G. PETROBONI, (nt. 20), 62 ss. e 83 ss.

[28] Ossia la tutela degli investitori, l'efficienza e la trasparenza del mercato del controllo societario e del mercato dei capitali.

[29] Cfr. CONSOB, *Relazione per l'anno 2018*, 31 marzo 2019, ove si rileva (a p. 109) che «su tutte le aree del governo societario, la Consob ha interloquito con gli organi di controllo per verificarne lo svolgimento dei compiti di vigilanza, anche in chiave preventiva e continuativa, e rendere più tempestiva la rilevazione di criticità o di aree di miglioramento nella *governance* degli emittenti» (ma v., per un approccio parzialmente critico, P. MARCHETTI, *Il crescente ruolo delle autorità di controllo nella disciplina delle società quotate*, in *Riv. soc.*, 2016, 33 e 39). L'idoneità del sistema a far emergere situazioni di crisi deve ritenersi indubbia nel caso di società che entrano nella c.d. "*black list* CONSOB", alle quali è richiesto di pubblicare informazioni periodiche integrative con cadenza mensile *ex* art. 114, quinto comma, t.u.f.: sull'argomento si rinvia all'indagine di A. DANOVI, A. MORLIN VISCONTI, S. OLGIATI, *La black list della Consob. Crisi finanziarie e obblighi informativi per le società quotate*, in *Esperienze d'impresa*, 1/2015, 5 ss.

i mercati finanziari e la tutela degli investitori [30]. Tuttavia, come ventila la Relazione illustrativa che accompagna l'emanando decreto correttivo, dette società sono soggette a obblighi di trasparenza e di comunicazione, dettagliatamente disciplinati [31], scarsamente o, almeno, poco compatibili con una gestione – confidenziale e riservata – della segnalazione e della convocazione dinanzi all'OCRI [32]. Ancor più complessa la situazione per quanto concerne le banche, rispetto alle quali l'eventuale diffusione della mera notizia di accesso [33], da parte di un operatore bancario, a strumenti o procedure – pubblici, ancorché non giudiziali – di allerta rischierebbe di provocare una "corsa agli sportelli" da parte dei correntisti.

Se, quindi, la scelta legislativa è in parte condivisibile, resta qualche perplessità in merito all'esclusione delle grandi imprese (e, si ritiene, dei gruppi di imprese di rilevante dimensione), anche alla luce del fatto che detta scelta non è pienamente conforme alla direttiva (UE) 2019/1023. Di questa non piena conformità, così come di altri disallineamenti [34], il legislatore italiano dovrebbe farsi carico: se ciò non accadrà con il decreto correttivo, i cui interventi devono porsi nel solco della legge delega, rispettandone i principi – tra cui, appunto, l'art. 4, primo comma, lett. a) –, e che estende, piuttosto che restringere, l'area delle esclusioni [35], è auspicabile che avvenga almeno in sede di attuazione della legge di delegazione europea.

---

[30] M.L. VITALI, (nt. 25), 578; nonché F. FERRANDI, (nt. 9), 325.

[31] Si pensi, a titolo esemplificativo, agli obblighi di comunicazione delle informazioni nel contesto del MAR (*Market Abuse Regulation*), da adempiere secondo le regole e gli standard tecnici dettati dalla normativa di riferimento: sul punto v. l'ampia e interessante analisi di F. ANNUNZIATA, *"Madamina, il catalogo è questo ..." La* disclosure *delle informazioni privilegiate, tra regole speciali e disciplina dell'organizzazione d'impresa*, paper presentato all'XI Convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale "Orizzonti del diritto commerciale", Roma, 14-15 febbraio 2020.

[32] Così si è espresso anche R. COSTI, nell'*Introduzione* al convegno "La riforma delle procedure concorsuali – In ricordo di Vincenzo Buonocore", Salerno, 29-30 novembre 2019; in senso conforme F. BARACHINI, (nt. 6), 59. Per simili rilievi, nell'ordinamento francese, A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, (nt. 4), 42, i quali evidenziano come « en effet, le déclenchement de ce type de procédure est en lui-même une information privilégiée puisqu'elle donne un indice sur la situation financière de la société concernée ».

[33] Uno degli aspetti più critici della disciplina *de qua* è la capacità di garantire (effettivamente) la confidenzialità e la riservatezza nello svolgimento delle procedure di allerta e dei procedimenti di composizione assistita della crisi, così come stabilito dagli artt. 12 e 18 c.c.i.i.

[34] In particolare, per quanto concerne l'accesso alle informazioni e il ruolo dei rappresentanti dei lavoratori (cfr. art. 3, parr. 3, 4 e 5, direttiva 2019/1023).

[35] V. la succitata modifica all'art. 12, quarto comma, c.c.i.i. (*supra*, nt. 15). Va detto,

Restando in tema di non applicabilità degli strumenti di allerta, è controverso quale sia il regime cui sono soggette le società pubbliche, che non sono menzionate tra le imprese escluse né dal quarto, né dal quinto comma dell'art. 12 c.c.i.i.[36]. Il dubbio deriva dal fatto che l'art. 1, primo comma, c.c.i.i. dapprima stabilisce che il codice disciplina le situazioni di crisi o insolvenza anche del debitore che operi in forma di società pubblica (ne restano invece esclusi lo Stato e gli enti pubblici); poi precisa, al terzo comma, che «sono fatte salve le disposizioni delle leggi speciali in materia di crisi di impresa delle società pubbliche». Se è vero che, come più sopra accennato, per dette società già esiste una disciplina della crisi d'impresa e della sua prevenzione (artt. 6 e 14 t.u.s.p.p.), siffatta disciplina speciale non pare incompatibile con quella di cui all'art. 12 ss. c.c.i.i.[37]; mentre, per i profili in relazione ai quali le due si sovrappongono, si potrebbe ragionevolmente ricorrere al criterio di specialità quale criterio di risoluzione delle antinomie normative[38]. A ciò deve aggiungersi la già richiamata assenza, nel lungo catalogo contenuto nell'art. 12, quarto e quinto comma, c.c.i.i., delle società a controllo pubblico o a partecipazione pubblica, o ancora delle società in house (ad eccezione di Cassa depositi e prestiti).

Un accenno va fatto, infine, all'estensione della disciplina *de qua* alle im-

peraltro, che, sebbene lo schema di decreto correttivo, nel suo preambolo, non faccia cenno alla direttiva 2019/1023 (mentre menziona il regolamento (UE) 2015/848 e la raccomandazione 2014/135/UE della Commissione), la Relazione illustrativa dà invece conto del fatto che «considerato che la legge n. 155 del 2017 prevede espressamente che il Governo deve tener conto, nell'esercizio della delega, della normativa dell'Unione europea, nella scelta tra più opzioni possibili, si è tenuto conto anche della direttiva UE 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 […] e sono state scartate soluzioni con essa incompatibili».

[36] V., in un senso, ASSONIME, (nt. 5), 54 e 66, secondo cui si dovrebbero escludere dall'ambito di applicazione dell'allerta anche le società pubbliche, per le quali già è presente una disciplina articolata degli obblighi degli amministratori in caso di crisi; nonché, parrebbe, B. ARMELI, *L'esclusione degli enti pubblici dall'ambito applicativo del Codice*, 15 gennaio 2020, in *ilFallimentarista*, par. 4; diversamente R. RANALLI, *Le misure di allerta. Dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'OCRI*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, 7 e 81 s. Per società pubbliche si intendono, ai sensi dell'art. 2, primo comma, lett. f), c.c.i.i., le società a controllo pubblico, le società a partecipazione pubblica e le società in house di cui all'art. 2, lett. m), n), o), t.u.s.p.p.

[37] Così anche M. LIBERTINI, *"Un nuovo diritto delle società pubbliche?", a cura di Roberto Miccù. Note di lettura su un libro recente*, in questa *Rivista*, 2019, 756, il quale tuttavia aggiunge che, in pratica, l'intreccio fra le due discipline potrà porre non pochi problemi.

[38] In questo senso anche G. D'ATTORRE, (nt. 12), 142.

prese agricole e alle imprese minori, la cui definizione è dettata dall'art. 2, lett. d), c.c.i.i. [39].

L'art. 12, settimo comma, c.c.i.i. prevede testualmente che gli strumenti di allerta si applichino a dette imprese compatibilmente con la loro struttura organizzativa. Nonostante l'espressione utilizzata si presti a generare qualche equivoco, la disposizione sembra riferirsi alla probabilità che queste imprese non abbiano un organo di controllo (perché strutturate in forma di società di persone o di s.r.l. sotto soglia) [40], mentre non sembra dubitabile che il vaglio di compatibilità non possa estendersi sino al punto di consentire all'impresa minore di "sottrarsi" del tutto all'applicazione degli artt. 14 e 15 c.c.i.i. [41].

3. *Gli strumenti di allerta nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.*

È noto a tutti il motivo per il quale il nostro ordinamento si è dotato di *early warning tools*: l'assunto ampiamente condiviso, anche a livello europeo, e più volte sottolineato dal Presidente della Commissione ministeriale di riforma [42], che solo individuando e fronteggiando precocemente i sintomi di crisi di un'impresa è possibile conseguire, efficacemente, l'obiettivo del risanamento

[39] Sono imprese minori, ai fini del c.c.i.i., le imprese che presentano congiuntamente i seguenti requisiti: un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale (o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore); ricavi, in qualunque modo essi risultino, per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale (o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore); un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila. Detta definizione è stata elaborata mantenendo ferme le soglie previste dall'art. 1 l. fall. per la non assoggettabilità a fallimento e al concordato preventivo: v. Relazione illustrativa al c.c.i.i., *sub* art. 2.

[40] V., ancora, la Relazione illustrativa al c.c.i.i., nella parte in cui il Governo chiarisce, in risposta al rilievo espresso dalla II Commissione permanente del Senato nel proprio parere allo schema di decreto legislativo approvato in data 8 novembre 2018, che la disposizione in commento fa riferimento alla possibilità che le imprese minori «non abbiano organi di controllo interno e non siano soggette a revisione».

[41] Pone il dubbio sull'uso della clausola di compatibilità per non implementare sistemi di allerta M.L. VITALI, (nt. 25), 577.

[42] R. RORDORF, *Audizione* alla Camera dei Deputati del 4 dicembre 2018, nell'ambito dell'indagine conoscitiva in merito all'esame dello schema di decreto legislativo recante codice della crisi di impresa e dell'insolvenza (Atto del Governo n. 53), 199 s.

e della salvaguardia della continuità aziendale, evitando la dispersione di valore economico di norma insita nelle procedure concorsuali meramente liquidatorie (anche alla luce dei tempi di svolgimento delle stesse) [43]. Questa posizione è ribadita nella *Restructuring Directive*, con cui oggi dobbiamo necessariamente confrontarci, la quale, al ventiduesimo considerando, espressamente rileva che «quanto prima un debitore è in grado di individuare le proprie difficoltà finanziarie e prendere le misure opportune, tanto maggiore è la probabilità che eviti un'insolvenza imminente o, nel caso di un'impresa la cui sostenibilità economica è definitivamente compromessa, tanto più ordinato ed efficace sarà il processo di liquidazione» [44].

Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, per perseguire efficacemente l'obiettivo del ripristino dell'equilibrio finanziario e del recupero della continuità aziendale, in caso di difficoltà finanziarie dell'imprenditore, prevede essenzialmente due strumenti di allerta [45]. Il primo è quello disciplinato dall'art. 14 c.c.i.i. – sul quale si è focalizzata l'attenzione degli interpreti – consistente in obblighi di segnalazione dell'esistenza di fondati indizi della crisi posti a carico degli organi di controllo societari (collegio sindacale, comitato per il controllo sulla gestione, consiglio di sorveglianza e sindaco unico)[46], del re-

---

[43] Come è stato osservato (P. VELLA, (nt. 6), 2), la possibilità di salvaguardare il valore dell'impresa in crisi è direttamente proporzionale alla tempestività dell'intervento risanatore.

[44] V. altresì il considerando n. 16, ove si osserva che «la rimozione degli ostacoli alla ristrutturazione preventiva efficace dei debitori sani in difficoltà finanziarie contribuisce a ridurre al minimo le perdite di posti di lavoro e le perdite per i creditori nella catena di approvvigionamento, preserva il know-how e le competenze; di conseguenza giova all'economia in generale». Simili considerazioni anche in A. NIGRO, D. VATTERMOLI, (nt. 8), 3.

[45] Nel prosieguo del lavoro (v. *infra*, parr. 3.1 e 3.2) si svolgeranno alcune considerazioni sia sugli obblighi organizzativi *ex* artt. 3 c.c.i.i. e 2086 c.c., sia sul ruolo delle banche, *ex* art. 14, ult. comma, c.c.i.i., sia, ancora, sul ruolo del debitore, in particolare in relazione all'istanza *ex* art. 19 c.c.i.i.: in tutti questi casi non si condivide l'idea che il legislatore abbia previsto altrettanti strumenti di allerta ai sensi dell'art. 12 c.c.i.i.

[46] Più precisamente, per organi di controllo devono intendersi, nel sistema tradizionale, il collegio sindacale; nel sistema monistico, il comitato per il controllo sulla gestione; nel sistema dualistico, il consiglio di sorveglianza; nella s.r.l., il sindaco unico o collegio sindacale: v. ASSONIME, (nt. 5), 69. È stato altresì sostenuto (M.S. SPOLIDORO, (nt. 6), 179 s.) che il potere di rivolgersi all'OCRI dovrebbe essere riconosciuto anche gli amministratori non delegati. Ci sembra però che a questi ultimi, nel caso in cui gli stessi rilevino l'esistenza di indizi della crisi, spetti soltanto, alla luce dell'art. 2381 c.c., il potere-dovere di richiedere agli organi delegati, nell'ambito di un confronto e di una dialettica collegiali, che sia valutata l'opportunità di rivolgersi all'OCRI o di ricorrere ad altri strumenti di regolazione della crisi. In questo senso si esprime anche 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, 295 s.

visore legale e della società di revisione. Il secondo strumento, più critico e sulla cui effettività chi scrive nutre forti dubbi [47], è costituito dagli obblighi di segnalazione posti a carico dell'Agenzia delle entrate, dell'INPS [48] e dell'agente della riscossione, ossia di soggetti che dispongono di dati aggregati, in caso di superamento dell'esposizione debitoria di una soglia rilevante, fissata dal legislatore e differenziata per ciascun creditore pubblico (art. 15 c.c.i.i.).

Le segnalazioni degli organi di controllo societari e dei c.d. creditori pubblici qualificati, dopo una prima fase endosocietaria, si rivolgono all'esterno, ossia all'OCRI costituito presso la camera di commercio nel cui ambito territoriale si trova la sede dell'impresa, attivando così la procedura di allerta e, eventualmente, ove il debitore ne faccia istanza, il procedimento di composizione assistita della crisi.

3.1. *L'obbligo di segnalazione da parte degli organi di controllo societari: alcune considerazioni sull'applicabilità della disciplina.*

Come accennato, l'obbligo di segnalazione dell'esistenza di fondati indizi della crisi, la cui insorgenza va ricondotta, secondo l'opinione che sembra preferibile, al verificarsi di almeno una delle situazioni qualificate come indicatori della crisi dall'art. 13, primo comma, c.c.i.i. [49], è demandato all'organo di controllo della società, al revisore legale e alla società di revisione.

In particolare, l'art. 14 c.c.i.i. prevede che i predetti soggetti professionalmente qualificati hanno l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato, se sussiste l'equilibrio economico-finanziario [50] e qual è il prevedibile andamento

---

[47] V. *infra*, par. 3.3.

[48] Tra i creditori pubblici qualificati non è incluso l'INAIL, quanto ai debiti per premi assicurativi: è utile ricordare, al riguardo, che la l. n. 155/2017, all'art. 4, primo comma, lett. d), delegava il Governo a «imporre *a creditori* pubblici qualificati, *tra cui* in particolare l'Agenzia delle entrate, gli enti previdenziali e gli agenti della riscossione delle imposte, l'obbligo […] [enfasi aggiunta]».

[49] V. CNDCEC, *Gli indici dell'allerta ex art. 13, co. 2 Codice della Crisi e dell'Insolvenza*, 19 ottobre 2019, parr. 1.1, 2.6 e 5.2. Diversamente G. GUERRIERI, *I sindaci nel nuovo sistema concorsuale: gli artt. 2477 c.c. e 14 c.c.i.i.*, in corso di pubblicazione in questo fascicolo della *Rivista*.

[50] La permanenza del presupposto di continuità dell'impresa come entità in funzionamento è conseguente alla permanenza in sede prospettica di un equilibrio economico e finanziario che consenta il soddisfacimento degli impegni assunti verso i terzi nello svolgimento della propria

della gestione, segnalando immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi. In caso di omessa o inadeguata risposta da parte di quest'ultimo, ovvero di mancata adozione, nei successivi sessanta giorni, delle misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi, i predetti soggetti devono informare senza indugio l'OCRI, fornendo ogni elemento utile per le relative determinazioni. Quanto all'estensione del dovere di segnalazione e di intervento rispettivamente dell'organo di controllo e del revisore, ci si limita qui ad aggiungere che ciascuno è tenuto ad agire nell'ambito delle proprie funzioni (delineate, per il revisore, dal d.lgs. n. 39/2010) [51], seppur attraverso uno scambio tempestivo delle informazioni rilevanti per l'espletamento dei rispettivi compiti (*ex* art. 2409-*septies* c.c.) [52].

Ciò su cui si vuole invece porre l'accento è il fatto che l'utilizzazione dello strumento dell'allerta *ex* art. 14 c.c.i.i. (o "interna") è *di fatto* circoscritta alle sole società dotate di collegio sindacale (o sindaco unico o altri organi omologhi) e/o di revisore legale/società di revisione. Ne restano esclusi le s.r.l. prive di organo di controllo o di revisore (perché non obbligate alla loro nomina o perché non si sono dotate di detto organo o soggetto volontariamente), le società di persone, gli enti collettivi non societari (ad es., consorzi o reti di imprese soggettivizzate), gli imprenditori individuali.

Per stabilire quante siano le società effettivamente coinvolte nel sistema dell'allerta interna, va ricordato che il legislatore, nel c.c.i.i., ha ridotto i limiti – relativi all'attivo dello stato patrimoniale, ai ricavi delle vendite e delle prestazioni e al numero dei dipendenti – superati i quali una s.r.l. è obbligata, *ex* art. 2477 c.c., a dotarsi di un organo di controllo (sia esso un sindaco unico, un collegio sindacale o un revisore legale), e ha previsto che sia sufficiente, per il sorgere dell'obbligo, il superamento di un solo limite (anziché due, come stabiliva l'art. 2477 c.c. prev.). L'intervento del legislatore – che aveva portato le soglie dell'attivo e dei ricavi a due milioni di euro e il numero di dipendenti a dieci unità – mirava ad estendere i controlli anche sulle s.r.l. di più piccole dimensioni, sempre al fine di favorire, grazie alla combinazione con il mecca-

attività: v. D. BERNARDI, M. TALONE, *Sistemi di allerta interna*, Quaderno n. 71, Commissione Controllo Societario, SAF, 2017, 18.

[51] V. diffusamente, sul punto, P. BENAZZO, (nt. 46), 290 ss.; R. RANALLI, (nt. 36), 83 ss.; nonché N. ABRIANI, G. PALOMBA, *Strumenti e procedure di allerta: una sfida culturale (con una postilla sul Codice della crisi dopo la pandemia da Coronavirus*), reperibile in www.osservatorio-oci.org, par. 3.

[52] Sottolinea la pregnanza dello scambio informativo tra revisore legale e collegio sindacale alla luce della differenza di ruoli e funzioni G.M. BUTA, *Gli obblighi di segnalazione dell'organo di controllo e del revisore nell'allerta sulla crisi d'impresa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1191.

nismo dell'allerta, l'emersione e la gestione tempestiva della crisi.

La norma (art. 379 c.c.i.i.) aveva immediatamente suscitato forti resistenze fra le imprese, in particolare fra le microimprese [53] (e financo tra le relative associazioni di categoria [54]), che lamentavano i costi e gli adempimenti legati all'obbligo di nominare un organo di controllo [55]; cui si aggiungeva, secondo taluni, il rischio, già evidenziato nel parere espresso dalla Commissione Giustizia del Senato, che una soglia troppo bassa quanto al numero di dipendenti ponesse un freno alla crescita dimensionale di tali società [56]. L'originaria previsione è stata pertanto modificata pochi mesi dopo la sua introduzione con la legge di conversione del decreto c.d. sblocca cantieri [57], che ha raddoppiato i predetti limiti, pur mantenendo quale presupposto della nomina obbligatoria dell'organo di controllo o del revisore il superamento di una soltanto delle soglie di cui all'art. 2477 c.c. [58]. Con i nuovi limiti – quattro milioni invece di due, venti dipendenti invece di 10 – le società tenute, entro fine giugno[59], ad

---

[53] I parametri utilizzati dal legislatore sembrano ispirarsi proprio alla nozione di "microimpresa" di cui alla raccomandazione 2003/361/CE, il cui allegato così prevede: «Nella categoria delle PMI si definisce microimpresa un'impresa che occupa meno di 10 persone e realizza un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di EUR». Conf. N. ABRIANI, A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, 406; P. Vella, (nt. 6), 9, nota 9.

[54] Cfr. CONFINDUSTRIA, *Schema di decreto legislativo recante codice della crisi di impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155, Osservazioni di Confindustria*, novembre 2018, 10 s.

[55] Un'analisi puntuale dei costi necessari per adempiere agli obblighi imposti dal c.c.i.i., tra cui l'obbligo di dotarsi di un organo di controllo o di un revisore, è contenuta nel *Rapporto Cerved PMI 2019*, reperibile in www.cerved.com, ivi a 127 ss., in part. 131 ss.

[56] V. BANCA D'ITALIA, *Osservazioni allo Schema di decreto legislativo recante Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155*, Commissione Giustizia – Senato della Repubblica, 26 novembre 2018, par. 3.3.

[57] V. art. 2-*bis* del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, conv. in legge, con modificazioni, dalla l. 14 giugno 2019, n. 55.

[58] Resta immutata anche la previsione secondo la quale l'obbligo di nomina dell'organo di controllo o del revisore cessa quando, per tre esercizi consecutivi, non viene superato alcuno dei limiti di cui all'art. 2477 c.c. Sull'evoluzione legislativa della disposizione v. diffusamente L. DE ANGELIS, *L'influenza della nuova disciplina dell'insolvenza sul diritto dell'impresa e delle società, con particolare riguardo alle s.r.l.*, in questa *Rivista*, 2019, 21 ss.

[59] Nonostante il nuovo art. 2477 c.c. sia in vigore dal 16 marzo 2019, è stato previsto un regime transitorio per le s.r.l. esistenti per adeguarsi alla nuova prescrizione, il cui termine (16 dicembre 2019) è decorso senza che la gran parte delle società obbligate si sia adeguata: solo una società su quattro, ossia il 27,6% del campione, si è tempestivamente dotata di un organo di controllo (cfr. l'analisi richiamata alla nota successiva). A questa situazione ha posto rimedio il legislatore, il quale, con la legge di conversione del d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, ossia

adeguarsi alla prescrizione ammonterebbero, secondo le stime di Unioncamere e Infocamere, a circa 154.000 [60].

Le s.r.l. di più piccole dimensioni – che continuano ad essere la stragrande maggioranza se si considera che, al 31 dicembre 2019, le s.r.l. complessivamente iscritte nel registro delle imprese [61] avevano superato 1.700.000 unità [62] – risultano quindi ancora esentate dall'obbligo di nomina. È vero che circa un terzo del valore aggiunto, nel nostro Paese, proviene dalle grandi imprese (ossia da imprese con almeno 250 dipendenti), ma, nel 2017, il 95% delle imprese era rappresentato da microimprese (con massimo di 9 addetti), che impiegavano il 44,5 per cento degli addetti totali [63].

---

la l. 28 febbraio 2020, n. 8, ha previsto che le società che non vi hanno ancora provveduto possano farlo entro la data di approvazione del bilancio relativo all'esercizio 2019 (da svolgersi, ai sensi dell'art. 106, primo comma, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, in conseguenza dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, entro centottanta giorni dalla chiusura dell'esercizio).

[60] Il dato è tratto dalle elaborazioni effettuate da Infocamere per ciascuna Camera di commercio, di cui danno notizia il portale *ilSocietario* (*Nomina dell'organo di controllo delle s.r.l.: i chiarimenti di Unioncamere*, 9 dicembre 2019) e *Il Sole 24 Ore*, *Norme & Tributi* (articolo a firma di B.L. Mazzei del 15 novembre 2019). Come emerge da una Circolare di Unioncamere, dal calcolo sono state escluse le società sottoposte alle procedure concorsuali, con l'eccezione delle società in concordato preventivo e di quelle per le quali sono in corso gli accordi di ristrutturazione del debito, e sono state utilizzate le informazioni relative all'attivo dello stato patrimoniale e ai ricavi delle vendite partendo dai dati di bilancio; mentre con riferimento al numero dei dipendenti si è fatto riferimento alle informazioni contenute nella nota integrativa e solo in loro assenza al dato di fonte INPS. Si rileva, peraltro, che, secondo le stime di Cerved e del CNDCEC sulla base di un'analisi condotta sui bilanci 2017 e 2018 presenti nel database Cerved e reperibile in www.cerved.com – di cui danno notizia B.L. MAZZEI, *Allerta sulla crisi d'impresa: a rischio otto società su 100*, in *Il Sole 24 Ore*, *Norme & Tributi*, 3 febbraio 2020, e la redazione di *ilFallimentarista* (*Organismi di verifica delle s.r.l.: il CNDCEC evidenzia i ritardi nelle nomine*, 4 febbraio 2020) –, le società con obbligo di nomina dell'organo di controllo (s.p.a. e s.r.l. che hanno superato per due esercizi consecutivi i 4 milioni di attivo, oppure i 4 milioni di ricavi, oppure con oltre 20 dipendenti) sarebbero 104.570.

[61] Il dato non tiene conto del fatto che un numero significativo di società sono inattive, quindi non operative nel mercato, sebbene sia interessante rilevare che nel terzo trimestre del 2019 si è registrato un incremento del 39% delle liquidazioni volontarie per dette società: v. CERVED, *Osservatorio sui fallimenti, procedure e chiusure di imprese*, 3° trimestre, dicembre 2019, n. 40, reperibile in www.cerved.com.

[62] Complessivamente le società di capitali erano, al 31 dicembre 2019, 1.763.011, a fronte di un numero di imprese pari a 6.091.971, di cui 1.296.334 imprese artigiane. Le società di persone erano, a loro volta, 966.872, gli imprenditori individuali 3.151.407, le altre forme di esercizio di attività d'impresa 210.681 (v. Movimprese, Natalità e mortalità delle imprese italiane registrate presso le Camere di Commercio – anno 2019).

[63] Dati simili si riscontrano anche negli anni 2015 e 2016. Dall'indagine ISTAT emerge an-

Questo dato non va sottovalutato perché, se la finalità degli strumenti di allerta è quella di incoraggiare i debitori che incorrano in difficoltà finanziarie ad intervenire in una fase precoce, ossia già in presenza di sintomi di una crisi, così da favorire il risanamento dell'impresa e la salvaguardia della continuità aziendale; se, ancora, si auspica che l'introduzione nel nostro ordinamento dell'allerta contribuisca alla diffusione di un cambiamento sostanziale nella cultura imprenditoriale e manageriale italiana – soprattutto nella microimpresa locale, quale ne sia la forma giuridica – [64]; allora è forte l'impressione che il legislatore abbia costruito un sistema che rischia di disattendere questa finalità, almeno sul piano della platea delle imprese interessate.

Si potrebbe obiettare che a tutte le imprese prive di organo di controllo si applica l'altro strumento di allerta previsto dal c.c.i.i., ossia l'obbligo di segnalazione da parte dei creditori pubblici qualificati. È vero, ma anche questo strumento presenta elementi di criticità che ne limitano in modo significativo l'effettività e, financo, l'efficacia. Sul punto si tornerà tra breve (par. 3.3).

3.2. (Segue) *Il ruolo dell'imprenditore nella rilevazione tempestiva della propria crisi.*

C'è, invero, un aspetto che potrebbe gettare una diversa luce sul quadro che si è appena tratteggiato. Ci si riferisce alla possibilità di valorizzare gli obblighi organizzativi e di sollecita "reazione" posti a carico di *ciascun* imprenditore (qualunque tipo di imprenditore, ancorché con intensità diversa); obblighi che per molti interpreti costituiscono altrettanti strumenti di allerta precoce [65].

che che, nel 2017, le imprese attive nell'industria e nei servizi erano 4.397.623, mentre nel 2016 erano 4.390.911.

[64] Come giustamente osservato da P. VELLA, (nt. 6), 29, il problema dell'allerta è prettamente culturale.

[65] Nonostante il dettato (non chiaro, anche perché contenente un refuso) della Relazione illustrativa al c.c.i.i., non sembra condivisibile la comune opinione (espressa, tra gli altri, da P. BENAZZO, (nt. 46), 277 e 298; M. BIANCA, *Allerta e dintorni: l'adozione delle misure idonee alla tempestiva rilevazione della crisi da parte dell'imprenditore individuale*, in corso di pubblicazione in questo fascicolo della *Rivista*; M. FERRO, *Allerta e composizione assistita della crisi nel D.Lgs n. 14/2019: le istituzioni della concorsualità preventiva*, in *Fallimento*, 2019, 425; S. FORTUNATO, *Codice della Crisi e Codice Civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2019, 964; M. PERRINO, *Crisi di impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in *Corr. giur.*, 2019, 657 s., pubblicato anche in AA. VV., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali*, in ricordo di Michele Sandulli, Torino, Giappichelli, 2019, 532 ss.; R. RANALLI, (nt. 36), 26; P. VELLA, (nt. 6), 6 ss.), secondo cui detti obblighi appartengono

La riforma mira a favorire una tempestiva emersione e gestione della crisi anche attraverso il potenziamento e rafforzamento delle regole organizzative (o di *governance* societaria), che dovrebbero operare in maniera sinergica con le procedure di allerta e di composizione assistita, pur costituendo un'autonoma strategia regolatoria [66]. Un altro "mantra" della riforma è infatti l'obbligo dell'imprenditore di dotarsi di una struttura organizzativa o di misure idonee ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi (e della perdita della continuità aziendale) e di assumere le iniziative necessarie alla sua gestione e superamento. Quest'obbligo, per quanto riguarda gli imprenditori collettivi, si concreta nel dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa (art. 2086, secondo comma, c.c.) [67]. Si pensi alla predisposizione di rendiconti previsionali ai fini della rilevazione dei flussi di cassa prospettici, all'adozione di budget annuali e di *business plans* pluriennali, a sistemi di *reporting* periodico, strumenti ancora desueti – a differenza degli strumenti di consuntivazione tipicamente contabile – nelle imprese di minori dimensioni [68]; o, ancora, a *software* per la ge-

anch'essi al novero degli strumenti di allerta precoce, ritenendo che il dato testuale dell'art. 12 c.c.i.i. giustifichi la diversa interpretazione che tra obblighi informativi e misure di allerta "endosocietarie" vi sia un mero rapporto sinergico e di strumentalità, nel senso che gli adeguati assetti organizzativi aziendali costituiscono le fondamenta su cui poggia il sistema degli *early warning tools*. La norma prevede infatti che «costituiscono strumenti di allerta gli obblighi di segnalazione […], finalizzati, unitamente agli obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore dal codice civile, alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa […]». In questo senso anche BANCA D'ITALIA, (nt. 56), parr. 3.2 e 3.3; A. GUIOTTO, *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, in *Fallimento*, 2019, 411, nota 8; L. PANZANI, (nt. 9), 656; ID., *Il* preventive restructuring framework *nella Direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi. Assonanze e dissonanze*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 14 ottobre 2019, reperibile in www.ilcaso.it, 3 s.; nonché, parrebbe, S. SANZO, *La disciplina procedimentale. Le norme generali, le procedure di allerta e di composizione della crisi, il procedimento unitario di regolazione della crisi o dell'insolvenza*, in *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, a cura di S. SANZO, D. BURRONI, Bologna, Zanichelli, 2019, 45 s.

[66] Si concorda, sul punto, con quanto rilevato da BANCA D'ITALIA, (nt. 56), par. 3.3.

[67] Per l'imprenditore individuale l'art. 3, primo comma, c.c.i.i., prescrive, invece, più genericamente, l'obbligo di «adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi […]». Per un'analisi delle differenze testuali tra l'art. 3, primo comma, c.c.i.i. e l'art. 2086, secondo comma, c.c. – alcune delle quali, tuttavia, non sembrano frutto di una scelta di "differenziazione" da parte del legislatore – v. M. SPIOTTA, *Brevi riflessioni sulle discrepanze tra gli artt. 3 e 375 c.c.i.*, 7 ottobre 2019, in *ilSocietario.*

[68] V. P. VELLA, (nt. 6), 28 s., la quale sottolinea altresì che i controlli interni sono assenti nei due terzi dei casi e il controllo contabile è affidato a revisori esterni in pochi casi; nonché A. QUAGLI, A. PANIZZA, *Il sistema di allerta*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 21 maggio 2019, reperibile in www.ilcaso.it, 7; R. RANALLI, (nt. 36), 36.

stione della tesoreria aziendale, anch'essi attualmente adottati in un numero limitato di grandi società [69], o a sistemi di *risk assessment* e *risk management*.

L'obbligo, ai sensi dell'art. 3 c.c.i.i., grava su ogni imprenditore, anche individuale, ed è funzionale all'adozione senza indugio – che costituisce anch'essa un obbligo a termini dell'art. 3, primo e secondo comma, c.c.i.i. – delle iniziative idonee/necessarie al superamento della rilevata crisi [70]. Tra queste v'è indubbiamente la presentazione all'OCRI dell'istanza di composizione assistita della crisi *ex* art. 19 c.c.i.i., che non sembra ridursi a una mera facoltà, qualora manchino piani alternativi [71].

Inoltre, il legislatore ha previsto l'integrazione del sistema delle misure di allerta con un sistema di misure premiali a favore degli imprenditori che, di propria iniziativa, presentino tempestivamente istanza di composizione assistita della crisi all'OCRI, o domanda di accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza disciplinate dal codice. All'imprenditore – qualunque imprenditore – che abbia presentato tempestivamente istanza di composizione o domanda di accesso sono riconosciuti alcuni benefici, di natura patrimoniale, tributaria, concorsuale e penale (ad esempio, la non punibilità o una riduzione della pena per talune fattispecie di reato, inclusa la bancarotta fraudolenta).

Questo ampio e articolato sistema di misure premiali previste dall'art. 25 c.c.i.i. – che dovrebbero operare da incentivo per l'imprenditore, o per il suo management, a gestire precocemente situazioni di crisi [72] – e il succitato ob-

---

[69] Il *Rapporto Cerved PMI 2019*, cit. alla nt. 55, segnala (a p. 127) che il numero di imprese dotate di software di tesoreria è stimabile in circa 5 mila unità. Inoltre, da un'intervista realizzata da Cerved ad un panel di commercialisti e altri professionisti che operano nel settore è emerso che solo una quota minoritaria di società, tra quelle non obbligate a nominare l'organo di controllo, è intenzionata ad adottare strumenti per individuare i fondati indizi della crisi, con una preferenza verso strumenti più semplici, ossia sistemi di adeguata verifica (*ivi*, 129). Anche tra le società con obbligo di nomina dell'organo di controllo, l'aspettativa è nel senso di una (più) limitata diffusione di sistemi *forward looking* evoluti di valutazione del rischio a tre anni.

[70] Non sembra che il diverso dettato dell'art. 3, primo comma, c.c.i.i. («assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte») e dell'art. 2086 c.c. («attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti […] per il superamento della crisi […])» si traduca in una concreta differenza quanto all'intensità della reazione, come invece adombra M. SPIOTTA, (nt. 67), 5.

[71] M.S. SPOLIDORO, (nt. 6), 176. Ciò non toglie che, come ben rilevato da V. CALANDRA BUONAURA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 15 s., gli amministratori restano liberi di affrontare in autonomia la situazione di crisi e di adottare le relative decisioni, senza che il mancato ricorso alla procedura di composizione assistita assuma *tout court* rilevanza negativa.

[72] Come evidenziato nella Relazione illustrativa al c.c.i.i., nel commento relativo alle pro-

bligo di dotarsi di strutture organizzative adeguate e di reagire senza indugio adottando ogni idonea contromisura potrebbero svolgere una funzione "vicaria" rispetto agli obblighi di segnalazione; così favorendo il perseguimento del medesimo fine attraverso la responsabilizzazione e sensibilizzazione del debitore. Tuttavia, il grado di effettività ed efficacia di dette misure non è evidentemente lo stesso degli obblighi di segnalazione *ex* artt. 14 e 15 c.c.i.i., affidata a soggetti qualificati, anche alla luce della necessità di fare i conti con una cultura di impresa poco avvezza all'intervento tempestivo di fronte a fenomeni di difficoltà economico-finanziaria, e priva spesso delle necessarie conoscenze aziendalistiche e contabili [73]. Com'è stato efficacemente rilevato [74], gli strumenti di allerta rispondono proprio allo scopo di dotare l'impresa di un segnale di allarme che entri in funzione ogniqualvolta i sistemi di controlli aziendali si dimostrino non adeguati a intercettare tempestivamente i sintomi della crisi; o quando gli amministratori non vogliono, pur essendo in grado di farlo, rilevarli e agire di conseguenza. Un sistema organizzativo efficiente, in effetti, dovrebbe consentire agli amministratori di intercettare i sintomi della crisi ben prima dell'intervento dell'organo di controllo, ove presente, o dei creditori pubblici qualificati per i ritardi significativi nei pagamenti di tributi e contributi [75].

Merita, poi, sottolineare che nella Relazione illustrativa al c.c.i.i. si legge che le soglie previste escludono, «seppur in via indiretta e in concreto», l'operatività delle misure di allerta per le imprese di dimensioni particolarmente modeste (che tuttavia sono la stragrande maggioranza in Italia), la cui crisi o insolvenza non è tale da ledere interessi di rilevanza pubblicistica [76]. Il legislatore è quindi ben consapevole della situazione che si determinerà in concreto – e che si sta

cedure di allerta e di composizione assistita della crisi, la prospettiva di successo di dette procedure dipende in gran parte dalla propensione degli imprenditori ad avvalersene tempestivamente. Cfr. anche P. VELLA, (nt. 6), 32, la quale aggiunge che «qualsiasi strumento di allerta e composizione assistita della crisi potrà risultare efficace solo se basato sulle solide fondamenta di una nuova "cultura dell'impresa", perseguibile attraverso percorsi formativi, di aggiornamento, sostegno e consulenza […] in favore degli imprenditori […]». Quanto al procedimento di composizione assistita davanti all'OCRI, ulteriori possibili incentivi, per il debitore, sono messi in luce da M. FABIANI, (nt. 6), 13.

[73] In senso conforme R. RANALLI (nt. 36), 109.

[74] A. GUIOTTO, (nt. 65), 411. V. altresì F. BARACHINI, (nt. 6), 52, il quale evidenzia che, se il debitore è effettivamente consapevole del proprio stato di crisi e intende attivarsi in qualche modo, non si vede per quale motivo dovrebbe avvertire il bisogno di informare (e di coinvolgere nella relativa valutazione) gli organismi di composizione della crisi.

[75] Altra questione è il ruolo che sul comportamento del debitore può avere il sistema creditizio. Sul punto si rimanda alle diffuse osservazioni di S. CASONATO, *Allerta interna* (nt. 6), 1407 ss.

[76] *Sub* art. 12.

qui tentando di tratteggiare – e sembra aver ritenuto tale impostazione preferibile, nell'ambito di un bilanciamento di contrapposte esigenze; sebbene la stessa Relazione, con qualche contraddizione, dia poi conto del fatto che recenti studi hanno evidenziato l'incapacità delle imprese italiane, per lo più medie o piccole, di promuovere *autonomamente* processi di ristrutturazione precoce.

Di fronte ad uno scenario di questo tipo, non ci si può non chiedere se il legislatore avrebbe potuto fare qualcosa in più.

In particolare, volgendo lo sguardo all'esperienza francese del *droit d'alerte économique*[77], si sarebbe potuta valutare la possibilità di prevedere un coinvolgimento, sotto forma di un diritto o, *rectius*, potere di segnalazione, dei rappresentanti dei lavoratori nelle imprese con un certo numero di addetti e a prescindere dalla loro forma giuridica[78]. Del resto, l'accento sul ruolo dei lavoratori e sull'importanza di prestare sostegno ai loro rappresentanti nella valutazione della situazione economica del debitore – data la co-essenzialità della permanenza o recupero della continuità aziendale al mantenimento dell'occupazione – è posto dalla stessa *Restructuring Directive* (cfr. art. 3 e considerando n. 23).

Ancora, si sarebbe potuto valutare, sempre prendendo spunto dalla esperienza maturata nell'ordinamento francese, di attribuire ai soci non amministratori almeno di s.r.l. il diritto di indirizzare per iscritto agli amministratori domande su ogni fatto di natura tale da compromettere la continuità dell'impresa (cfr. art. L. 223-36 *Code de commerce*)[79]. Se si pensa che la prassi giudiziaria italiana ha mostrato negli ultimi anni un uso abbastanza frequente degli strumenti a tutela dei soci nelle s.r.l., tra cui, in particolare, la richiesta di accesso ai libri e ai documenti relativi all'amministrazione *ex* art. 2476, secondo comma, c.c., un possibile loro coinvolgimento non sembra un'ipotesi del tutto peregrina. A tale proposito, si concorda con chi ha escluso che possa già trarsi, in via interpretativa, dall'art. 14 c.c.i.i. un potere/dovere di segnalazione in capo al socio non amministratore di s.r.l.[80]. Un'estensione di questo tipo, infatti, richiede-

[77] Il quale, nel 2019, è stato esercitato all'interno di due importanti società, ossia TUI France e Auchan.

[78] Cfr. art. L. 2312-63 *C. trav.*, il quale prevede che « lorsque le comité social et économique a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise, il peut demander à l'employeur de lui fournir des explications ».

[79] L'art. L. 223-36 *C. com.* così prevede: « Tout associé non gérant peut, deux fois par exercice, poser par écrit des questions au gérant sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. La réponse du gérant est communiquée au commissaire aux comptes ».

[80] V. M. ARATO, *La* governance *delle società private dopo il d.lgs. 14/2019*, in *Le nuove regole societarie dopo il codice della crisi e dell'insolvenza*, a cura di M. ARATO, G. D'ATTORRE, M. FABIANI, Torino, Giappichelli, in corso di pubblicazione (consultato per la cortesia dell'autore), par. 7, e P. BENAZZO, (nt. 46), 296 s., per i quali il fatto di radicare su

rebbe una previsione specifica, che riconosca al socio, in coerenza con il dettato dell'art. 2476 c.c. e sulla falsariga del *droit d'alerte* francese, un potere – e non, evidentemente, un dovere – di segnalazione all'organo gestorio.

Meno plausibile sembra invece il *transplant*, nel nostro ordinamento, dell'*alerte par le président du tribunal de commerce*, che pure ha dato, in Francia, risultati soddisfacenti in termini di riduzione del numero di procedure collettive aperte o di miglioramento della loro efficacia [81] (invero più di quanto abbia fatto l'*alerte par le commissaire aux comptes*, la cui utilità è difficile da quantificare) [82]. La ragione va ravvisata nella diversa composizione e professionalità del *tribunal de commerce* francese – composto da soggetti scelti tra imprenditori e dirigenti d'azienda, ed eletti da questi ultimi, quindi da giudici non professionali (*juges consulaires*) – rispetto ai tribunali italiani, il cui intervento potrebbe in effetti portare a risultati contrari a quelli auspicati [83]: si rammenta che le procedure di allerta e composizione assistita della crisi sono state collocate in sede extragiudiziale *anche* per incentivare gli imprenditori ad avvalersene.

Merita aggiungere, per concludere, che gli strumenti e le procedure di allerta costituiscono pur sempre, seppur con intensità diverse, altrettante restrizioni della libertà di iniziativa economica e della libertà dell'imprenditore nella gestione della propria impresa, in una fase, come è stato rilevato, in cui l'impresa non si trova ancora in una situazione di crisi conclamata [84]. Pertanto, il loro allargamento da

---

ogni socio un simile dovere abbatterebbe ogni distinzione funzionale e di responsabilità all'interno della società.

[81] F. PÉROCHON, (nt. 2), 61.

[82] F. PÉROCHON, nella relazione presentata nel corso del seminario di studio "Le procedure di allerta", Venezia, 2 ottobre 2019, evidenzia come l'allerta "ufficiale" da parte dei *commissaires aux comptes* sia rara, preferendo gli stessi, almeno inizialmente, attivarsi in modo informale presso i propri clienti. V., altresì, COMITÉ D'EXPERTS, *Rapport*, *Avenir de la profession des commissaires aux comptes (CAC)*, giugno 2018, 44, ove si segnala che « la "phase 0" de la procédure, constituée d'échanges informels entre le commissaire aux comptes et le dirigeant ne se traduisant par aucune information et aucun document, on estime que le nombre d'alertes mises en œuvre dès ce stade peut être 5 à 10 fois supérieur ». Nello stesso *Rapport* (a p. 45) si rileva che, quando è lanciata nelle PMI, l'allerta è troppo spesso tardiva.

[83] Conf. S. DE MATTEIS, (nt. 9), 373; R. RUSSO, (nt. 1), 132 s.

[84] Cfr. M.S. SPOLIDORO, (nt. 6), 184, il quale si chiede dove si collochino, nel quadro tratteggiato dal legislatore, il principio della libertà di iniziativa economica e dell'autonomia degli operatori di mercato, la competenza esclusiva degli amministratori nella gestione dell'impresa prima della crisi conclamata e la *business judgment rule*; nonché E. BRODI, *Emersione e gestione tempestiva della crisi: innovazioni e potenziali criticità nella legge n. 155 del 2017*, 30 ottobre 2018, in *Giustizia Civile.com*, 9; S. CASONATO, *L'allerta vista dai professionisti* (nt. 6), 2; S. SANZO, (nt. 65), 62.

parte del legislatore va soppesato con attenzione, alla ricerca di un adeguato bilanciamento tra diversi interessi e di proporzionalità tra azione e reazione.

3.3. *L'obbligo di segnalazione da parte dei creditori pubblici qualificati: le criticità evidenziate (ed evidenti).*

Passando ad esaminare l'allerta attivata da soggetti esterni (diversi dal revisore legale o dalla società di revisione), si precisa, anzitutto, di non ritenere che siano qualificabili come strumenti di allerta le segnalazioni poste a carico della banca e degli altri intermediari finanziari di cui all'art. 106 t.u.b. circa le variazioni, revisioni o revoche degli affidamenti. Queste ultime sono state previste al fine di contribuire alla tempestività delle segnalazioni prescritte dall'art. 14 c.c.i.i.[85]; quindi quale ulteriore elemento conoscitivo, strumentale o ancillare all'obbligo di monitoraggio e segnalazione gravante sugli organi di controllo, come ben emerge leggendo la precedente bozza di decreto legislativo elaborata dalla c.d. seconda Commissione Rordorf[86].

Quanto all'art. 15 c.c.i.i., esso pone in capo all'Agenzia delle entrate, all'INPS, all'agente della riscossione, un obbligo di segnalazione [87] – pena la degradazione del credito vantato da privilegiato a chirografario o la inopponibilità del credito per spese e oneri di riscossione – dell'esposizione debitoria dell'imprenditore, qualora questa abbia superato determinati importi considerati rilevanti, differenziati per ciascun creditore qualificato. La segnalazione va dapprima indirizzata all'imprenditore; se costui, entro novanta giorni dalla ricezione dell'avviso, non dà prova di aver estinto o altrimenti regolarizzato per intero il debito, o di essere in regola con il pagamento rateale, oppure di aver presentato istanza di composizione assistita o domanda per l'accesso ad altra procedura, i creditori qualificati dovranno procedere con la segnalazione all'OCRI, da cui avrà inizio il procedimento di allerta.

---

[85] V. altresì V. ZANICHELLI, *La segnalazione dei creditori pubblici qualificati:* quod sine die debetur numquam debetur*?*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 26 marzo 2019, reperibile in www.ilcaso.it, 4.

[86] Conf. G. FALCONE, *Obblighi e responsabilità della banca e dell'intermediario finanziario nelle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2019, II, 45 s.; M. PERRINO, (nt. 65), 658, il quale parla di strumento conoscitivo volto ad assecondare la tempestività di attivazione degli organi di controllo societario; diversamente S. CASONATO, *Allerta interna* (nt. 6), 1394 s.

[87] Come rilevato anche da altri (v., in particolare, M.L. VITALI, (nt. 25), 570), sarebbe stato più corretto parlare di onere anziché di obbligo.

Se si tiene presente che i creditori più esposti nelle procedure concorsuali sono il fisco e gli enti previdenziali [88] e che la *Restructuring Directive* prevede esplicitamente, tra i possibili strumenti di *early warning*, meccanismi di allerta attivati dalla mancata effettuazione di determinati tipi di pagamento quali imposte o contributi previdenziali, la scelta di un loro coinvolgimento è comprensibile, nonostante l'aggravio operativo che ciò può generare. Se sia anche condivisibile è più difficile dirlo, come si tenterà di evidenziare tra breve.

Il ruolo attribuito ai creditori pubblici qualificati in seno alle procedure di allerta attenua, almeno *prima facie*, l'impatto delle considerazioni sopra svolte in merito alla platea delle imprese segnalabili all'OCRI.

Non mancano, però, anche in questo tipo di allerta, o meglio, soprattutto per questo tipo di allerta, profili problematici su cui il legislatore è in parte intervenuto, in sede di decreto correttivo; talvolta risolvendo talune criticità, talvolta acuendole.

Si menzionano tre criticità che sembrano le più conferenti e le più foriere di problemi applicativi [89].

La prima concerne gli importi rilevanti di esposizione debitoria al superamento dei quali scatta l'obbligo di segnalazione al debitore. Detti importi sono stati significativamente innalzati nel decreto approvato e promulgato nel 2019 rispetto alla prima bozza di decreto preparata dalla seconda Commissione Rordorf.

Nella Relazione illustrativa al c.c.i.i. si sottolinea che le soglie sono state individuate all'esito di articolate interlocuzioni con i creditori qualificati e utilizzando gli esiti di una ricerca svolta da Cerved su richiesta del Ministero della Giustizia [90]. Tuttavia, da più parti, incluso il Presidente della Commissione

---

[88] Come segnalato nell'analisi di impatto della regolamentazione (A.I.R.) relativa allo schema di decreto legislativo recante "Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155" (ivi a p. 16), i dati forniti dall'Agenzia delle entrate confermano percentuali molto basse di soddisfazione dei crediti tributari all'esito delle procedure.

[89] Oltre a quanto si dirà nel testo, è stato anche rilevato che vi è la possibilità che le norme favoriscano comportamenti strategici del debitore, inducendolo a pagare i creditori qualificati, con precedenza rispetto ad altri, con il solo obiettivo di paralizzare l'avvio del procedimento (v. BANCA D'ITALIA, (nt. 56), par. 3.2).

[90] Nella Relazione illustrativa al c.c.i.i. si legge, inoltre, che «importi meno elevati, come dimostrato dalle elaborazioni effettuate da Agenzia delle entrate-Riscossione con riferimento a quanti, alla fine del 2017, presentavano – rispetto al 2016 – un'esposizione debitoria superiore porterebbe la platea dei possibili soggetti interessati alla segnalazione ad un numero superiore ai ventimila, contro un totale di circa 2.000 stimabili sulla base delle soglie recepite dalla norma». Nell'A.I.R., cui si rimanda per alcune proiezioni sul numero delle possibili segnalazioni, si aggiunge che le soglie elaborate dalla seconda Commissione Rordorf avrebbero determinato l'attivazione della procedura di allerta e di composizione della crisi d'impresa in un numero

di riforma, si è sottolineato che l'aumentato livello delle soglie potrebbe pregiudicare l'esito o comunque ridurre l'impatto o l'efficacia dell'allerta, poiché l'obbligo di segnalazione sorgerebbe in un momento in cui si è già in presenza di insolvenza ampiamente maturata, e forse irreversibile. La critica, peraltro non da tutti condivisa [91], deve ritenersi fondata ove si ponga mente al fatto che lo scopo, dichiarato, degli strumenti di allerta è far emergere tempestivamente gli indizi di una crisi finanziaria, e non una situazione di crisi già conclamata o addirittura di insolvenza [92]; e che soglie troppo elevate rischiano di escludere, *per la seconda volta*, le imprese più piccole dalla platea delle imprese segnalate, pur in presenza di profili di rischio [93].

Come è stato giustamente sottolineato «meglio intercettare situazioni di manifesta insolvenza che nulla, ma lo scopo, la filosofia della legge è intercettare la crisi» [94].

Il Governo non solo non ha ritenuto di condividere detta critica ma, muovendosi in direzione diametralmente opposta, nel suo ultimo intervento di modifica ha innalzato da quattro a dieci volte le soglie relative all'ammontare totale del debito scaduto e non versato per l'IVA che fanno scattare l'obbligo di segnalazione. Precisamente, l'attuale testo dell'art. 15, secondo comma, c.c.i.i. richiede, ai fini della segnalazione da parte dell'Agenzia delle entrate, un debito IVA non inferiore ad euro 25.000 per volume di affari risultante dalla dichiarazione relativa all'anno precedente fino a 2.000.000; ad euro 50.000 per volume di affari fino a 10.000.000; ad euro 100.000 per volume d'affari oltre 10.000.000. Lo schema di decreto correttivo, nella versione approvata dal Consiglio dei Ministri il 13 febbraio scorso (non, invece, nella sua prima versione risalente a dicembre 2019), prevede che il debito, ai fini della segnalazione, debba essere superiore ai seguenti importi: euro 100.000, se il volume di affari non è superiore ad euro 1.000.000; euro 500.000, se il volume di affa-

troppo elevato di casi, con il rischio di non far decollare gli organismi deputati alla gestione delle segnalazioni, con un effetto contrario rispetto a quello auspicato.

[91] Per CONFINDUSTRIA, (nt. 54), 4, soglie eccessivamente basse rischiano di generare un cortocircuito.

[92] V. anche S. CASONATO, *L'allerta vista dai professionisti* (nt. 6), 10 s., il quale aggiunge, tra gli elementi di debolezza dell'allerta esterna, il fatto che i creditori pubblici qualificati operino separatamente, con obblighi di segnalazione autonomi; A. GUIOTTO, (nt. 65), 416; F. LAMANNA, *Il primo Correttivo al Codice della crisi e la modifica dell'importo "rilevante" dei debiti per l'Agenzia delle Entrate*, 24 febbraio 2020, in *ilFallimentarista*; P. VELLA, (nt. 6), 27.

[93] Così anche A. JORIO, *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in AA. VV., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali* (nt. 65), 424.

[94] R. FONTANA, *Audizione* alla Camera dei Deputati del 4 dicembre 2018 (nt. 42), 10.

ri non è superiore ad euro 10.000.000; euro 1.000.000 se il volume di affari risultante dalla dichiarazione relativa all'anno precedente è superiore ad euro 10.000.000.

L'effetto della modifica sarà, con ogni probabilità, quello di rendere del tutto residuale la segnalazione da parte della Agenzia delle entrate, anche alla luce delle stime attuali sul numero (già contenuto) di probabili segnalazioni, sebbene la Relazione illustrativa allo schema di decreto precisi che il criterio quantitativo, così rivisto, garantisce un adeguato contemperamento tra concreta funzionalità dell'allerta e contenimento in limiti accettabili del numero di segnalazioni [95]. In altre parole, l'impressione di uno strumento di *early warning* incapace di svolgere la propria funzione segnaletica esce del tutto confermata dalle ultime, poco comprensibili, scelte del legislatore italiano.

La adeguatezza o inadeguatezza delle soglie resta in ogni caso una questione che potrà essere più efficacemente verificata dopo le prime esperienze concrete di applicazione degli strumenti di allerta, non senza tacere che i recenti avvenimenti che hanno travolto il nostro Paese a seguito della pandemia in atto imporranno, con ogni probabilità, nuove valutazioni.

Non dovrebbe più costituire un problema il riferimento alla soglia di importo rilevante del 30 per cento del volume di affari del medesimo periodo, che aveva sin da subito sollevato giuste obiezioni tra gli interpreti in ragione del fatto che, letteralmente interpretato, avrebbe reso la norma inapplicabile [96]. Lo schema di decreto correttivo, dopo aver ridotto, nella sua prima versione di dicembre 2019, la predetta soglia al 10 per cento, ha poi abbandonato il criterio della percentuale, mantenendo soltanto il criterio dell'ammontare del debito superiore o meno ad un valore assoluto, differenziato alla luce del volume d'affari dell'imprenditore. Resta anche il riferimento all'«ammontare totale del debito scaduto e non versato per l'imposta sul valore aggiunto, risultante dalla comunicazione della liquidazione periodica […]»; liquidazione periodica che, peraltro, nel testo modificato dal de-

[95] V. Relazione allo schema di decreto correttivo del 13 febbraio scorso, *sub* art. 3.

[96] Cfr. G. RUSSOTTO, *Brevi note esegetiche sull'obbligo di segnalazione dell'Agenzia delle entrate*, 6 giugno 2019, in www.ilcaso.it, 5; nonché F. LAMANNA, (nt. 92). Di detto "errore" dà conto anche la Relazione illustrativa relativa alla prima versione dello schema di decreto correttivo, dove si legge, *sub* art. 3: «Considerato l'ammontare dell'imposta sul valore aggiunto, che, nella fascia più elevata, è pari al 22% (da cui peraltro deve essere dedotta l'IVA sugli acquisti), la soglia di rilevanza del 30% attualmente presa in considerazione dalla norma non potrebbe essere mai raggiunta nel trimestre a cui si riferisce la comunicazione della liquidazione periodica […]». Nella Relazione si aggiunge che la nuova percentuale individuata (10%) rappresenta un valore mediano e tiene conto dell'esistenza di settori produttivi in cui l'IVA dovuta è inferiore al 22%.

creto correttivo di febbraio, è sostituita con «dati delle liquidazioni periodiche» (c.d. LIPE).

Un'altra questione problematica che sarà risolta con la definitiva approvazione dello schema di decreto correttivo riguarda il *dies a quo* per la trasmissione dell'avviso al debitore, quando la segnalazione *ex* art. 15 c.c.i.i. provenga dall'Agenzia delle entrate.

Il c.c.i.i. si limita a stabilire che detto avviso debba essere contestuale alla comunicazione al contribuente di irregolarità *ex* art. 54-*bis* d.p.r. n. 633/1972: comunicazione per l'invio della quale non è però previsto espressamente un termine dalla normativa tributaria, così come non è previsto un termine per l'invio della lettera di *compliance* che segnali eventuali irregolarità del versamento [97]. Invece un termine è, ai fini *de quo*, necessario, e dovrebbe essere un termine breve, affinché la segnalazione sia efficace ai fini della precoce attivazione di contromisure da parte dell'imprenditore o della successiva segnalazione all'OCRI [98]. Lo schema di decreto correttivo, pur mantenendo il riferimento alla comunicazione di irregolarità, prevede che l'avviso debba essere inviato non oltre sessanta giorni dalla scadenza del termine di cui al primo comma del predetto art. 54-*bis*, al fine di evitare che la tempestività dell'iniziativa sia rimessa soltanto alla volontà dell'Agenzia delle entrate [99]. Resta il fatto che, prevedendo la disposizione che l'amministrazione finanziaria procede alla liquidazione dell'imposta dovuta entro l'inizio del periodo di presentazione delle dichiarazioni relative all'anno successivo, difficilmente la segnalazione potrà ritenersi tempestiva (salva forse l'ipotesi di cui all'art. 54-*bis*, comma 2-*bis*, d.p.r. n. 633/1972 [100]).

La terza questione problematica, non risolta in sede di redazione del decreto correttivo, riguarda l'agente della riscossione. Per l'individuazione dell'esposizione debitoria rilevante, l'art. 15, secondo comma, lett. c), c.c.i.i. fa esplicito riferimento a crediti affidati per la riscossione «autodichiarati o definitivamente accertati». Quest'ultima espressione, se propriamente interpretata alla luce di un orientamento consolidato sia in sede tributaria che amministrativa [101], imporreb-

---

[97] Per una ricostruzione del quadro normativo di riferimento v. G. RUSSOTTO, (nt. 96), 1 ss.

[98] Conf. V. ZANICHELLI, (nt. 85), 7 s.

[99] Come precisato dalla Relazione illustrativa allo schema di decreto correttivo, nel commento all'art. 3.

[100] Questa disposizione, combinata con l'art. 21-*bis*, ult. comma, d.l. n. 78/2010, prevede che l'ufficio può provvedere, anche prima della presentazione della dichiarazione annuale, a controllare la tempestiva effettuazione dei versamenti dell'imposta.

[101] V., per tutti, la Circolare dell'Agenzia delle entrate n. 41/E del 3 agosto 2010, ove si legge che «la definitività dell'accertamento consegue, come noto, all'inutile decorso del termi-

be di fare riferimento ai soli crediti accertati in via definitiva con sentenza passata in giudicato. Ancora una volta, la concreta incidenza dello strumento ai fini della *precoce* emersione della crisi ne esce fortemente affievolita.

Deve infine aggiungersi che, nella fase iniziale, si stima che le segnalazioni saranno di fatto limitate a quelle provenienti dall'interno ad opera di organi di controllo e revisori legali. Ciò si spiega sia per i lunghi tempi e gli inevitabili ritardi nell'accertamento degli inadempimenti contributivi e fiscali, dovuti all'endemica bassa reattività dei creditori pubblici [102]; sia alla luce della disposizione di cui all'art. 15, settimo comma, c.c.i.i., che differisce nel tempo le prime segnalazioni da parte dell'Agenzia delle entrate [103]; sia, infine, per il fatto che rilevano, per il superamento della relativa soglia, i soli crediti affidati per la riscossione dopo l'entrata in vigore del c.c.i.i. e scaduti da oltre novanta giorni [104].

4. *Qualche considerazione critica, e riassuntiva, sul panorama nazionale degli strumenti di allerta.*

Questo è lo scenario che sembra ragionevole attendersi alla luce dell'attuale, ancorché in corso di *emendatio*, disciplina degli strumenti di allerta nel nostro ordinamento.

Va detto, per completezza del quadro, che, sulla base di alcune iniziali stime circa il numero delle possibili segnalazioni all'OCRI da parte dei soggetti obbligati e sul numero di professionisti in possesso dei requisiti per formare i collegi, si era da più parti evidenziato il rischio che l'Organismo si trovasse inadeguato a svolgere il proprio ruolo e a far fronte – efficacemente – a tutte le segnalazioni che si stimavano potessero arrivare. Su questa linea è stato, in particolare, sostenuto che «chiunque abbia letto la disciplina delle misure di allerta sa che sono piuttosto complesse e procedimentalizzate. Applicarle anche alle imprese minori significa ingolfare un sistema che deve ancora partire e non è pronto per partire» [105].

---

ne per l'impugnazione, ovvero, qualora sia stata proposta impugnazione, al passaggio in giudicato della pronuncia giurisdizionale […]».

[102] Lo segnalano anche N. ABRIANI, G. PALOMBA, (nt. 51), par. 1.

[103] Detta disposizione prevede che «l'obbligo di cui al comma 1 decorre dalle comunicazioni della liquidazione periodica IVA di cui all'articolo 21-*bis* del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n.122, relative al primo trimestre dell'anno d'imposta successivo all'entrata in vigore del presente codice».

[104] V., quanto all'agente della riscossione, l'art. 15, secondo comma, lett. c), c.c.i.i.

[105] S. AMBROSINI, *Audizione* alla Camera dei Deputati del 4 dicembre 2018 (nt. 42), 100.

In realtà, ci sembra che il timore che si ponga un problema di sostenibilità del carico operativo gravante sugli OCRI, in relazione al complesso dei compiti loro attribuiti, si sia oggi affievolito anche alla luce della concreta individuazione degli indici *ex* art. 13 c.c.i.i. da parte del CNDCEC; i quali pongono un problema assai più rilevante di falsi negativi, piuttosto che di falsi positivi [106], sebbene una recente analisi di Cerved e del CNDCEC rappresenti uno scenario ancora diverso e forse più allarmante [107]. Detto timore dovrebbe ridursi ulteriormente alla luce dell'ultimo, vistoso intervento del legislatore delegato sull'art. 15, secondo comma, lett. a), c.c.i.i., ossia sull'allerta da parte dell'Agenzia delle entrate, che resterà confinata ai casi di evasione più eclatante [108].

Peraltro, anche a voler condividere le perplessità sopra espresse in merito ad un possibile ingolfamento del sistema, detto rischio avrebbe potuto essere arginato, più efficacemente, in altro modo. In particolare, si sarebbe potuto valutare di intervenire sulla disciplina, rendendola meno complessa e farraginosa, saggiando la possibilità di ricorrere ad un organo monocratico, anziché collegiale, per le procedure di allerta e i procedimenti di composizione assistita della crisi di non particolare complessità [109]. Il pensiero corre, ancora una volta, alle conso-

---

[106] V. anche R. RANALLI, *Le misure di allerta ed il correttivo: un dettaglio che rischia di fare naufragare uno strumento sulla carta efficace*, 13 gennaio 2020, in *ilFallimentarista*, per il quale le segnalazioni all'OCRI da parte dell'organo di controllo saranno tendenzialmente l'eccezione e non la regola, e che stima che il numero delle possibili segnalazioni e composizioni della crisi non superi i 6.000 casi; nonché ID., (nt. 36), 109 ss., ove l'autore conferma detta opinione anche con riguardo alle segnalazioni esterne da parte dei creditori pubblici qualificati.

[107] Dall'analisi dei bilanci di quasi 720 mila società di capitali (di cui si è dato conto alla nt. 60), è emerso che l'8,4% delle società di capitali (60.609) è a rischio di segnalazione e la percentuale cresce con il diminuire della dimensione delle imprese: in particolare, le microimprese costituiscono l'86% delle società con patrimonio netto negativo e l'83% di quelle che accendono gli indici. Se, però, nell'ambito della suddetta analisi, si restringe il campo alle società obbligate a dotarsi di organo di controllo (alle quali si applica l'art. 14 c.c.i.i.), le imprese a rischio di segnalazione si riducono a 3.830.

[108] F. LAMANNA, (nt. 92); ID., *Un altro passo importante per l'applicazione del Codice della crisi di impresa: approvato dal CdM lo schema di primo Decreto Correttivo*, 17 febbraio 2020, in *ilFallimentarista.*

[109] In questo senso si è espressa anche BANCA D'ITALIA, (nt. 56), par. 3.2.; v. inoltre S. CASONATO, *L'allerta vista dai professionisti* (nt. 6), 15 s. In senso difforme P. VELLA, (nt. 6), 12, testo e nota 13, la quale evidenzia che l'articolato meccanismo di designazione e nomina dei tre esperti, per quanto possa risultare, in alcuni casi, sovrabbondante, mira ad assicurare la presenza nel collegio dei necessari profili di competenza aziendalistica, contabile e legale, anche in vista di una suddivisione dei compiti.

lidate figure del *mandataire ad hoc* [110] e del *conciliateur* francesi [111], entrambi soggetti monocratici.

In questa scia si poneva anche la proposta di differimento di dodici mesi degli obblighi di segnalazione all'OCRI per le imprese di più piccole dimensioni, meno preparate al cambio culturale che si richiede loro; le quali dovranno inevitabilmente intervenire, seppur con modalità e intensità differenziate, sull'organizzazione della propria impresa [112].

Detta proposta ha, quantomeno *prima facie* [113], incontrato il favore del legislatore. Lo schema di decreto correttivo approvato dal Consiglio dei Ministri prevede infatti un differimento di sei mesi della decorrenza degli obblighi di segnalazione nelle imprese più piccole [114], coincidenti – come si legge nel decreto e nella Relazione illustrativa – con quelle che non hanno superato alcuno dei limiti quantitativi posti dall'art. 2477 c.c. negli ultimi due esercizi [115]. Per la stra-

---

[110] Il *mandataire ad hoc* è nominato su richiesta dell'imprenditore – che può anche proporre il nome di un *mandataire ad hoc* – dal presidente del tribunale, il quale ne determina le funzioni (*mission*) e la durata dell'incarico (art. L. 611-3 *C. com.*). Il *mandataire ad hoc* ha il compito di assistere il debitore, al quale però non si sostituisce nell'esercizio dei poteri di gestione dell'impresa: v. L. ANTONINI-COCHIN, L.C. HENRY, *Droit des entreprises en difficulté*[2], Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2019, 51 ss.

[111] Il *conciliateur* è nominato, nell'ambito della *procédure de conciliation* (disciplinata dall'art. L. 611-4 *et seq. C. com.*), dal presidente del tribunale, eventualmente su proposta dello stesso debitore, ed è considerato un ausiliario di giustizia a titolo occasionale: v., ancora, L. ANTONINI-COCHIN, L.C. HENRY, (nt. 110), 62.

[112] V., in particolare, R. RANALLI, (nt. 36), 112 s.; ID., *Il successo della riforma dipende dall'OCRI: un accorato suggerimento al legislatore*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 4 dicembre 2018, reperibile in www.ilcaso.it, in part. 14 ss.; conf. S. AMBROSINI, *La "falsa partenza" del codice della crisi, le novità del decreto liquidità e il tema dell'insolvenza incolpevole*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 21 aprile 2020, reperibile in www.ilcaso.it, 1 s.

[113] Ma v. i rilievi critici di R. RANALLI, (nt. 106): l'autore fa notare che il correttivo ha, nella sostanza, differito di sei mesi le sole segnalazioni dei creditori pubblici qualificati e quelle interne delle imprese senza obbligo di nomina dell'organo di controllo, mentre lo schema avrebbe dovuto ampliare per le piccole imprese, in via transitoria, il termine di sessanta giorni previsto dall'art. 14, secondo comma, c.c.i.i., per l'adozione delle misure ritenute necessarie al superamento dello stato di crisi, portandolo a centottanta giorni. Ritiene che la proroga, peraltro di un anno, del termine di decorrenza degli obblighi di segnalazione dovrebbe riguardare una platea più ampia di imprese, fino al limite dalla piccola impresa secondo i criteri stabiliti nella raccomandazione CE, A. FOSCHI (componente del CNDCEC con delega alla crisi d'impresa), la cui intervista è pubblicata in *Il Sole 24 ore*, 3 febbraio 2020.

[114] V. art. 41 dello schema di decreto correttivo.

[115] Per un primo commento v. M. POLLIO, *Procedure di allerta al rinvio*, in *ItaliaOggi*, 24 dicembre 2019, 35, il quale segnala, nell'applicazione della disposizione, la difficoltà per

grande maggioranza di queste imprese, peraltro, incluse le s.r.l. che non soddisfano le altre condizioni fissate dall'art. 2477 c.c. (non sono, cioè, tenute alla redazione del bilancio consolidato e non controllano una società obbligata alla revisione legale) o non hanno volontariamente nominato un organo di controllo o un revisore, gli obblighi di segnalazione *si esauriscono* in quelli imposti ai creditori pubblici qualificati; obblighi il cui termine di segnalazione, come si è cercato di dimostrare in precedenza, è già "naturalmente differito" [116].

Tutto questo è stato superato dall'emergenza epidemiologica da COVID-19: dapprima l'art. 11 del d.l. 2 marzo 2020, n. 9, (ora abrogato) aveva opportunamente previsto il differimento al 15 febbraio 2021 dei termini per gli obblighi di segnalazione di cui agli artt. 14, secondo comma, e 15 c.c.i.i. [117]; successivamente l'art. 5 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, confermando le previsioni di parte della dottrina [118], ha differito al 1° settembre 2021 l'entrata in vigore del c.c.i.i. nella sua interezza [119].

5. *Osservazioni conclusive.*

Tentando di trarre qualche considerazione conclusiva, pur in uno scenario ancora mobile e incerto, dal quadro sopra tratteggiato emerge l'evidente stato di indecisione del legislatore italiano sulla strada da percorrere. Ne sono un esempio il duplice intervento, in pochi mesi, sui limiti di cui all'art. 2477 c.c.; la revisione, al rialzo, delle soglie per le segnalazioni da parte dei creditori

---

l'Agenzia delle entrate, l'Inps e l'agente della riscossione di conoscere e interpretare i dati di bilancio dell'impresa.

[116] Conf. R. RANALLI, (nt. 106), e ID., (nt. 36), 106.

[117] Come rilevato da A. PETROSILLO, D. BURRONI, *Il coronavirus contagia l'economia: novità normative e riflessioni in tema di crisi di impresa*, 22 aprile 2020, in *ilFallimentarista*, 3, «in una situazione in cui l'intero tessuto economico mondiale risulta colpito da una gravissima forma di crisi, il sistema dell'allerta potrebbe produrre risultati marcatamente disfunzionali, anche a danno di imprese sane (e che vivono una fase di temporanea crisi proprio per la pandemia in atto)».

[118] G. CORNO, L. PANZANI, *I prevedibili effetti del coronavirus sulla disciplina delle procedure concorsuali*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 25 marzo 2020, reperibile in www.ilcaso.it.

[119] Rinvio che non ha mancato di sollevare perplessità tra i primi commentatori: v., in particolare, G. BENVENUTO, *Effetti sulla materia concorsuale del d. l. 8 aprile 2020 n. 23*, 13 aprile 2020, reperibile in www.ilcaso.it; D. GALLETTI, *Il diritto della crisi sospeso e la legislazione concorsuale in tempo di guerra*, 14 aprile 2020, in *ilFallimentarista*; F. SANTANGELI, A. FABBI, *Il (giusto) differimento, in ragione dell'emergenza, della entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza; ma è indispensabile che alcune norme entrino in vigore immediatamente*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 16 aprile 2020, reperibile in www.ilcaso.it.

pubblici qualificati, e, in direzione opposta, l'inserimento tra i soggetti cui si applicano le misure di allerta delle imprese agricole e delle imprese minori; ma anche la predisposizione di un sistema caratterizzato da rigidità procedurali e connotazioni pubblicistiche, nonostante la natura non giudiziale e dichiaratamente confidenziale delle misure e la loro primaria finalità di sostegno al debitore in difficoltà.

È evidente il tentativo, da parte del legislatore, di ricercare un bilanciamento tra esigenze diverse e talvolta contrapposte; tuttavia l'impressione è che si stia discutendo da tempo di uno strumento i cui effetti e il cui ruolo rischiano di rivelarsi secondari o, comunque, inadeguati ad intercettare precocemente le situazioni di crisi degli imprenditori italiani.

Se si vuole percorrere efficacemente la strada dell'allerta [120], quale misura concreta di sostegno e di assistenza all'imprenditore, senza che ne sia sopravvalutato il potere taumaturgico, sarebbe utile che il coinvolgimento di un numero significativo di piccole (*rectius*: micro)imprese – anch'esse, sulla carta, destinatarie dell'allerta – non apparisse, a conti fatti, solo teorico, perché rimesso alla *mera* iniziativa dell'imprenditore in difficoltà *ex* art. 19 c.c.i.i. Ciò almeno finché non si diffondano negli ambienti imprenditoriali una cultura di programmazione e di pianificazione dei fabbisogni finanziari, spesso ancora limitata o addirittura assente nelle imprese di minori dimensioni, e una maggior responsabilizzazione degli stessi operatori economici.

A questo, ossia ad un *cambio di mentalità* e al radicamento di una nuova cultura d'impresa, potrebbe allora, più plausibilmente, servire l'"enfatizzazione" degli strumenti di allerta e del principio di adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili statuito dall'art. 2086, secondo comma, c.c. [121]. Tuttavia, il rischio che, per come è stata congegnata, la prima si riveli un *tool* scarsamente o poco efficace anche sul piano "educativo" è, ad avviso di chi scrive, concreto [122].

---

[120] Sulla quale il legislatore ha evidentemente deciso di scommettere: v. anche M. FABIANI, (nt. 6), 3.

[121] V. M. ARATO, *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi: ruoli e prerogative di amministratori, sindaci e revisori*, in AA. VV., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali* (nt. 65), 81, il quale aggiunge che se i sindaci, spinti anche da un ampliamento dei compiti, funzioneranno come effettivo organo tecnico di controllo per il corretto rispetto delle norme, potrà finalmente iniziare un percorso virtuoso da troppo tempo reclamato ma fino ad ora non ancora realizzato; S. CASONATO, *Allerta interna* (nt. 6), 1418; M. FABIANI, E*tica, legalità e crisi d'impresa tra diritto ed economia al tempo delle riforme (una postilla)*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 13 novembre 2019, reperibile in www.ilcaso.it, 3 s.; A. JORIO, (nt. 93), 413 e 435, il quale, tuttavia, manifesta un certo pessimismo sull'esito della rivoluzione copernicana di mentalità e atteggiamenti su cui il legislatore scommette. Dubbi in tal senso sono espressi anche da F. BARACHINI, (nt. 6), 58.

[122] Lo rilevava già A. JORIO, *Sull'allerta e dintorni*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 263 s., 267.

Partecipazione a distanza agli organi di amministrazione e controllo delle s.p.a. e governo dei rischi d'impresa*

Remote participation in the management and control bodies of Italian public limited companies and corporate risk governance

Alessandra Rosa**

ABSTRACT:

Il saggio esamina i problemi implicati dalla partecipazione a distanza alle adunanze degli organi di amministrazione e controllo ai sensi degli artt. 2388 e 2404 c.c., rispetto al governo dei rischi d'impresa.

La tesi riguarda il difetto di equivalenza, empirica e normativa, tra partecipazione fisica e con mezzi di telecomunicazione agli organi di vertice delle s.p.a., soprattutto emittenti e finanziarie. Ciò è argomentato dalla regolazione delle attività collegiali di supervisione, gestione e controllo dei rischi nell'impresa azionaria e dal suo più recente sviluppo nazionale ed europeo.

Emerge, anche dal confronto con l'esperienza di altri Stati UE, il ruolo essenziale dell'autonomia d'impresa, che può costituire la cornice di sintesi tra gli interessi imperativi, dispositivi e di vigilanza coinvolti. Sulla base di tali considerazioni, nello studio si individuano i criteri e si formulano le proposte che possono orientare e integrare gli assetti statutari e organizzativi delle s.p.a. nella normazione della materia.

Parole chiave: organi di società per azioni – partecipazione a distanza – governo dei rischi

* Il saggio sviluppa il *paper* presentato e discusso da chi scrive al X Convegno Nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale 'Orizzonti del Diritto Commerciale', sul tema *L'evoluzione tecnologica e il diritto commerciale*, Dipartimento di Economia Aziendale dell'Università degli Studi Roma Tre, Roma, 22-23 febbraio 2019. Ringrazio la coordinatrice Prof.ssa Giuliana Scognamiglio, il *discussant* Prof. Renato Santagata e i partecipanti al dibattito, per le preziose sollecitazioni alla riflessione. Ringrazio i *Referee* anonimi per i rilievi altrettanto preziosi ai fini della pubblicazione.

** Abilitata all'esercizio delle funzioni di professore universitario di II fascia in diritto commerciale, 12/B1; email: alessandrarosa@fastwebnet.it.

The essay examines the problems involved by remote participation in the meetings of the management and control bodies pursuant to Articles 2388 and 2404 of the Italian Civil Code, with regard to the governance of corporate risks.
The author underlines the lack of equivalence, from both an empirical and a regulatory point of view, between participation in person and by means of electronic communication in the top bodies' meetings, especially of public listed and financial companies. This is argued by the regulation of collective supervisory, management and risk control activities and its most recent national and European developments.
The comparison with the experience of other EU Member States also reveals the essential role of corporate autonomy, which can achieve the synthesis framework between the mandatory and operative interests concerned. Based on these considerations, the study identifies the criteria and formulates the proposals that can guide and integrate the by-laws provisions and the organizational structures of the joint stock companies in regulating the matter.

***Keywords**: board meeting – remote participation – corporate risk governance*

SOMMARIO:

1. La partecipazione con mezzi di telecomunicazione agli organi di amministrazione e controllo nelle s.p.a. e il governo dei rischi d'impresa: i benefici, i problemi, gli interessi. – 2. Il piano e le finalità dell'analisi. – 3. L'ampiezza apparente degli artt. 2388, primo comma e 2404, primo comma, c.c. e l'uniformità della prassi statutaria. – 4. La partecipazione fisica e a distanza alle riunioni e deliberazioni *ex* artt. 2388 e 2404 c.c.: due forme non equivalenti. – 4.1. La telecomunicazione, i flussi informativi e il rischio di «*intellectual hazard*». – 4.2. La presenza di amministratori e sindaci alle adunanze collegiali quale regola inderogabile nel codice civile. – 4.3. L'attenzione per il funzionamento degli organi collegiali della s.p.a. nel d. lgs. n. 6/2003. – 4.4. L'idoneità degli esponenti e il rafforzamento dei processi decisionali nella s.p.a. quotata e finanziaria. – 4.5. Il governo dei rischi d'impresa e l'uso suppletivo (e presidiato) della partecipazione telematica. – 5. Gli spunti dalle norme e prassi di alcuni Stati UE. – 6. I mezzi di telecomunicazione *ex* artt. 2388 e 2404 c.c. tra autonomia statutaria, adeguatezza organizzativa e attuazione proporzionata. – 7. I canali telematici nelle funzioni di supervisione strategica, gestione e controllo dei rischi dell'impresa azionaria: le proposte applicative. – 7.1. I doveri degli esponenti, i poteri del presidente dell'organo amministrativo e del collegio sindacale, gli obblighi di *board evaluation*. – 7.2. La composizione degli organi apicali e la dialettica deliberativa. – 7.2.1. (*Segue*). Il rilievo della struttura proprietaria e la ripartizione dei compiti di amministrazione. – 7.3. La partecipazione a distanza ai comitati esecutivo ed endoconsiliari. – 7.4. Le adunanze interamente virtuali e l'intervento di soggetti diversi dai componenti degli organi. – 7.5. Le riunioni telematiche del collegio sindacale. – 8. La violazione degli artt. 2388, primo comma e 2404, primo comma, c.c.: le reazioni sanzionatorie dell'ordinamento societario (cenni). – 9. La trasparenza e i controlli prudenziali sull'utilizzo dei canali telematici negli organi di vertice delle s.p.a. quotate e bancarie. – 10. L'uso dei mezzi di telecomunicazione tra disciplina inderogabile, libertà d'impresa e vigilanza: l'integrazione possibile ed efficiente degli interessi.

1. *La partecipazione con mezzi di telecomunicazione agli organi di amministrazione e controllo nelle s.p.a. e il governo dei rischi d'impresa: i benefici, i problemi, gli interessi.*

Ci si propone, con il presente saggio, di individuare ed esaminare le aree problematiche più significative della disciplina sulla partecipazione a distanza alle adunanze degli organi di amministrazione e controllo, rispetto alle scelte statutarie e organizzative delle s.p.a. e ai relativi effetti sul governo dei rischi d'impresa.

L'interesse per l'argomento è suscitato dai novellati artt. 2388, primo comma e 2404, primo comma, c.c., che hanno introdotto la possibilità di prevedere, in sede statutaria, la presenza con «mezzi di telecomunicazione» alle riunioni del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale [1]. Tali norme

[1] Le norme sono state modificate dall'art. 1, primo comma, d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 e riguardano anche gli organi nei sistemi dualistico e monistico, in virtù degli artt. 2409-*undecies*, secondo comma, 2409-*quaterdecies*, primo comma, 2409-*octiesdecies*, sesto comma, 2409-*noviesdecies*, primo comma, c.c. Le stesse disposizioni si applicano, per analogia e rinvio, al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale delle s.r.l., ove nominati (per questa ricostruzione della disciplina *ex* art. 2475, terzo comma, c.c., M. CIAN, *La s.r.l.: la struttura organizzativa*, in *Diritto commerciale*, a cura di M. Cian, 2, Torino, Giappichelli, 2013, 606 ss., 622; la lettura è ora ricavata dagli artt. 2475, primo e sesto comma e 2477, quarto comma, c.c.). Sebbene criticità di attuazione degli artt. 2388 e 2404 c.c. siano, dunque, ravvisabili anche nel funzionamento organico di talune s.r.l. (su profili collegati, P. RAINELLI, *Consenso e collegialità nella s.r.l.: le decisioni non assembleari*, Milano, Giuffrè, 2011, *passim*), la trattazione sarà limitata alle s.p.a. La scelta è stata ponderata, innanzitutto, alla luce della flessibilità che ancora caratterizza lo statuto codicistico delle s.r.l.-piccole medie imprese (la maggior parte: v. i dati in CNDCEC, *Osservatorio sui bilanci delle Srl. Trend 2016-2018*, 17 ottobre 2019, www.fondazionenazionalecommercialisti.it). In tali modelli, il metodo collegiale: (*i*) è connotato da valenza derogabile e affievolita *ex* art. 2475, terzo e quarto comma, c.c.; (*ii*) va letto in relazione alla posizione dei soci nell'amministrazione *ex* art. 2475, primo comma, c.c. e ai divieti *ex* art. 2468, primo comma, c.c. (Relazione al d. lgs. n. 6/2003, in *La riforma delle società. Appendice*, a cura di M. Sandulli, V. Santoro, B. Sassani, Torino, Giappichelli, 2003, *sub* 11, 164 ss., 166). In secondo luogo, si è considerato che neppure lo statuto normativo delle s.r.l. emittenti strumenti finanziari negoziabili e/o costituite per lo svolgimento di attività finanziarie sia assimilabile agli assetti della s.p.a. Si riconoscono aree di prossimità, dovute alla natura dei rischi coinvolti e alla maggiore rigidità organizzativa postulata anche dall'art. 2475, primo comma, c.c. (l'argomento è oggetto di intenso dibattito di cui non è possibile dar conto in questa sede. All'indomani dei primi interventi legislativi, G. ZANARONE, *La tendenziale transtipicità dell'informazione societaria (un processo ancora incompiuto)*, in *A.G.E.*, 2013, 7 ss., 15 e 16. Dopo le riforme del 2017, P. AGSTNER, A. CAPIZZI, P. GIUDICI, *Il finanziamento delle* startup: Angels, Venture Capital *e la nuova Srl*, *paper* presentato all'XI Convegno Nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale 'Orizzonti del Diritto Commerciale', sul tema *Organizzazione, riorganizzazione e ristrutturazione*

recepiscono l'orientamento da tempo statuito dalla giurisprudenza [2] e seguono l'indirizzo del quadro normativo e di prassi nei principali Stati UE [3]. Esse riflettono e declinano i princìpi dichiarati nella legge delega 3 ottobre 2001, n. 366 e, riconoscendo cittadinanza agli strumenti dell'evoluzione tecnologica, appagano le esigenze di connessione, efficienza e competitività delle imprese azionarie e dei mercati [4]. Inoltre, come l'emergenza epidemiologica sta mostrando, le disposizioni permettono alle imprese l'utilizzo di canali essenziali per il funzionamento degli organi apicali – e il conseguente presidio dei rischi – in circostanze di sistema straordinarie che vietano o limitano gli spostamenti degli esponenti [5].

---

dell'impresa nel diritto interno e nella dimensione transnazionale, Dipartimento di Economia Aziendale dell'Università Roma Tre, Roma, 14-15 febbraio 2020). Ma per le s.r.l. rimangono i divieti di emissione di azioni, nonché di svolgimento delle attività riservate *ex* artt. 10 d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385 («t.u.b.») e 1, primo comma, lett. n) e quinto comma, d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 («t.u.f.»). I tipi speciali di s.r.l. non pongono, così e in principio, temi e problemi di gestione dei rischi tanto rilevanti quanto quelli implicati dalla grande s.p.a. e non sono direttamente interessati dall'armonizzazione europea della disciplina di cui si dirà nel prosieguo (su aree di regolazione statutaria derivate dalla s.p.a., infatti, S. CORSO, *S.r.l.-PMI aperte al mercato: scelte statutarie e diritti dei soci investitori*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, 877 ss.).

[2] Trib. Roma, 24 febbraio 1997, massima consultata in internet al seguente indirizzo: http://www.dejure.it.

[3] Par. 5.

[4] Cfr. artt. 2 e 4, ottavo comma, lett. a), l. n. 366/2001.

[5] Cfr. la delibera del Consiglio dei Ministri italiano in data 31 gennaio 2020, con la quale è stato dichiarato, per sei mesi dalla data del provvedimento (quindi fino al 31 luglio 2020), «lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili» (art. 1). In Italia, alla data d'invio di questo saggio alla Rivista ODC (27 marzo 2020), le norme sul contenimento dei rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus Covid-19, che incidono sull'attività degli organi di amministrazione e controllo nelle s.p.a., sono: (*i*) per tutte le persone fisiche, il divieto di trasferirsi o spostarsi in un comune diverso da quello in cui ci si trova e la raccomandazione di rimanere nel proprio domicilio, salvo che per comprovate esigenze lavorative, motivi di salute e situazioni di assoluta urgenza o, per brevi spostamenti, necessità; (*ii*) il divieto di mobilità per i soggetti indicati all'art. 1, primo comma, lett. c), d.p.c.m. 8 marzo 2020; (*iii*) la prescrizione di adottare, «in tutti i casi possibili, nello svolgimento di riunioni, modalità di collegamento da remoto»; (*iv*) la raccomandazione del «massimo utilizzo da parte delle imprese di modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza» (art. 1, primo comma, lett. b), d.p.c.m. 22 marzo 2020; art. 1, primo comma, n. 7), lett. a), d.p.c.m. 11 marzo 2020; artt. 1, primo comma e 2 d.p.c.m. 9 marzo 2020; art. 1, primo comma, lett. a), b) e q), d.p.c.m. 8 marzo 2020). Tali prescrizioni attuano gli artt. 1 e 2 d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, nella l. 5 marzo 2020, n. 13; sono efficaci fino al 3 aprile 2020; saranno sostituite dalle disposizioni attuative dell'art. 1 d.l. 25 marzo 2020, n. 19. La legislazione d'emergenza non prevede, allo stato, modalità di funzionamento degli organi in deroga

Proprio la centralità del governo dei rischi comporta, tuttavia, attenzione sull'applicazione degli artt. 2388 e 2404 c.c. Nella società per azioni, gli orga-

agli artt. 2388, primo comma e 2404, primo comma, c.c. e alle relative disposizioni statutarie attuative. L'art. 1, secondo comma, lett. ff), d.l. n. 19/2020, sulla possibilità di adottare fino al 31 luglio 2020 misure in deroga alla disciplina vigente, pare limitarsi alle «modalità di lavoro agile» nei rapporti di lavoro subordinato. L'art. 106, secondo comma, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, titolato «Norme in materia di svolgimento delle assemblee di società», sembra riferirsi alla partecipazione e assistenza telematiche dei componenti degli organi collegiali apicali alle assemblee di cui si dirà al par. 4.4 (v. anche la massima del Consiglio Notarile di Milano, 24 marzo 2020, n. 188, in www.consiglionotarilemilano.it e ASSONIME, *Q&A sulle assemblee a 'porte chiuse'*, Faq 1, 2020, in www.assonime.it). L'art. 73 d.l. n. 18/2020, con la rubrica «Semplificazioni in materia di organi collegiali», per la sua natura altrettanto eccezionale e le ragioni che saranno specificate, non sembra suscettibile di applicazione analogica alle adunanze *ex* artt. 2388 e 2404 c.c. (sul profilo, v. anche nt. 62 e la postilla in appendice). Si concorda, perciò, con la dottrina che indica la strada per arginare possibili *impasse* decisionali societari, durante lo stato di emergenza, non già nell'estensione delle citate norme (così, M. IRRERA, *Le assemblee (e gli altri organi collegiali) delle società ai tempi del Coronavirus (con una postilla in tema di associazioni e fondazioni*), 2020, 1 ss., 17, reperibile in internet al seguente indirizzo: http://www.ilcaso.it. Si sono espressi in favore dell'applicazione dell'art. 106 d.l. n. 18/2020 alle adunanze del consiglio di amministrazione, N. ATLANTE, M. MALTONI, C. MARCHETTI, M. NOTARI, A. ROVEDA, *Le disposizioni in materia societaria nel Decreto-legge Covid-19 (Decreto legge 17 marzo 2020, n. 18). Profili applicativi*, 2020, reperibile in internet al seguente indirizzo: http://www.federnotizie.it. La motivazione della massima del Consiglio Notarile di Milano, 11 marzo 2020, n. 187, par. 5, pare riferire il suddetto art. 106 pure alle adunanze del collegio sindacale e degli altri organi collegiali previsti dalla disciplina). Il percorso individuabile – invero, in termini non meno problematici – è l'applicazione delle clausole generali del diritto dei contratti e delle società, che possano, nel caso di riunione collegiale telematica celebrata nel corso dell'emergenza e in assenza di relativa clausola statutaria, legittimare il funzionamento organico o, quanto meno, escludere la fondatezza d'iniziative d'impugnazione delle delibere collegiali o di azioni di responsabilità nei confronti degli esponenti interessati, per non conformità allo statuto (il riferimento è, ad esempio: alla forza maggiore *ex* art. 1218 c.c., su cui M. IRRERA, (nt. 5), 18; alla diligenza di amministratori e sindaci nell'adempimento dei loro doveri gestori e di controllo *ex* artt. 2392 ss. e 2407 c.c.; all'abuso del diritto). Rimane l'incertezza di un'operazione ermeneutica che va verificata caso per caso, tenendo conto di varie circostanze (senza pretesa di completezza: il contenuto delle misure restrittive allo spostamento; l'oggetto dell'adunanza; il luogo di domicilio o residenza dei membri; la sede fisica dell'usuale convocazione dell'organo; la necessità o l'urgenza della delibera). È opportuno precisare che l'area critica derivante dal silenzio legislativo sembra interessare soprattutto la fase iniziale dell'emergenza sanitaria: trascorso un congruo lasso di tempo e perdurando le misure di contenimento del contagio, gli organi delle s.p.a. coinvolte potrebbero (e dovrebbero) promuovere e assumere le decisioni di modifica dello statuto. Va anche puntualizzato che il problema pare riguardare i procedimenti deliberativi apicali non tanto delle s.p.a. quotate e finanziarie, quanto delle s.p.a. chiuse. Gli statuti delle società azionarie vigilate, usualmente, già prevedono l'integrazione dell'opzione telematica *ex* art. 2388 e 2404 c.c. (v. par. 3). Mentre nelle s.p.a. chiuse, la criticità è anche quella della concreta adeguatezza o meno dell'organizzazione all'uso di mezzi di partecipazione a distanza non previsti statutariamente.

ni di amministrazione e controllo sono i registi dei processi di gestione delle alee d'impresa e i principali responsabili della loro adeguatezza. La riflessione critica sull'uso dei mezzi di telecomunicazione nelle riunioni di tali organi è, dunque, sollecitata da un duplice rilievo: l'uno di natura empirica; l'altro di natura giuridica [6]. Sotto il profilo dell'esperienza, ricavata e analizzata anche nella realtà dell'impresa, si osserva che la partecipazione a distanza è un tipo di relazione – meglio di comunicazione [7] – umana diversa dalla partecipazione fisica. Come si argomenterà, questa forma modifica ed esclude elementi importanti dell'interazione personale e può interferire con la corretta acquisizione, comprensione e discussione delle informazioni necessarie per la valutazione dei rischi.

Sotto il profilo giuridico, si constata che gli artt. 2388, primo comma e 2404, primo comma, c.c. integrano l'uso dei canali telecomunicativi nei procedimenti collegiali tipici delle s.p.a. [8]. Ma, come pure si motiverà, il tenore letterale delle suddette norme conserva una gerarchia delle modalità partecipative. Va poi sottolineato, in chiave sistematica, il rafforzamento della *ratio* del metodo collegiale nell'amministrazione e nei controlli della s.p.a. e la significativa estensione e qualificazione dei suoi requisiti e contenuti: sia nella novella *ex* d. lgs. n. 6/2003; sia nella regolazione UE e italiana "*post*-crisi", in tema di emittenti e intermediari finanziari. La collegialità è non solo strumento d'imputazione dei risultati e delle responsabilità decisionali ai componenti degli organi interessati, personalmente e in via solidale tra loro [9]. Essa costituisce

---

[6] Per l'importanza del connubio di analisi, C. ANGELICI e F. DENOZZA, Interventi alla Tavola Rotonda sul tema *Il metodo nel diritto commerciale*, Convegno *L'evoluzione tecnologica e il diritto commerciale*, cit.; ora C. ANGELICI, *In tema di metodo nel diritto commerciale*, in *Rivista ODC*, 2019, 389 ss., 395; F. DENOZZA, *La danza del realismo e della critica: riflessioni sul metodo giuridico*, *ivi*, 419 ss., 438.

[7] Il sostantivo è più adeguato poiché valorizza l'aspetto della trasmissione verbale o scritta di informazioni. Il termine relazione richiama, invece, il più ampio processo cognitivo che mette in rapporto diretto due o più persone e che, come si argomenterà, non si realizza in modo pieno con i mezzi di telecomunicazione.

[8] Nell'àmbito di una letteratura giuridica vasta sui connotati tipici, imperativi e inderogabili della collegialità nella s.p.a., fondamentali e con diverse impostazioni: P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, Cedam, 1974, 444 ss.; P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, Milano, Giuffrè, 1975, *passim*; M. SCIUTO, P. SPADA, *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. COLOMBO, G.B. PORTALE, 1*, Torino, Utet, 2004, 1 ss., 67 ss.; G. ZANARONE, *Il ruolo del tipo societario dopo la riforma*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum *G.F. Campobasso*, 1, Torino, Utet, 2007, 55 ss., 86 e 87. La riflessione più recente si legge in V. PINTO, in *Le società per azioni*, diretto da P. ABBADESSA, G.B. PORTALE, 1, Milano, Giuffrè, 2016, *sub* art. 2380-*bis* c.c., 1167 ss., 1177 ss.

[9] Sul rilievo di tale profilo anche per i limiti all'uso dei processi e dati digitali da parte degli

anche, meglio prima ancora, il presidio «forte» [10] per l'adeguatezza e l'efficacia dei percorsi deliberativi nel governo dei rischi d'impresa; rischi sistemici sempre più numerosi, complessi e difficili da prevedere, identificare e sorvegliare, anche come conseguenza delle nuove tecnologie [11].

amministratori, R. SACCHI, Intervento alla Presentazione dei temi proposti nella *call for papers L'evoluzione tecnologica e il diritto commerciale*, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma "Sapienza", 19 giugno 2018.

[10] La qualificazione è di M. SCIUTO, P. SPADA, (nt. 8), 68.

[11] All'indomani della crisi, F. VELLA, *Il rischio: questo sconosciuto*, in *A.G.E.*, 2009, 161 ss. Gli sviluppi normativi segnalati vanno considerati alla luce del pensiero classico sulla collegialità nell'organizzazione societaria (M. MIOLA, *Prefazione* ad A. VENDITTI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli, Esi, 2015, riproduzione anastatica dell'edizione Napoli, Jovene, 1955, IX ss., X). Il dibattito giuscommercialisitico – intrecciato con quello di matrice amministrativistica – ha, da tempo, indicato il valore della collegialità, quale metodo utilizzato «dall'ordinamento per realizzare la combinazione di più volontà […] individuali in unitaria volontà del contesto»; metodo che consente – o dovrebbe consentire – il naturale adeguamento delle responsabilità ai poteri gestori (A. VENDITTI, (nt. 11), 3, dal quale la citazione; dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 6/2003 e in termini problematici, G. OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 471 ss., 483 ss.). La discussione si è, così, concentrata sull'individuazione delle ragioni della collegialità; sugli interessi di volta, in volta tutelati; sui requisiti necessari del procedimento, che variano a seconda della struttura e degli organi (per i riferimenti essenziali in àmbito amministrativistico, R. VILLATA, voce "*Collegi Amministrativi*", in *Enc. giur. Istituto della enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani*, VI, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1988, 1 ss.). Ai limitati fini di queste note, si osserva che l'interesse al governo dei rischi d'impresa pare profilo trasversale a tutte le funzioni del metodo collegiale negli organi amministrativo e di controllo delle s.p.a., argomentate dalla dottrina (e tra loro collegate): la funzione «ponderatoria» delle decisioni gestorie, svolta attraverso la discussione; quella «compositoria» degli interessi coinvolti, garantita innanzitutto dalla presenza contestuale dei componenti dell'organo; di fondamento della responsabilità personale e solidale, assolta in virtù dell'atto deliberativo; di garanzia per la c.d. «unità di gestione» (V. PINTO, (nt. 8), 1178 ss.). Va, inoltre, puntualizzato che l'espressione "rischi d'impresa", richiamata nella letteratura giuscommercialistica (G. ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*, Milano, Giuffrè, 1967 e F. DENOZZA, *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali*, Milano, Giuffrè, 1973), è stata a lungo ignorata dall'ordinamento e connotata da significato e perimetro incerti (F. CAVAZZUTI, voce "*Rischio d'impresa*", in *Enc. dir. Aggiornamento*, IV, Milano, Giuffrè, 2000, 1093 ss.). L'accento sul nesso con la collegialità, maturato dopo la crisi economico-finanziaria del 2007, ha comportato che la locuzione "rischi d'impresa o aziendali" abbia ora espressa e insistente cittadinanza normativa (v., significativamente, Capitoli 1 e 3, Titolo IV, Parte Prima, Disposizioni di vigilanza per le banche della Banca d'Italia, approvate con circolare 17 dicembre 2013, n. 285 e successive modificazioni, «Disposizioni di vigilanza per le banche»; Commento *sub* art. 7, terzo capoverso, Codice di Autodisciplina del Comitato per la *Corporate Governance*, luglio 2018, «Codice di Autodisciplina»; art. 6 Codice di Autodisciplina approvato il 31 gennaio 2020, applicabile dal primo esercizio successivo al 31 dicembre 2020, «Codice di Autodisci-

Rispetto alle evidenze ed evoluzioni funzionali di disciplina appena accennate si pone, allora, il problema della previsione e dell'uso dei mezzi di partecipazione a distanza. La questione proposta non riguarda l'indagine, già approfondita dalla dottrina, in merito alle modalità tecnico-attuative idonee ad assicurare le fasi dell'*iter* deliberativo formale e tipico. L'interrogativo è a monte: se gli strumenti di telecomunicazione consentiti dagli artt. 2388 e 2404 c.c. possano essere previsti dagli statuti, utilizzati nel governo delle s.p.a. e, trattandosi di emittenti e intermediari finanziari, resi trasparenti al mercato e comunicati alle Autorità di vigilanza, come forme alternative ed equivalenti alla partecipazione fisica; oppure se, come si ritiene e s'illustrerà, l'ammissibilità e l'utilizzo di questi canali incontrino limiti desumibili dagli artt. 2388 e 2404 c.c. e dall'apprezzamento delle suddette norme nella cornice di disposizioni e interessi imperativi in materia di percorsi decisionali sulla gestione e sul controllo dei rischi azionari [12].

2. *Il piano e le finalità dell'analisi.*

Individuati i problemi di fondo, lo studio sarà sviluppato come segue. La prima parte sarà dedicata alla ricognizione dei contenuti degli artt. 2388, primo comma e 2404, primo comma, c.c. e al richiamo alla prassi statutaria [13]. La seconda parte sarà destinata al quadro empirico, normativo e comparato dal quale si argomenta la necessità di un uso dei mezzi telematici suppletivo alla presenza e presidiato nell'organizzazione della s.p.a. [14]. Nella terza parte, si formuleranno proposte interpretative e applicative sulla previsione e sull'utilizzo della partecipazione a distanza, con riguardo ai momenti decisionali ritenuti più importanti e critici per il governo dei rischi, anche tenendo conto delle scelte di altri ordinamenti europei [15]. S'indulgerà, infine, sull'informazione agli investitori e sulla vigilanza prudenziale. Tali aspetti sono essenziali nella

plina 2020»). In questo studio, ci si riferirà ai rischi d'impresa in senso ampio: ossia ai rischi di perdite imputabili all'attività d'impresa e conseguenti all'insieme di condotte e circostanze, endogene ed esogene (organizzative, patrimoniali, finanziarie, produttive, contrattuali, di mercato, ambientali, sanitarie), in cui essa viene svolta.

[12] La chiave per l'apprezzamento dei nuovi fenomeni tecnologici nel diritto commerciale è la riflessione sugli interessi tutelati e sulle libertà consentite: così, V. DI CATALDO e M. RICOLFI, Interventi in occasione della Presentazione, (nt. 9).

[13] Par. 3.

[14] Parr. 4, 5 e 6.

[15] Par. 7.

disciplina di emittenti e intermediari finanziari e, insieme all'autonomia d'impresa e alle responsabilità di esponenti e società, possono garantire l'effettiva funzionalità dei canali telematici alla prevenzione, individuazione e gestione delle alee [16].

Il piano e le finalità dell'indagine meritano due puntualizzazioni.

È doveroso innanzitutto precisare che, sebbene i problemi delineati possano riferirsi ad ogni modello azionario e sistema di *governance*, gli aspetti più interessanti e incerti si ravvisano – e, quindi, saranno approfonditi – rispetto alle s.p.a. aperte e finanziarie [17]: sia per la maggiore diffusione, in tali realtà d'impresa, dei mezzi di telecomunicazione, dovuta anche alla compensazione dei costi con i vantaggi per la società; sia per l'incidenza dell'opzione telematica su rischi più rilevanti, su istanze più variegate ed estese, su processi informativi e decisionali più articolati [18].

Si specifica, in secondo luogo, che la presente riflessione intende offrire un contributo per il miglior utilizzo dei mezzi dell'evoluzione comunicativa: non dunque per escluderli, rendendo gravose le condizioni della loro attuazione; ma per garantirne l'uso adeguato e valorizzarne l'efficienza. Nell'attuale contesto storico, economico e sociale è indubbia l'importanza – meglio, l'essenzialità – d'integrare nell'organizzazione dell'impresa gli strumenti della co-

[16] Parr. 8, 9 e 10.

[17] Per s.p.a. aperte o emittenti s'intendono le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio *ex* artt. 2325-*bis* c.c. e 113 ss. t.u.f. Per s.p.a. o intermediari finanziari s'intendono le banche *ex* artt. 10 ss. t.u.b. Le osservazioni svolte in questo lavoro possono estendersi, tenuto conto delle affinità di *governance*: (*i*) alle s.p.a. che svolgono servizi e attività di investimento *ex* art. 18 t.u.f.; (*ii*) alle società di gestione del risparmio *ex* art. 32-*quater* t.u.f.; (*iii*) alle s.p.a. finanziarie *ex* artt. 106 ss. t.u.b.; (*iv*) alle imprese di assicurazione *ex* d. lgs. 7 settembre 2005, n. 209, *Codice delle assicurazioni private*. Va, inoltre, segnalato che, secondo i dati pubblicati da Consob, 227 società quotate su 231 hanno scelto il sistema di amministrazione e controllo c.d. tradizionale *ex* art. 2380-*bis* ss. c.c. (CONSOB, *Relazione per l'anno 2017*, Roma, 31 marzo 2018, 87; ID., *Rapporto 2018 sulla* corporate governance *delle società quotate italiane*, Roma, 18 marzo 2019, 3, entrambi in www.consob.it). Fanno eccezione: Intesa Sanpaolo s.p.a., Cattolica Assicurazione soc. coop. p.a. e Ubi Banca s.p.a., che hanno adottato il sistema monistico; S.S. Lazio s.p.a., che ha scelto il sistema dualistico. Il modello tradizionale è decisamente prevalente anche nelle s.p.a. chiuse: v. i dati al 31 dicembre 2018 estratti dal Registro delle Imprese, a cura dall'Osservatorio delle società e delle imprese, con la collaborazione di Infocamere, in www.milomb.camcom.it.

[18] R. COSTI, *La responsabilità sociale dell'impresa e il diritto azionario italiano*, in AA. VV., *La responsabilità dell'impresa. Per i trent'anni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, Giuffrè, 2006, 83 ss., 84. Sulle «proporzioni potenzialmente dirompenti» dei rischi implicati nella grande impresa, v. adesso M. MAUGERI, *Informazione non finanziaria e interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 2019, 992 ss., 1008.

municazione a distanza per l'attività degli organi apicali. Proprio in virtù di questa osservazione e in armonia con quanto sta emergendo dal dibattito generale [19] e dagli stessi sviluppi dell'emergenza sanitaria, si ritiene altrettanto importante che l'adozione dei collegamenti "da remoto" sia supportata da regole e prassi che ne assicurino un'applicazione conforme alle ragioni e ai contenuti legislativi; ne permettano i benefici per la sorveglianza delle alee e la tutela delle posizioni interessate; ne mitighino i limiti.

L'analisi mostrerà il ruolo fondamentale degli statuti a questi fini (nelle s.p.a. quotate e finanziarie, anche in rapporto con i regolamenti degli organi collegiali). L'autonomia statutaria e organizzativa può costituire la cornice di sintesi tra gli interessi imperativi e dispositivi coinvolti nella materia che qui rileva. Essa permette di conciliare le diverse esigenze di cogenza ed elasticità implicate dall'attuazione dei regimi *ex* artt. 2388, primo comma e 2404, primo comma, c.c. e, dunque, può risolversi in superiore vantaggio competitivo per l'impresa e in fattore di maggiore efficienza e stabilità per il sistema nel suo complesso [20].

3. *L'ampiezza apparente degli artt. 2388, primo comma e 2404, primo comma, c.c. e l'uniformità della prassi statutaria.*

Avviando l'indagine dal dato legislativo, a una prima lettura gli artt. 2388, primo comma e 2404, primo comma, c.c. sembrano recepire la possibilità della partecipazione a distanza alle riunioni degli organi di amministrazione e controllo con latitudine [21]. Va subito notata la collocazione sistematica: l'op-

[19] G. SCOGNAMIGLIO, Intervento al Convegno *L'evoluzione tecnologica e il diritto commerciale*, cit., ha sottolineato «la necessità di regolare il fenomeno tecnologico» nell'impresa; *adde*, M. CAMPOBASSO, *Il futuro delle società di capitali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, I, 138 ss., 153. L'esigenza di norme per «cogliere» i benefici della tecnologia è avvertita non solo da sensibilità giuridiche: così, infatti, C. ACCOTO, Intervento all'incontro *Noi e l'A.I.*, Milano, 16 novembre 2019.

[20] Nella nostra dottrina, V. SANTORO, Intervento alla Presentazione, (nt. 9). La prospettiva di sistema nell'uso degli strumenti tecnologici è sottesa agli interventi normativi europei e si è già tradotta in iniziative per la *governance* delle società: cfr. comunicazione Commissione UE 8 marzo 2018, COM (2018), 109 final; direttiva (UE) 2019/1151 del 20 giugno 2019.

[21] Si riporta, per utilità del lettore, il testo delle norme. Art. 2388, primo comma, c.c.: «Per la validità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione è necessaria la presenza della maggioranza degli amministratori in carica, quando lo statuto non richiede un maggior numero di presenti. Lo statuto può prevedere che la presenza alle riunioni del consiglio avvenga anche mediante mezzi di telecomunicazione». Art. 2404, primo comma, c.c.: «Il collegio sindacale

zione statutaria è inserita nelle disposizioni imperative dedicate alla «[v]alidità delle deliberazioni del consiglio» di amministrazione e alle «[r]iunioni e deliberazioni del collegio» sindacale. Ciò, come anticipato al paragrafo 1, attesta l'integrazione della modalità partecipativa telematica nelle forme del procedimento decisionale collegiale tipico [22].

Gli articoli in commento estendono, inoltre, il significato letterale di «presenza» e «riunione»: sostantivi riferiti non solo all'essere insieme in uno stesso luogo; ma anche all'essere in relazione gli uni agli altri con i «mezzi di telecomunicazione» [23]. Quest'ultima espressione richiama, poi, una categoria ampia; non qualificata da contenuti tassativi; che può essere via, via integrata dall'evoluzione tecnologica [24].

Le disposizioni in esame demandano, infine, la possibile previsione dei nuovi canali partecipativi allo statuto senza l'esplicitazione di limiti o condizioni, salvo che per il collegio sindacale [25].

Tale apparente ampiezza non risulta circoscritta neppure dal legislatore speciale del t.u.f e del t.u.b., che tace sulle forme della presenza alle adunanze degli organi di amministrazione e controllo nelle s.p.a. emittenti e finanziarie. Il silenzio è conservato anche dalle Autorità di vigilanza e in sede di autoregolamentazione [26].

---

deve riunirsi almeno ogni novanta giorni. La riunione può svolgersi, se lo statuto lo consente indicandone le modalità, anche con mezzi di telecomunicazione».

[22] P. M. SANFILIPPO, *Gli amministratori*, in *Diritto commerciale*, (nt. 1), 423 ss., 445; M. STELLA RICHTER JR., *Partecipare, intervenire e assistere alle adunanze degli organi collegiali delle società azionarie*, in *Riv. soc.*, 2013, 892 ss., 900.

[23] Ha sottolineato l'influenza della tecnologia digitale sul linguaggio, M. LIBERTINI, Intervento alla Presentazione, (nt. 9).

[24] Secondo la definizione dell'ISTITUTO DELLA ENCICLOPEDIA ITALIANA FONDATA DA GIOVANNI TRECCANI, *Dizionario enciclopedico italiano*, XII, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1970, 30, «telecomunicazione» è il «nome generico di ogni procedimento che permette di far pervenire a uno o a più corrispondenti delle informazioni di varia natura […] utilizzando un qualsiasi sistema di trasmissione». La dottrina suole ricomprendere nella nozione richiamata dagli artt. 2388 e 2404 c.c. sia il collegamento audiovisivo, sia quello telefonico, sia quello di scrittura interattiva: G. STRAMPELLI, in *Le società per azioni*, (nt. 8), *sub* art. 2388, 1286 ss., 1297; L. PICARDI, *ivi*, *sub* art. 2404, 1653 ss., 1657.

[25] Cfr. nt. 21. L'interpretazione prevalente, seguita dalla prassi, applica analogicamente la prescrizione dell'indicazione delle modalità di riunione del collegio sindacale al consiglio di amministrazione: per tutti M. IRRERA, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, 1, Bologna, Zanichelli, 2004, *sub* art. 2388, 724 ss., 726.

[26] Cfr. regolamento Consob, adottato con delibera 14 maggio 1999, n. 11971 e successive modificazioni («Regolamento Consob Emittenti»); Disposizioni di vigilanza per le banche; Codice di Autodisciplina, anche nella versione 2020.

Gli statuti degli emittenti considerati tendono, perciò, a consentire le opzioni *ex* artt. 2388, primo comma e 2404, primo comma, c.c. in termini ampi, con poche e pressoché uniformi specificazioni [27]. La partecipazione attraverso i mezzi di telecomunicazione è usualmente permessa – quale «possibilità» – per le riunioni del consiglio di amministrazione, del collegio sindacale, dei comitati esecutivi ed endoconsiliari, nonché per le adunanze degli organi collegiali nei sistemi dualistico e monistico. Non è solitamente disciplinata alcuna distinzione nell'uso delle varie tipologie di canali a distanza. La condizione espressa, in modo quasi *standard*, riguarda la necessità che siano rispettati il metodo collegiale e, quindi, le modalità tecniche idonee a consentire l'intervento, la discussione e la decisione di tutti i partecipanti in tempo reale [28]. Raramente sono prescritti presidi ulteriori [29].

L'impressione ricavata dalle clausole statutarie e dalle stesse relazioni *ex* art. 123-*bis* t.u.f. [30] è che la presenza fisica e quella telematica siano richiamate come forme partecipative alternative ed equivalenti. Ma, come si illustrerà nei paragrafi successivi, tale lettura non sarebbe conforme alle finalità e alle prescrizioni legislative, quali emergono dall'esame più approfondito di regole, presupposti e destinatari [31] della disciplina.

4. *La partecipazione fisica e a distanza alle riunioni e deliberazioni* ex *artt. 2388 e 2404 c.c.: due forme non equivalenti.*

4.1. *La telecomunicazione, i flussi informativi e il rischio di «*intellectual hazard*».*

Il rilievo appena formulato va chiarito innanzitutto soffermandosi sulle evidenze che qualificano, nella loro concretezza empirica, contesto e riflessi

[27] Sono stati considerati, senza pretesa di completezza, gli statuti di alcune, più importanti società con azioni quotate in Borsa Italiana s.p.a., incluse quelle bancarie e finanziarie.

[28] Le clausole recepiscono le condizioni circostanziate dalla giurisprudenza (per riferimenti G. STRAMPELLI, (nt. 24), 1296) e dagli orientamenti notarili (v. le massime della Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano, in www.consiglionotarilemilano.it).

[29] Per alcune eccezioni v. par. 7 ss.

[30] Le relazioni consultate indicano la frequenza della partecipazione alle riunioni, ma non ne specificano le modalità.

[31] Secondo i criteri individuati da P. SPADA, Intervento alla Tavola Rotonda, (nt. 6); ora ID., *Storicità, controversia e insegnamento: tre parole per qualche divagazione sul metodo del diritto commerciale*, in *Rivista ODC*, 2019, 451 ss., 453 ss.

applicativi degli artt. 2388, primo comma e 2404, primo comma, c.c. Come anticipato al paragrafo 1, il difetto di equivalenza tra presenza fisica e partecipazione a distanza è già desumibile, almeno in questo momento storico dell'evoluzione tecnologica, dall'esperienza comune. La presenza attraverso mezzi di telecomunicazione comporta di essere in un luogo diverso – sovente distante – da quello in cui avviene la riunione; di trovarsi in un tempo convenzionale distinto (si pensi alla possibile differenza di fuso orario); di comunicare attraverso canali che filtrano, escludono o accentuano importanti aspetti sensoriali, emotivi e razionali della persona. Tutti questi elementi connotano la situazione oggettiva nella quale si compie la relazione in termini profondamente diversi rispetto a quelli di un incontro diretto; e incidono sulla condizione soggettiva dei partecipanti (sia di coloro che comunicano "da remoto", sia di quelli riuniti nel medesimo spazio), sulla loro percezione della realtà, sullo svolgimento e sugli esiti del loro rapporto [32].

Con specifico riguardo all'oggetto del presente contributo, l'uso dei mezzi di telecomunicazione *ex* artt. 2388 e 2404 c.c. può condizionare il percorso e i risultati della valutazione dei rischi nell'impresa azionaria. Va sottolineato che il governo delle alee – soprattutto nelle s.p.a. aperte e finanziarie – è un processo articolato. Esso riguarda vari livelli e responsabilità della struttura societaria e trova il suo momento di pianificazione e sorveglianza strategiche nelle deliberazioni degli organi di amministrazione e controllo [33].

---

[32] Tali aspetti sono analizzati dalla scienza di settore che, da tempo, promuove l'integrazione tra relazioni «nel mondo fisico» e digitali, «in un'ottica positiva di salute sociale» (L. CHITTARO, *Il digitale che migliora le relazioni umane*, in *Il Sole 24 Ore*, 7 luglio 2019, 14). È appena il caso di sottolineare che le differenze segnalate si avvertono, pur con le nuove modalità di svolgimento dei rapporti sociali richieste dallo stato di emergenza in corso. La crisi conseguente all'epidemia da Covid-19 sta confermando l'importanza dell'integrazione tra le diverse forme relazionali. Ai fini che interessano, si osserva che il canale telematico può favorire la concentrazione del singolo sullo specifico oggetto di analisi, perché accelera e semplifica la trasmissione delle informazioni; evita gli spostamenti da un luogo all'altro; esclude le distrazioni che possono derivare dal cambiamento di contesto. Esso è, dunque, funzionale all'efficacia dei flussi informativi che precedono o seguono le riunioni degli organi e di cui si dirà. D'altra parte, la conoscenza e la comprensione della realtà nella sua complessità si compiono essenzialmente attraverso la presenza, l'incontro personale con gli altri.

[33] Da un'angolazione frastagliata, G. ROSSI, *Introduzione*, in *La* corporate compliance*: una nuova frontiera per il diritto?*, a cura di G. Rossi, Milano, Giuffrè, 2017, VII ss., X; M. S. SPOLIDORO, *La funzione di* compliance *nel governo societario*, *ivi*, 167 ss., 192 ss.; N. RONDINONE, *La* compliance *nel diritto dei gruppi di società*, *ivi*, 201 ss., 225 ss.; U. TOMBARI, *Governo societario,* compliance *e 'indagini interne' nella s.p.a. quotata*, *ivi*, 261 ss., 275 ss.; S. FULCO, M. VENTORUZZO, *Responsabilità civilistiche dei componenti gli organi di amministrazione e controllo e funzione di* compliance, *ivi*, 347 ss., 355 ss.

La complessità dell'attività di governo dei rischi si riscontra nello stesso funzionamento degli organi apicali e nell'importanza riconosciuta dalla normativa, dalla vigilanza e dall'autoregolamentazione non solo allo svolgimento delle sessioni, ma anche all'*iter* prodromico. La regolazione prescrive e promuove un'architettura societaria che – attraverso i canali formali preposti – assicuri adeguati flussi informativi all'interno degli uffici di vertice (prima, durante e dopo le adunanze), da questi verso gli azionisti e la struttura organizzativa e viceversa. In particolare nel modello della grande impresa, la partecipazione alle riunioni degli organi collegiali è affiancata, "irrobustita" e resa efficace da quel complesso di regole che dispongono la programmazione e la frequenza dell'attività, la preventiva e appropriata informazione dei componenti, l'interlocuzione effettiva con l'organizzazione aziendale e, nei limiti consentiti, con la compagine sociale [34]. La riunione costituisce il momento contestuale nel quale le cognizioni e riflessioni assunte e maturate dai singoli esponenti, attraverso l'attività pre-consiliare, dovrebbero essere chiarite, approfondite e discusse collettivamente, per le relative deliberazioni [35]. Pare emblematico che queste sedi tipiche ed imperative non siano per ora indebolite dall'integrazione (e dalla prospettiva d'integrazione [36]) delle tecnologie nei processi decisionali dell'impresa. Anzi. I nuovi rischi postulano in modo condiviso che le procedure e i dati digitali vengano identificati, pianificati e controllati dagli organi di vertice [37].

---

[34] Gli specifici profili di disciplina saranno richiamati ai parr. 4.4 e 7. L'importanza dei processi pre-consiliari è evidenziata dal COMITATO ITALIANO CORPORATE GOVERNANCE, *Relazione 2019 sull'evoluzione della* corporate governance *delle società quotate*, 54 ss., documento consultabile in internet al seguente indirizzo: http://www.borsaitaliana.it. Gli aspetti evidenziati costituiscono una differenza fondamentale rispetto alla regolazione delle decisioni deliberative nella s.r.l.: nella s.p.a. i flussi informativi preventivi non sono, come nella società *ex* art. 2462 c.c., «un elemento per equilibrare l'assenza di un confronto» collegiale (P. RAINELLI, (nt. 1), 240), ma un fattore per irrobustirlo.

[35] Significativamente, Commento all'art. 1, terzo, ottavo, nono e decimo paragrafo, Codice di Autodisciplina, rafforzato dall'art. 3 Codice di Autodisciplina 2020.

[36] R. M. AGOSTINO, Decision Making, *sistemi di responsabilità e interessi degli* stakeholder, Intervento al Convegno *L'evoluzione tecnologica e il diritto commerciale*, cit., 14 ss., dattiloscritto inedito consultato per la cortesia dell'a.

[37] G.D. MOSCO, Intervento al Convegno *L'evoluzione tecnologica e il diritto commerciale*, cit.; ID., *AI And Boards Of Directors: Preliminary Notes From The Perspective Of Italian Corporate Law*, 2020, in https://ssrn.com/abstract=3531924. Rileva, in primo luogo, la composizione degli organi di vertice, che deve garantire assortimento di competenze idoneo alla comprensione delle informazioni digitali (B. BRÉHIER, Intervento al Convegno sul tema *Dieci anni di innovazione finanziaria: un bilancio*, Associazione Europea per il Diritto Bancario e

Tuttavia, proprio sotto il profilo delle procedure informative e deliberative, la letteratura internazionale ha rilevato come, alla radice della crisi economica e finanziaria iniziata nel 2007, vi sia stato anche un problema di «*intellectual hazard*» degli esponenti e organi apicali. Si è in particolare riscontrata «la tendenza» ad assecondare «pregiudizi comportamentali» che possono «ostacolare riflessioni e analisi precise»; interferire con la comunicazione, l'esame e l'attuazione delle informazioni [38]. Anche in Italia si sta riflettendo sullo sviluppo del processo cognitivo nelle decisioni collegiali (non solo delle società per azioni) [39]. E si è constatato che sovente le «trappole» risiedono nelle «scorciatoie mentali» di semplificazione della realtà e di rapidità decisionale, dovute sia ai limiti soggettivi della persona umana, sia ai fattori esterni che possono influenzarla.

Alla luce di queste pur sintetiche considerazioni, si ritiene che la partecipazione alle riunioni degli organi di amministrazione e controllo attraverso i mezzi di telecomunicazione sia uno dei fattori che possono condurre alle criticità segnalate. Il problema, ad avviso di chi scrive, non è solo quello della trasmissione di informazioni e documenti, della riservatezza di questi flussi e della possibilità di intervenire nel dibattito in tempo reale [40]. Il problema è an-

---

Finanziario, Milano, 22 novembre 2019). È, poi, essenziale la definizione strategica di assetti adeguati alla verifica *ex ante* e al controllo *ex post* dei rischi telematici, quali: i conflitti di interesse, i risultati assurdi conseguenti a processi automatizzati, gli errori o i pregiudizi nell'inserimento dei dati (C. WEBER, *Neural Networks in The Boardroom. A.I. and Management Decisions* e M. HORN, *Conflicts of Interest in the Digital Age*, Interventi al Convegno *Corporate Strategy and Governance in the Digital Age*, Università degli Studi di Milano, Corso di dottorato in diritto comparato, privato, processuale civile e dell'impresa, Milano, 8 novembre 2019). Le sedi decisionali apicali rimangono, infine, determinanti per le responsabilità gestionali dei processi (C. PICCIAU, *The (Un)Predictable Impact of Technology on The Distribution of Corporate Powers and Responsibilities*, Intervento al Convegno *Corporate Strategy and Governance in the Digitale Age*, cit.).

[38] G.P. MILLER, G. ROSENFELD, *Intellectual Hazard: How Conceptual Biases in Complex Organizations Contributed to the Crisis of 2008*, *New York University Law and Economics Working Papers*, 2009, 1 ss., 4, reperibile in internet al seguente indirizzo: https://lsr.nellco.org/nyu_lewp/198 (la traduzione citata nel testo è a cura di chi scrive); G. MILLER, *Trust, Risk, and Moral Hazard in Financial Markets*, Bologna, il Mulino, 2011, 89 ss.; CLAIRE A. HILL, A *Personality Theory of Sophisticated Investor Decision-Making (In the 2008 Financial Crisis), with Some Policy Implications*, 2016, https://ssrn.com/abstract=2902917.

[39] F. VELLA, *Arbitri e giudici che decidono*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 312 ss., 317 e 320, dal quale le citazioni nel capoverso successivo. In àmbito finanziario, v. i saggi in *A.G.E.*, 2012, *Finanza comportamentale. Investitori a razionalità limitata*, a cura di U. Morera e F. Vella.

[40] Del resto, nella *governance* degli emittenti nazionali, tali problemi non sono stati ancora risolti: v. le criticità segnalate e la raccomandazione formulata dal COMITATO ITALIANO COR-

che quello dei modi e tempi di elaborazione individuale e collettiva delle informazioni. La lontananza dal luogo in cui si celebra la sessione e dai partecipanti presenti in senso proprio può essere motivo di minore attenzione, comprensione o sensibilità rispetto agli argomenti dibattuti e può assecondare forme di *path dependence*. La distanza può, al contempo, attenuare l'ascolto e l'empatia reciproci e, così, indebolire aspetti altrettanto necessari ai fini della modulazione delle informazioni e di una dialettica ponderata e costruttiva. Più in generale, la comunicazione attraverso la tecnologia, nelle sue diverse declinazioni, riduce la ricchezza e altera l'equilibrio degli elementi che fondano relazioni e decisioni contestuali [41]. Essa può anche favorire la pericolosa illusione di processi decisionali "senza limiti", portando a determinazioni che sono l'esito di confronti veloci ed istantanei, piuttosto che di una collegialità vagliata e maturata. Tutto ciò implica il rischio di una percezione delle alee d'impresa parziale o erronea: in difetto o anche in eccesso [42].

L'utilizzo dell'opzione telematica nei processi collegiali della società azionaria pare, dunque, doversi apprezzare comparandone i limiti intrinseci o – se si preferisce – i costi di agenzia ineliminabili [43], con i vantaggi che, nel caso specifico, essa può comportare per l'organizzazione societaria e il suo funzionamento più snello, flessibile e tempestivo.

PORATE GOVERNANCE, (nt. 34), 55 ss., 57, sui cui anche P. MARCHETTI, F. GHEZZI, M. VENTORUZZO, C. MOSCA, M. BIANCHI, M. MILIC, *Aggiornamento sulla* governance *delle società quotate italiane*, in *Riv. soc.*, 2019, 859 ss., 878 ss.

[41] «Gli ingredienti di una buona decisione sono 'sia il ragionamento che le emozioni, ma la giustapposizione di questi elementi non basta, essendo necessario che processo del ragionamento e processo emozionale convergano per generare un comportamento ottimale'»: S. GIRONDE, *La neuroeconomia*, Bologna, il Mulino, 2010, 70, citato da F. VELLA, (nt. 39), 312, nt. 1. L'alterazione varia anche in base alla tipologia di telecomunicazione. Si pensi alla differenza tra: il collegamento in video-conferenza, che consente la visione e l'ascolto tra i partecipanti; quello esclusivamente vocale; o quello di scrittura simultanea. Per il rilievo normativo di tali differenze, v. i riferimenti citati nella postilla in appendice. Sulla prudenza nell'utilizzo dei diversi canali telematici, a tutela della certezza, trasparenza ed effettività dell'attività deliberativa, già C. SANDEI, *Informatizzazione del procedimento assembleare e principio di parità di trattamento dei soci. Prime considerazioni*, 1 ss., 4 ss., 2011, reperibile in internet al seguente indirizzo: http://www.orizzontideldirittocommerciale.it.

[42] U. MORERA, E. MARCHISIO, *Finanza, mercati, clienti e regole … ma soprattutto persone*, in *A.G.E.*, 2012, 19 ss., 20 e 22 ss.; M. VENTORUZZO, *Reflections on the Notion Of Reasonable Investor*, in *Riv. soc.*, 2019, 1296 ss., 1298 ss.

[43] L'assimilazione tra rischio di «azzardo intellettuale» e costi di agenzia è argomentata da G. P. MILLER, G. ROSENFELD, (nt. 38), 33.

4.2. *La presenza di amministratori e sindaci alle adunanze collegiali quale regola inderogabile nel codice civile.*

Le distinzioni e problematiche descritte sono avvertite dal nostro legislatore. Riportando l'attenzione agli artt. 2388, primo comma e 2404, primo comma, c.c., va notato che l'uso dei mezzi di telecomunicazione non è consentito direttamente dalle disposizioni citate, ma può essere permesso dallo statuto [44]. L'opzione telematica si aggiunge, inoltre, alla prescrizione della presenza fisica ma non può escluderla, come espresso dalla congiunzione «anche». È allora opportuno puntualizzare le considerazioni formulate al paragrafo precedente con la sottolineatura del rigore e del significato di queste scelte normative.

Nel nostro ordinamento, la forma di partecipazione tipica e imperativa per la validità delle riunioni e deliberazioni degli organi di amministrazione e controllo è la «presenza» in senso proprio della maggioranza dei componenti in carica [45]. Tale regola non può essere derogata ed è suscettibile d'integrazione soltanto per decisione degli azionisti [46] e nell'atto fondativo che regola il funzionamento della società.

La severità di questi assetti è coerente con le disposizioni collegate. Differenziandosi dai sistemi di altri Stati UE [47] e da quello della s.r.l. domestica [48],

---

[44] L'osservazione è anche, in termini critici, di L. PICARDI, (nt. 24), 1657. Un orientamento notarile ha interpretato l'(analoga) lettera dell'art. 2370, quarto comma, c.c., nel senso di consentire l'intervento telematico all'assemblea delle s.p.a. "chiuse", anche nel silenzio dello statuto e purché nel rispetto dei «principi del metodo collegiale» (massima del Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, settembre 2017, H.B.39, in www.notaitriveneto.it). In aggiunta agli argomenti sviluppati nello studio, va notato che le norme eccezionali per l'emergenza da Covid-19 richiamate alla nt. 5 sottintendono l'esclusione di tale linea ermeneutica (M. IRRERA, (nt. 5), 7).

[45] Ciò, in continuità con il regime prescritto fin dall'art. 141 codice di commercio del 1882.

[46] Della totalità o della maggioranza dei soci, a seconda della sede sociale di decisione (approvazione dell'atto costitutivo *ex* art. 2328 c.c. o deliberazione assembleare di modifica statutaria *ex* art. 2365 c.c.).

[47] Nell'ordinamento tedesco, cfr. § 77 e 108, secondo e terzo comma, *Aktiengesetz* 6 settembre 1965 e successive modificazioni («AktG»; il testo è stato consultato nella traduzione italiana di P. AGSTNER, F. BORDIGA, *Legge sulle società per azioni della Repubblica federale tedesca*, Milano, Giuffrè, 2014). Nell'ordinamento francese, v. artt. L225-37, primo e secondo comma, L225-82, secondo comma, R225-19 e R225-46 *Code de Commerce* («CC»). Nell'ordinamento spagnolo, v. artt. 247, secondo comma, 248 e 529 *quáter*, secondo comma, R. D. lgs. 2 luglio 2010, n. 1, *Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital* («LSC»).

[48] Art. 2475, quarto comma, c.c., ove la mancanza dello svolgimento della riunione non esclude la collegialità della decisione (cfr. Relazione al d. lgs. n. 6/2003, (nt. 1), *sub* 11, 166). P. RAINELLI, (nt. 1), 243, scrive di atti collegiali «in termini volontaristici».

l'art. 2388, terzo comma, c.c. vieta l'espressione del voto per rappresentanza e non prevede la possibilità di decisioni adottate mediante consultazione o sulla base del consenso espressi per iscritto [49].

Sotto il profilo degli interessi tutelati e rilevanti per questo studio, le norme richiamate sollecitano l'attenzione su due aspetti della volontà legislativa. L'architettura di fonti *ex* artt. 2388 e 2404 c.c. segnala che il regime di partecipazione al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale non è un mero momento organizzativo interno agli organi; ma costituisce un criterio portante della struttura della società, per gli effetti endosocietari e i riflessi di sistema che ne conseguono [50]. Per le stesse ragioni, la prescrizione della presenza, i divieti e le esclusioni *ex* artt. 2388 e 2404 c.c. pongono l'accento sulla finalità di preservare il «carattere nettamente collegiale» [51] dei percorsi decisionali apicali.

4.3. *L'attenzione per il funzionamento degli organi collegiali della s.p.a. nel d.lgs. n. 6/2003.*

Allargando l'orizzonte di analisi degli artt. 2388 e 2404 c.c., vanno ricordati altri importanti interventi normativi che valorizzano la presenza degli esponenti nelle adunanze degli organi collegiali e consentono di approfondire la *ratio* di questa impostazione.

La considerazione è rivolta, in primo luogo, alla disciplina del modello-base di s.p.a. Nella novella *ex* d. lgs. n. 6/2003, il «maggior 'costo' della collegialità è compensato da un'effettiva partecipazione di tutti i consiglieri alla

---

[49] Art. 2388, terzo comma, c.c., richiamato anche per gli organi di gestione nei sistemi dualistico e monistico (v. nt. 1). L'applicazione del divieto alle riunioni del collegio sindacale è implicita nella natura personale delle funzioni dei sindaci e nella cogenza dell'art. 2404, primo e secondo comma, c.c.: cfr. M. LIBERTINI, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. D'ALESSANDRO, 2, t. 2, Padova, Piccin, 2011, artt. 2380-2451 c.c., *sub* art. 2404, 251 ss., 251 e 252.

[50] C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, in *Trattato* Cicu-Messineo, Milano, Giuffrè, 2012, 193 ss., 201 e 202. Il richiamo a questi interessi è esplicitato dal legislatore: già Relazione illustrativa allo schema di disegno di legge delega per la riforma del diritto societario, in *Riv. soc.*, 2000, *sub* art. 4, par. 8, 25 ss., 44 e poi art. 4, primo comma, l. n. 366/2001.

[51] Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile, in *Collana Studi storici e giuridici*, diretta da G. ALPA, R. MAZZEI, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2010, *sub* 977, 217.

gestione della società» [52]. Come indicato sempre nella Relazione illustrativa, la disciplina in materia di amministrazione e controlli si è sviluppata con la finalità di «rendere efficaci ed utili le riunioni e le deliberazioni del consiglio» e definire con precisione e rigore le responsabilità personali e solidali che ne derivano [53].

Sulla scorta di soluzioni elaborate in àmbito bancario e finanziario, sono così previsti requisiti in capo agli amministratori, ai sindaci e ai membri degli organi dei sistemi dualistico e monistico. È prescritta una maggiore articolazione della struttura degli organi collegiali – in particolare, di quello gestionale – e dell'attività deliberativa. Sono aumentate le attribuzioni non delegabili dal consiglio di amministrazione. Sono individuati i flussi e i doveri informativi e di vigilanza all'interno (e tra) gli uffici societari [54].

Il legislatore consente all'autonomia statutaria di modulare alcuni contenuti normativi. Ma i princìpi imperativi citati richiedono l'adeguatezza di ogni modello azionario con collegialità nell'amministrazione a garantire che «le […] scelte» dei componenti degli organi siano «informate e meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato, e non di irresponsabile o negligente improvvisazione». Ciò, a presidio dell'equilibrata ponderazione e tutela dei vari rischi e interessi coinvolti [55] e ad «evitare […] indebite estensioni» della responsabilità solidale [56].

---

[52] Relazione al d. lgs. n. 6/2003, (nt. 1), *sub* 6.III.2, 147.

[53] Relazione al d. lgs. n. 6/2003, (nt. 1), *sub* 1.2, 133 ss., 147. Si può cogliere, nel passaggio citato, il segno degli scritti di A. VENDITTI, (nt. 11), 59, il quale, pur senza rigidità, ravvisava nella discussione «la più intima caratteristica, ed anche la più utile, del metodo collegiale».

[54] Cfr. artt. 2381, 2387, 2391, 2391-*bis* e 2392 c.c., richiamati, per il consiglio di gestione e di amministrazione nei modelli dualistico e monistico, dagli artt. 2409-*novies*, primo e secondo comma, 2409-*undecies*, primo e secondo comma e 2409-*noviesdecies*, primo comma, c.c. Per il collegio sindacale, v. artt. 2397 ss. c.c. applicati, in quanto compatibili, al consiglio di sorveglianza *ex* art. 2409-*quaterdecies* e al comitato per il controllo sulla gestione *ex* art. 2409-*octiesdecies*, sesto comma, c.c. La dottrina ha qualificato tali norme come «una vera rivoluzione»: F. BONELLI, *L'amministrazione delle spa nella riforma*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 700 ss., 704.

[55] Come è stato scritto, il procedimento definisce «il contenuto dell'azione» e «risponde ad un'esigenza di ponderazione o di motivazione delle decisioni»: L. FURGIUELE, *Funzione di controllo e procedimento nei sistemi di amministrazione della società per azioni: prime considerazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, 15 ss., 19 e 20. Per una connotazione recente delle istanze coinvolte, U. TOMBARI, *L'organo amministrativo di S.p.A. tra 'interessi dei soci' ed 'altri interessi'*, in *Riv. soc.*, 2018, 20 ss.

[56] Relazione al d. lgs. n. 6/2003, (nt. 1), *sub* 6.III.4, 148. In dottrina, O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, in *Trattato* Colombo-Portale, (nt. 8), 4, 1991, 264 e 265 e, più recentemente, M. STELLA RICHTER JR., (nt. 22), 899.

4.4. *L'idoneità degli esponenti e il rafforzamento dei processi decisionali nella s.p.a. quotata e finanziaria.*

È, infine, la disciplina sugli emittenti e sugli intermediari bancari a offrire argomenti sistematici significativi a conforto della tesi proposta in queste note; e a richiedere, come si preciserà ai paragrafi seguenti, una regolazione statutaria dell'opzione telematica conforme alla sana e prudente gestione degli enti finanziari. In queste realtà, il rafforzamento legislativo dell'attività degli organi apicali muove, infatti, da precise consapevolezze e tende verso precisi obiettivi. Le consapevolezze riguardano: da un lato, l'importanza dei «lavori» [57] degli organi di amministrazione e controllo nella pianificazione delle politiche sui rischi, presupposto ed effetto di assetti organizzativi adeguati [58]; dall'altro, la complessità delle alee e, dunque, la necessità di articolare funzioni, tempi e adempimenti per l'assunzione delle decisioni. Gli obiettivi sono quelli di irrobustire l'efficienza e l'efficacia delle riunioni attraverso connessioni, istruttorie e presidi dei processi [59] e l'impegno – in primo luogo, in termini di tempo – di ogni esponente a prendervi parte.

La collegialità nella gestione e nei controlli diventa, perciò, obbligatoria ed è integrata da prescrizioni altrettanto imperative che garantiscano: la composizione professionale e diversificata degli organi; l'idoneità di ciascun esponente alla gestione sana e prudente; la frequenza delle adunanze; l'estensione delle attribuzioni degli organi nel loro *plenum*; la definizione del sistema di deleghe e la preparazione delle deliberazioni; i flussi informativi con la struttura organizzativa e con la compagine sociale; l'interlocuzione con le Autorità di vigilanza [60]. E i vari, numerosi interventi presuppongono, favoriscono e ri-

[57] L'espressione è tratta e ripetutamente utilizzata dal Capitolo 1, Titolo IV, Parte Prima, Disposizioni di vigilanza per le banche.

[58] Sul rilievo, v. par. 6. In sede europea, il collegamento tra governo dei rischi e attività degli organi apicali fu avvertito sin dalla comunicazione della Commissione UE 21 maggio 2003 (par. 3.1.3), seguita dalla raccomandazione 15 febbraio 2005. Il percorso è stato, poi, accelerato dalla crisi economico-finanziaria del 2007 (v. Commissione UE 5 aprile 2011, COM (2011), 164 definitivo, par. 1; comunicazione 8 marzo 2018, COM (2018), 97 final, par. 4.2). Per tale nesso nella normativa italiana, V. CALANDRA BUONAURA, *L'impatto della regolamentazione sulla* governance *bancaria*, in *Banca, impr., soc.*, 2019, 27 ss., 31 ss.

[59] All'indomani della crisi G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, 137 ss., 142 ss. e 159. La crescente complessità strutturale della grande impresa azionaria è stata fotografata da P. MARCHETTI, Intervento alla Tavola Rotonda, (nt. 6); ora ID., *Sul metodo del diritto commerciale*, in *Rivista ODC*, 2019, 439 ss., 445 ss.

[60] I profili saranno ripresi al par. 7. Meritano di essere già richiamati: i requisiti di onorabi-

chiedono la partecipazione personale delle cariche apicali alla vita organica dell'ente [61].

Si può, perciò, riscontrare un percorso diverso da quello che interessa (e sta interessando) l'assemblea, dovuto alle differenti posizioni, competenze e responsabilità. Per il funzionamento di quest'ultima la normativa estende i canali di comunicazione a distanza, allo scopo di favorire la «costituzione del gruppo deliberante» e l'intervento, meglio, la partecipazione delle diverse "anime" e categorie della compagine sociale alla sorveglianza strutturale della s.p.a. quotata o finanziaria [62]. Per l'esercizio dell'impresa vigilata, invece, la

---

lità, conoscenza, competenze, esperienza e di tempo richiesti agli esponenti di vertice; i limiti per il cumulo di incarichi; le politiche di diversità nella composizione dell'organo di gestione; la costituzione dei comitati endoconsiliari (art. 91 ss. direttiva 2013/36/UE del 26 giugno 2013; art. 1 direttiva 2014/95/UE del 22 ottobre 2014; artt. 123-*bis* e 147-*ter* ss. t.u.f.; artt. 26 e 52 ss. t.u.b.; art. 1 d. lgs. 10 maggio 2019, n. 49). I princìpi sono attuati nella normativa secondaria e di autodisciplina: v. Schema del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze sul c.d. *fit and proper*, pubblicato per la consultazione conclusa il 22 settembre 2017; Capitoli 1 e 3, Titolo IV, Parte Prima, Disposizioni di vigilanza per le banche; artt. 1-4 Codice di Autodisciplina, anche nella versione 2020.

[61] Art. 91, secondo e settimo comma, direttiva 2013/36/UE e 18° Considerando direttiva 2014/95/UE.

[62] Cfr. artt. 2370 ss. c.c. e 125-*bis* ss. t.u.f. Tali disposizioni avevano già portato a interrogarsi sulla necessità o meno di un luogo fisico per la celebrazione dell'assemblea: S. ROSSI, *Diritti di partecipazione degli azionisti e collegialità nell'assemblea delle società quotate*, in *Rivista ODC*, 2014, 1 ss., 5 ss. (dalla quale la citazione nel testo), in termini problematici rispetto a una «concezione» normativa del procedimento assembleare che, pur conservando la «funzione compositoria», può «prescindere dal dibattito»; E. BOCCHINI, Intervento alla Presentazione, (nt. 9); M. SCIUTO, *Il ruolo dell'assemblea dei soci nel tipo s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 337 ss., 344 e 345. All'interrogativo dà ora eccezionale riscontro l'art. 106, secondo e settimo comma, d.l. n. 18/2020, sulle assemblee ordinarie e straordinarie convocate nelle s.p.a. entro il 31 luglio 2020 o, se successiva, entro la data finale dello stato di emergenza connesso all'epidemia Covid-19. Tale norma – preceduta dalla massima del Consiglio Notarile di Milano 11 marzo 2020, n. 187 (nt. 5) – consente di prevedere, nell'avviso di convocazione e in deroga alle diverse disposizioni statutarie: (*i*) l'espressione del voto in via elettronica o per corrispondenza e l'intervento all'assemblea mediante mezzi di telecomunicazione; (*ii*) lo svolgimento dell'assemblea anche esclusivamente attraverso mezzi di telecomunicazione che garantiscano l'identificazione dei partecipanti, la loro partecipazione e l'esercizio del diritto di voto *ex* artt. 2370, quarto comma, c.c., senza in ogni caso la necessità che si trovino nel medesimo luogo il presidente, il segretario o il notaio (sulle cautele nell'applicazione della disposizione, ASSONIME, (nt. 5); M. STELLA RICHTER JR., *La collegialità nelle società di capitali al tempo della pandemia*, 2020, 2, reperibile in internet al seguente indirizzo: http://www.giustiziacivile.com). Questa scelta si affianca all'art. 73 d.l. n. 18/2020, in materia di organi collegiali di enti pubblici, associazioni private e fondazioni. Fino alla data di cessazione dello stato di emergenza, tali uffici possono riunirsi in videoconferenza e con i presidi prescritti, anche ove tale modalità non sia disciplinata dai rispettivi regolamenti. Con la prudenza di analisi richiesta

disciplina riafferma e connota l'*intuitus personae* degli esponenti e la convergenza effettiva e continuativa delle qualità, delle attribuzioni e delle disponibilità individuali nell'attività degli organi di vertice.

La scelta rigorosa di valorizzare il coinvolgimento di tutti i membri, con i rispettivi ruoli e poteri, sottolinea la funzione piena o – richiamando la dottrina amministrativistica – «reale», della collegialità rispetto alla programmazione dei processi e dei sistemi organizzativi, alla trasparenza dei percorsi e alla definizione delle responsabilità nella gestione dei rischi [63]. Per il conseguimento di tali scopi, anche l'uso della partecipazione alle adunanze e alle deliberazioni attraverso i mezzi di telecomunicazione assume rilievo significativo.

4.5. *Il governo dei rischi d'impresa e l'uso suppletivo (e presidiato) della partecipazione telematica.*

Riassumendo le conclusioni raggiunte, il nucleo normativo per la previsione e l'utilizzo degli strumenti telematici nell'attività degli organi di amministrazione e controllo della s.p.a. è costituito, nel nostro ordinamento, dagli artt. 2388 e 2404 c.c. Tali norme fondano i seguenti princìpi imperativi: (*i*) gli organi si riuniscono e deliberano collegialmente; (*ii*) i membri partecipano di persona alle adunanze e alle deliberazioni; (*iii*) la presenza «anche» con mezzi di telecomunicazione è consentita soltanto dallo statuto.

---

da una legislazione d'urgenza e in evoluzione, si osserva che le ragioni del differente regime per il momento destinato alle adunanze degli organi di amministrazione e controllo nelle s.p.a. (nt. 5) sembrano riconducibili alla composizione più numerosa di assemblee e organi dei citati enti e ai maggiori rischi di diffusione del virus connessi alle adunanze. Altresì e pur con le criticità rilevate alla nt. 5 e nella postilla in appendice, l'indirizzo legislativo pare tener conto della diversa natura e responsabilità delle funzioni di amministrazione e controllo nelle s.p.a.

[63] Par. 2.1, primo capoverso, Sezione III, Capitolo 1, Titolo IV, Parte Prima, Disposizioni di vigilanza per le banche. Sul «valore organizzativo» dell'attività del consiglio di amministrazione, P. FERRO-LUZZI, *L'esercizio d'impresa tra amministrazione e controllo*, in *A.G.E.*, 2007, 231 ss., 240. G. OPPO, *In tema di «invalidità» delle deliberazioni del consiglio di amministrazione delle società per azioni (a proposito di un libro recente)*, in *Riv. soc.*, 1967, 921 ss., 942, si riferisce alle deliberazioni collegiali dell'organo amministrativo, come agli atti «funzionali allo svolgimento del rapporto gestorio». V. ora M. SCIUTO, P. SPADA, (nt. 8), 71; C. ANGELICI, (nt. 50), 374 ss., 388; M. STELLA RICHTER JR., (nt. 22), 899. Nella dottrina pubblicistica, la distinzione tra «collegi reali», ove è necessaria la discussione, e «collegi virtuali», ove la composizione degli interessi può realizzarsi direttamente nella fase decisoria, è di S. VALENTINI, *La collegialità nella teoria della organizzazione*, Milano, Giuffrè, 1968, 188 e M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, 267, entrambi citati da R. VILLATA (nt. 11), 11.

L'analisi degli artt. 2388 e 2404 c.c., nel più ampio sistema di norme dedicate ai percorsi decisionali di governo dei rischi, fornisce all'autonomia d'impresa due altre, importanti indicazioni: il riconoscimento legislativo di una funzione suppletiva dei canali telematici, vale a dire complementare e integrativa della presenza in senso proprio; la necessità di un loro utilizzo regolato e presidiato, soprattutto nella *governance* di emittenti e intermediari finanziari. In conformità alla gerarchia di fonti e ai contenuti *ex* artt. 2388 e 2404 c.c., il collegamento a distanza è permesso qualora vi sia un impedimento alla partecipazione fisica [64]. In tali circostanze, l'opzione completa la regola imperativa e ne preserva la *ratio*, colmando la carenza nel funzionamento degli organi. E l'effettivo assolvimento di questa funzione richiede un'adeguata disciplina nell'organizzazione sociale.

La presenza telematica è, in altre parole, una facoltà compresa dallo statuto nell'obbligo degli esponenti di prendere parte alle riunioni degli organi, per garantire e rafforzare [65] gli interessi che fondano la tipicità, l'imperatività e l'incisività delle decisioni collettive nei processi di controllo dei rischi. Ma in assenza di salvaguardie idonee, il suo utilizzo può privare l'incontro collegiale di elementi necessari a risoluzioni davvero efficienti ed efficaci, senza vantaggio compensativo per la società, anzi, con pregiudizio per la stessa.

5. *Gli spunti dalle norme e prassi di alcuni Stati UE.*

L'area critica consiste, allora, nell'elaborare soluzioni di disciplina statutaria e organizzativa nel rispetto dei princìpi indicati e con il contemperamento delle esigenze coinvolte [66]. Prima di formulare proposte applicative specifiche, è interessante soffermarsi sulle scelte di taluni ordinamenti UE: sia per tener conto del più ampio contesto di operatività e competitività delle imprese nazionali; sia per verificare ulteriori chiavi di lettura [67].

---

[64] L'impedimento può essere oggettivo o soggettivo; sul rilievo, v. par. 7.1.

[65] F. BARACHINI, V. PINTO, *Delle società, dell'azienda, della concorrenza*, a cura di D.U. Santosuosso, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, 2, Torino, Utet, 2015, *sub* artt. 2379-2451, 245 ss., 251.

[66] Sul problema nelle imprese vigilate, M. CERA, *Autonomia statutaria delle banche e vigilanza*, Milano, Giuffrè, 2001, 72.

[67] Lo sguardo sarà limitato agli ordinamenti di alcuni Stati UE, per la vicinanza al nostro. Elementi di interesse si ricavano, però, anche da sistemi più lontani. Secondo R. SANTAGATA, Intervento al Convegno *L'evoluzione tecnologica e il diritto commerciale*, cit., la distinzione argomentata in queste note trova conforto anche nel § 141, lett. (*i*), *Chapter* 1, *Title* 8, Dela-

Nell'ordinamento tedesco dell'*Aktiengesellschaft* la partecipazione con mezzi di telecomunicazione alle riunioni del consiglio di gestione (*Vorstand*) può essere prevista dal regolamento di tale organo [68]. Per l'attività del consiglio di sorveglianza (*Aufsichtsrat*) e dei suoi comitati la legge consente le deliberazioni assunte «in forma scritta, telegrafica o secondo altra modalità comparabile […] solo se nessun membro si oppone alla procedura»; e fatta salva «sempre una più precisa disciplina ad opera dell'atto costitutivo o del regolamento del consiglio» [69]. Merita, inoltre, segnalazione la recente modifica del codice tedesco di *corporate governance* per gli emittenti. Nella nuova versione, si specifica che «la partecipazione per telefono o per videoconferenza» alle adunanze del consiglio di sorveglianza «vale come presenza»; ma «ciò non dovrebbe costituire la regola» [70]. La raccomandazione pare, in effetti, già recepita negli statuti di alcune società che, con varietà e precisione, consentono la modalità telematica, purché disposta o proposta, caso per caso, dal presidente dell'organo interessato o approvata da tutti i componenti presenti[71].

Spunti significativi si ricavano anche dall'ordinamento francese sulla *société anonyme*. Il *Code de Commerce* permette che i regolamenti del consiglio di amministrazione (*conseil d'administration*) e del consiglio di sorveglianza (*conseil de surveillance*) considerino rilevante, «per il calcolo dei *quorum* e della maggioranza» deliberativi, la partecipazione attraverso mezzi di videoconferenza o di telecomunicazione, purché si tratti di canali «idonei [all'] identificazione e [alla] partecipazione effettiva» dei componenti [72]. Tale op-

ware Code, che differenza tra «presenza di persona» e «partecipazione» con telecomunicazione alle riunioni dell'organo di amministrazione e dei comitati endoconsiliari. In questa norma, l'opzione telematica è consentita, purché non diversamente disposto da atto costitutivo e statuto e gli strumenti siano idonei al reciproco ascolto dei partecipanti (il testo è consultabile in internet al seguente indirizzo: https://delcode.delaware.gov). Per i riferimenti alle disposizioni eccezionali degli Stati UE considerati in questo paragrafo, in materia di adunanze degli organi di amministrazione e controllo nelle società azionarie, durante lo stato di emergenza da Covid-19, si rinvia alla postilla in appendice.

[68] § 77, secondo comma, AktG: il regolamento può essere approvato dal consiglio di gestione o di sorveglianza ed essere vincolato, in singoli punti, dall'atto costitutivo.

[69] § 108, quarto comma, AktG.

[70] Cfr. raccomandazione e suggerimento D.8, *sub* par. 4, dedicato alle «riunioni e adozione delle decisioni», *Deutscher Corporate Governance Kodex* 9 maggio 2019. Il testo è stato consultato nella versione inglese pubblicata al sito www.dcgk.de. Le traduzioni citate in questo paragrafo e nei successivi sono a cura di chi scrive, salvo quelle riferite all'AktG, (nt. 47).

[71] Art. 11 statuto Deutsche Bank; art. 15 statuto Volkswagen; artt. 10 e 11 statuto Bayer; art. 14 statuto Commerzbank; art. 15 statuto Siemens; art. 14 Zalando SE. Gli statuti citati in questo paragrafo sono stati consultati nella versione disponibile ai siti *web* delle rispettive società.

[72] Artt. L225-37, terzo comma e L225-82, terzo comma, CC. Per la specificazione della na-

zione è soggetta alle seguenti, ulteriori limitazioni legislative. Innanzitutto, la partecipazione a distanza è vietata quando l'organo amministrativo o il consiglio di sorveglianza si riuniscono per decidere e svolgere i controlli sul progetto di bilancio di esercizio [73]. In secondo luogo, il legislatore permette allo statuto di: escludere *tout court* la partecipazione a distanza; ammetterla soltanto per alcune decisioni; prevedere un diritto di opposizione all'uso telematico da parte di un numero determinato di componenti [74]. Va precisato che gli statuti delle società quotate considerate non sembrano avvalersi di tale autonomia e rinviano alle condizioni normative e ai regolamenti dei rispettivi organi [75].

L'ordinamento spagnolo è altrettanto interessante per la prossimità al nostro. Il *Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital* prevede che il consiglio di amministrazione (*consejo de administración*) della *sociedad anónima* possa regolare il proprio funzionamento, salvo disposizione contraria dello statuto. L'espressione del voto per iscritto è ammessa quando nessun consigliere si opponga a tale procedura [76]. Per gli emittenti, si esplicita che i consiglieri debbono partecipare «personalmente» alle sessioni [77]; e che il regolamento dell'organo amministrativo deve contenere le «norme di regime interno e funzionamento» e le «misure concrete finalizzate a garantire la migliore ge-

tura e dell'uso di tali strumenti cfr. artt. 15 e 18 Décret del Conseil d'Etat n° 2002-803 del 3 maggio 2002.

[73] Art. L225-37, terzo comma, CC, che richiama gli artt. L232-1 e L233-16 CC; art. L225-82, terzo comma, CC, che richiama l'art. L225-68 CC. Si segnala che la disciplina previgente era ancor più rigida. Si prevedeva il divieto di riunioni telematiche per le seguenti delibere del consiglio di amministrazione: (*i*) nomina e revoca del presidente del consiglio di amministrazione; (*ii*) revoca del direttore generale e nomina e revoca del direttore generale delegato; (*iii*) determinazione della remunerazione di questi ultimi (art. L225-37, terzo comma, CC, nella versione precedente alle modifiche dell'art. 5 *loi* 26 luglio 2005, n. 842). Si vietavano, altresì, le riunioni telematiche per le seguenti decisioni del consiglio di sorveglianza: (*i*) nomina e revoca dei componenti del direttorio (*directoire*) e revoca del direttore generale; (*ii*) nomina del presidente e del vice-presidente del consiglio di sorveglianza e determinazione dei relativi compensi (art. L 225-82, terzo comma, CC, nella versione precedente alle modifiche dell'art. 5 *loi* n. 842/2005). Lo sviluppo normativo si legge in P. MERLE, *Droit Commercial. Sociétés commerciales*, Paris, Dalloz, 2014[17], 470 e 563.

[74] Artt. L 225-37, terzo comma e L 225-82, terzo comma, CC.

[75] Art. 20 statuto Air France KLM; art. 14 statuto Axa; art. 18 statuto Danone; art. 15 statuto EDF; art. 9 statuto l'Oréal; art. 13 statuto Renault; art. 10 statuto Vivendi; art. 10 statuto BNP Paribas. Sul silenzio legislativo in merito al procedimento di approvazione e modifica dei regolamenti, P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Paris, LGDJ, 2013[5], 484.

[76] Artt. 245, secondo comma e 248, secondo comma, LSC.

[77] Art. 529 *quáter*, primo comma, LSC.

stione della società»[78]. La prassi considerata attua il dettato legislativo permettendo lo svolgimento delle riunioni anche con modalità telematiche e precisandone le condizioni. In alcuni casi, si richiama l'idoneità degli strumenti alla celebrazione simultanea della sessione e si richiede la specificazione, nell'avviso di convocazione, dei luoghi abilitati. In altri casi, è prescritta l'autorizzazione del presidente del consiglio di amministrazione. In altri casi ancora, si subordina l'utilizzo degli strumenti a distanza all'impedimento del singolo consigliere a partecipare fisicamente alla riunione[79].

Dallo sguardo comparatistico si possono trarre considerazioni utili alla riflessione, che saranno riprese nel prosieguo. Le norme degli ordinamenti richiamati accolgono, in primo luogo, un'impostazione più aperta di quella *ex* artt. 2388 e 2404 c.c. Esse consentono direttamente la partecipazione a distanza, senza necessità della legittimazione statutaria. Va, però, puntualizzato che le disposizioni legislative indicate esplicitano alcuni limiti imperativi per l'utilizzo delle tecnologie e attribuiscono allo statuto e ai regolamenti interni il compito di declinarne l'uso. Nei sistemi ricordati l'autonomia statutaria e organizzativa – sollecitata dall'autodisciplina[80] – sembra, così, individuare i confini della modalità telematica con assortimento maggiore rispetto a quello che si riscontra nella prassi del nostro Paese.

6. *I mezzi di telecomunicazione* ex *artt. 2388 e 2404 c.c. tra autonomia statutaria, adeguatezza organizzativa e attuazione proporzionata.*

Eppure lo studio porta a valorizzare, soprattutto nel nostro ordinamento, il

[78] Art. 528 LSC. Il regolamento dev'essere approvato con informazione all'assemblea, comunicato e pubblicato ai sensi dell'art. 529 LSC.

[79] Art. 47 statuto Banco Santander; art. 35 statuto Repsol; art. 19 regolamento consiglio di amministrazione Telefónica; art. 17 regolamento consiglio di amministrazione Endesa; art. 28 regolamento consiglio di amministrazione BBVA; art. 8 regolamento consiglio di amministrazione Mapfre; art. 36 statuto Caixa Bank e già art. 15 regolamento consiglio di amministrazione 2014, modificato dall'art. 16 vigente regolamento. Sull'importanza degli statuti in tale àmbito: *Lecciones de derecho mercantil*, diretto da A. MENÉNDEZ, Á. ROJO, 1, Madrid, Editorial Civitas-Thompson Reuters, 2018[16], 498 e 499; F. SÁNCHEZ CALERO, J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Principios de derecho mercantil*, 1, Navarra, Thompson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018[23], 294.

[80] Con enfasi: par. 2.2 *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, giugno 2018, reperibile in internet al seguente indirizzo: http://www.afep.com; par. III.3.2.1 *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*, febbraio 2015, reperibile in internet al seguente indirizzo: http://www.cnmv.es.

ruolo degli statuti e della regolazione degli assetti organizzativi.

Come chiarito al paragrafo 4.2, gli azionisti sono i destinatari della possibilità di prevedere l'opzione telematica *ex* artt. 2388, primo comma e 2404, primo comma, c.c. A quanto rilevato, pare importante aggiungere che questa estensione dell'autonomia d'impresa va apprezzata, nelle stesse intenzioni legislative, non tanto come «facoltà» per l'attuazione di regole dispositive; quanto piuttosto come «necessità» di declinare princìpi imperativi suscettibili di «ampio spettro» applicativo, che possono trovare soluzioni più articolate, «stringenti» e restrittive negli statuti [81]. Anche da questo punto di vista, i novellati artt. 2388 e 2404 c.c. sono armonici con quanto consolidato nella disciplina su emittenti ed intermediari bancari: l'essenzialità delle scelte degli azionisti nella definizione e nel monitoraggio della *governance* sui rischi, nonché – per i soggetti finanziari – della sana e prudente gestione [82]. Inteso e utilizzato in tal modo, l'ampliamento statutario consente la declinazione dell'uso dei canali telematici, tenendo conto delle caratteristiche strutturali e operative della s.p.a. interessata.

A evitare rigidità e richiamando l'esperienza degli ordinamenti considerati al paragrafo precedente, sarebbe opportuno che gli statuti indirizzassero la regolazione più puntuale e, al contempo, elastica degli organi. Come anticipato ai paragrafi 4.3 e 4.4, nell'attività di governo dei rischi è primario il compito degli organi collegiali apicali di definire, attuare e sorvegliare un'organizzazione dell'impresa idonea alle alee implicate. L'«adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile» rispetto alla «natura e alle dimensioni dell'impresa» costituisce parametro di gestione sempre più avvertito dal legislatore e, nella disciplina sugli intermediari, è assorbito e rafforzato da quello *ex* art. 5, primo comma, t.u.b. [83]. Il tema oggetto di studio va, perciò, conside-

[81] Art. 4, ottavo comma, lett. a), l. n. 366/2001 e Relazione allo schema di disegno di legge delega, (nt. 50), *sub* 8, 44 e 45.

[82] V., senza pretesa di completezza: 53°, 59°, 65° e 69° Considerando e artt. 74, 92 e 94 direttiva 2013/36/UE; 8° Considerando direttiva 2017/828/UE del 17 maggio 2017; direttiva 2014/95/UE; artt. 124-*quinquies* e 124-*sexies* t.u.f. Nelle banche, la sana e prudente gestione è «finalità della vigilanza» e «regola di condotta per gli intermediari» (già Premessa Istruzioni di vigilanza per le banche, approvate con circolare Banca d'Italia 21 aprile 1999, n. 229). Il canone riguarda, dunque, il funzionamento della struttura societaria, iniziando dagli assetti proprietari (cfr. artt. 19, 25, 53 e 56 t.u.b. e relative attuazioni). Sulla «filosofia europea», V. SANTORO, *La partecipazione qualificata nelle banche: profili di competenza autorizzativa e di conseguente competenza giurisdizionale*, in *Banca, borsa, tit. cred*., 2019, II, 393 ss., 399.

[83] Nella disciplina della s.p.a. codicistica, cfr. artt. 2086, secondo comma, 2380-*bis*, primo comma, 2381, terzo comma, 2403, primo comma, 2409-*novies*, primo comma, c.c. La letteratura sul d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 è già copiosa. Tra i riferimenti essenziali per queste note:

rato alla luce di questi canoni normativi imperativi e sotto un duplice profilo. L'adozione normata e presidiata della partecipazione a distanza rientra nei compiti degli organi di vertice all'adeguata pianificazione e vigilanza dei sistemi sul contenimento dei rischi. Essa è, al contempo, strumento per garantire quest'appropriatezza e il suo concreto funzionamento nell'impresa. Le osservazioni consigliano, così, che le scelte statutarie *ex* artt. 2388, primo comma e 2404, primo comma, c.c. siano integrate, soprattutto nelle s.p.a. vigilate, da regole elaborate dagli organi direttamente coinvolti e richiedono, comunque, il rispetto di specifiche prassi da parte dei medesimi [84].

In base a un criterio diverso [85] e altrettanto essenziale, la declinazione dell'opzione telematica negli assetti statutari e nell'organizzazione sociale è postulata dall'applicazione delle norme proporzionata alle dimensioni e alla complessità dell'attività d'impresa. Tale applicazione riguarda, con accenti cogenti diversi, sia la s.p.a. ordinaria [86], sia le s.p.a vigilate [87]. E la linea ermeneutica proposta nel presente studio intende rispondere pure a quest'ultima istanza ordinamentale, con un'ultima precisazione.

L'esigenza di regolazione che emerge dalla disamina fin qui svolta non va intesa come esclusione di flessibilità nel funzionamento organico. Si ritiene, anzi, che una "cornice" convenzionale – nella quale siano uniti e coordinati, in modo chiaro ed essenziale, princìpi statutari, regolamenti interni e poteri degli esponenti, con le rispettive discrezionalità – possa costituire presidio per

---

C. IBBA, *Codice della crisi e codice civile*, in *Rivista ODC*, 2019, 243 ss., 248; F. BRIZZI, *Procedure di allerta e doveri degli organi di gestione e controllo: tra nuovo diritto della crisi e diritto societario*, *ivi*, 345 ss., 382; S. FORTUNATO, *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2019, 952 ss., 960 ss., 973; P. VALENSISE, *Organi di controllo nelle procedure di allerta*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 583 ss., 593. Nella *governance* di emittenti e intermediari, v. gli artt. 149, primo comma, lett. c), 151, terzo comma, 154-*bis*, quinto comma, lett. a), t.u.f., art. 1.C.1, lett. c), Codice Autodisciplina; art. 53 t.u.b., Capitolo 3, Titolo IV, Parte Prima, Disposizioni di vigilanza per le banche. In una bibliografia estesa, v. R. SANTAGATA, Interlocking directorates *e 'interessi' degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2009, 310 ss., 326 ss. e V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 58), 32.

[84] Per la specifica raccomandazione nelle società quotate, art. 3, par. 11, Codice di Autodisciplina 2020.

[85] R. SACCHI, Intervento all'incontro di studio *I doveri organizzativi tra gestione imprenditoriale e gestione societaria. Dalla riforma del diritto societario al Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Siena, 17 maggio 2019.

[86] Già Comunicazione Commissione UE 21 maggio 2003, COM (2003), 284 final, 5 e 9.

[87] Principi guida e regime transitorio, Codice di Autodisciplina; art. 1, Sezione I, Capitolo 1, Titolo IV, Parte Prima, Disposizioni di vigilanza per le banche.

l'attività degli organi anche in termini di adeguamento alle diverse situazioni che, nel tempo, si profilano. Le proposte che seguono sono formulate pure con questa finalità e vanno perciò considerate, tenendo conto dell'equilibrio concretamente richiesto dalle caratteristiche della singola impresa azionaria e dal contesto nel quale la stessa svolge la propria attività.

7. *I canali telematici nelle funzioni di supervisione strategica, gestione e controllo dei rischi dell'impresa azionaria: le proposte applicative.*

7.1. *I doveri degli esponenti, i poteri del presidente dell'organo amministrativo e del collegio sindacale, gli obblighi di* board evaluation.

Volendo individuare i criteri che possono orientare (e integrare [88]) la regolazione statutaria e la prassi, si esplicita subito un profilo forse ovvio, ma essenziale. L'utilizzo della facoltà telematica *ex* artt. 2388, primo comma e 2404, primo comma, c.c. deve rispettare non solo il metodo collegiale, ma anche i princìpi di buona fede e parità di trattamento tra gli esponenti [89]. Il richiamo a tali clausole riguarda la condotta sia dei singoli componenti degli organi; sia della carica che sovraintende l'uso dei mezzi di telecomunicazione. I primi, come detto, si avvalgono della facoltà quando vi sia un impedimento alla partecipazione personale alla riunione. Il secondo, come si dirà, sorveglia le norme e gli assetti societari nei quali si risolve l'utilizzo della telecomunicazione. Per entrambi non è ammesso l'abuso delle facoltà e dei poteri [90].

---

[88] C. MARCHETTI, *L'interpretazione degli statuti societari: la giurisprudenza italiana nel quadro del diritto comparato*, in *Riv. soc*., 2016, 833 ss.

[89] V., infatti, il richiamo in alcuni statuti: artt. 11 e 17 statuto Banca Sistema; art. 23 statuto Banca Profilo. Sul criterio della buona fede nell'interpretazione statutaria, Cass. civ., sez. I, 14 marzo 2016, n. 4967, reperibile in internet al seguente indirizzo: http://www.dejure.it.

[90] Si pensi ai casi-limite, però significativi, dell'esponente che utilizzi sempre la modalità partecipativa telematica; oppure del presidente che si avvalga spesso della convocazione d'urgenza o dello svolgimento consiliare in sede totalitaria, disponendo la facoltà partecipativa telematica. Per un'applicazione dell'abuso di potere al funzionamento degli organi nella s.p.a., Trib. Roma, sez. spec. impresa, 30 aprile 2018, reperibile in internet al seguente indirizzo: http://www.dejure.it. In dottrina, a proposito di radici, connotati, funzioni e sanzioni dell'istituto, M. LIBERTINI e G. SCOGNAMIGLIO, Interventi di discussione sulla tesi di dottorato di N. MUCIACCIA, *L'abuso di potere nel diritto delle società. Fattispecie e disciplina nel sistema delle società di capitali*, in occasione di *Giuscommercialisti 'in erba'. Giornata nazionale di discussione delle tesi dei dottorati di Diritto commerciale*, *ODC*, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma "Sapienza", 30 novembre 2018. In termini critici sull'uso di una cate-

Rispetto al presidente dell'organo amministrativo, va puntualizzato che l'art. 2381, primo comma, c.c. e la sua declinazione nella disciplina su emittenti e intermediari bancari riservano alla suddetta carica il ruolo di promotore e garante dei flussi informativi e dell'attività consiliare di cui s'è detto al paragrafo 4: il compito di realizzare – come è stato scritto – «una versione evoluta della collegialità» [91]. Tale considerazione, anche alla luce della prassi seguita negli altri ordinamenti UE, consiglia il richiamo statutario alla competenza dispositiva e ordinatoria del presidente dell'organo di amministrazione sull'uso dei canali telematici, soprattutto nelle s.p.a. vigilate [92].

In assenza, risultano infatti più incerti i contenuti e i limiti dei poteri normativi. In questa sede, si osserva che al presidente spetta di disporre l'utilizzo della facoltà partecipativa a distanza, nell'avviso di convocazione dell'organo e con margini di discrezionalità variabili (anche sulla tipologia di telecomunicazione), a seconda di quanto previsto – o non previsto – in statuto [93]. Sotto il profilo ordinatorio, al presidente compete di accertare che la presenza telematica dell'esponente si realizzi in conformità alla cornice statutaria, di autoregolamentazione e di coordinamento dei lavori consiliari; e dichiarare, in mancanza, gli effetti sulla costituzione dell'organo [94]. La stessa natura ordinatoria

goria poco conciliabile con profili organizzativi, C. ANGELICI, *L'abuso del diritto nel diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, 365 ss., 370.

[91] G. M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella* governance *della società per azioni*, Milano, Giuffrè, 2005, 97 ss., 102. Nel governo degli emittenti, v. artt. 1.C.1, lett. j), 1.C.5, 1.C.6 Codice di Autodisciplina e art. 3, principio X, Codice di Autodisciplina 2020. Per gli intermediari creditizi, v. parr. 1 e 2, Sezione V, Capitolo 1, Titolo IV, Parte Prima, Disposizioni di vigilanza per le banche e L. ARDIZZONE, *Il ruolo del presidente delle società bancarie*, in *Riv. soc.*, 2014, 1308 ss.

[92] M. IRRERA, (nt. 25), 726. Le osservazioni di questo paragrafo sono riferibili anche: al presidente del collegio sindacale, con le precisazioni del par. 7.5; al presidente del consiglio di gestione, in virtù dell'applicazione analogica o per rinvio dell'art. 2381, primo comma, c.c.; al presidente del consiglio di sorveglianza, se lo statuto prevede le competenze di convocazione e coordinamento *ex* art. 2409-*duodecies*, nono comma, c.c. (A. MIRONE, *I sistemi alternativi di amministrazione e controllo: il sistema dualistico e il sistema monistico*, in *Diritto commerciale*, (nt. 1), 514 ss., 522 e 525).

[93] Per due diversi esempi di disciplina statutaria: artt. 22 e 30 statuto Unicredit, ove la partecipazione telematica è consentita «qualora il Presidente del Consiglio di Amministrazione lo reputi opportuno»; artt. 11 e 17 statuto TIM, ove l'opzione è permessa «qualora il Presidente o chi ne fa le veci ne accerti la necessità».

[94] Salva diversa prescrizione statutaria, non pare competere al presidente la verifica del motivo dell'impedimento alla partecipazione personale. Tale lettura è consigliata dal silenzio degli artt. 2388, primo comma e 2404, primo comma, c.c. (diversamente dall'art. 2404, secondo comma c.c.) e da ragioni di certezza ed efficienza nell'attività dell'organo. Per gli stessi argo-

dei compiti richiede, ad avviso di chi scrive, il potere-dovere del presidente di formulare – e verbalizzare – osservazioni e indicazioni specifiche, qualora egli ritenga che l'uso della facoltà telematica da parte di uno o più componenti, pur consentito, nella situazione concreta rechi pregiudizio all'efficacia deliberativa dell'organo o sia segnale d'inefficienze nel funzionamento dello stesso [95].

In conformità ai princìpi che informano la dialettica endoconsiliare si può, inoltre, configurare il potere del singolo consigliere di chiedere l'utilizzo dell'opzione telematica per una determinata riunione, salva la verifica del presidente sulla legittimità [96]. È pure ravvisabile, in capo a ogni esponente e al consiglio di amministrazione nella sua interezza, l'obbligo di sorvegliare l'esercizio della facoltà *ex* art. 2388, primo comma, c.c., quale corollario del dovere specifico alla presenza e dei doveri generali *ex* art. 2392, primo comma, c.c. [97]. Questi presidi si affiancano alla vigilanza sul funzionamento organico, spettante al collegio sindacale ai sensi degli artt. 2403, 2407, 2409 c.c. e 152 t.u.f. E, nel governo di emittenti e intermediari, essi sono inclusi e rafforzati dagli obblighi di valutazione sui requisiti dei componenti e sui lavori collegiali, richiesti per assicurare l'idoneità di esponenti ed uffici societari all'assunzione e gestione di rischi compatibili con gli obiettivi strategici e la stabilità degli enti [98].

menti, si ritiene che l'esponente non abbia l'obbligo di allegare il motivo dell'impedimento. Egli ha, però, l'obbligo di comunicare tempestivamente l'intenzione di avvalersi della partecipazione telematica; e l'onere di fornire la motivazione dell'impedimento, anche dopo la riunione, qualora la sua partecipazione con mezzi di telecomunicazione rilevi per l'accertamento di eventuali responsabilità (E. BONAVERA, *Sulla decadenza c.d. sanzionatoria dei sindaci*, in *Riv. dir. impr.*, 1996, 361 ss., 366).

[95] Per la proposta di alcuni criteri, v. par. 7.2 ss.

[96] F. BARACHINI, in *Le società per azioni*, (nt. 8), *sub* art. 2381, 1181 ss., 1191 ss., ove altri riferimenti.

[97] L'obbligo va riferito anche agli organi nei sistemi dualistico e monistico: consiglio di gestione *ex* art. 2409-*undecies* c.c.; consiglio di sorveglianza *ex* art. 2409-*terdecies* c.c.; comitato per il controllo sulla gestione *ex* art. 2409-*noviesdecies* c.c. Sul potere di veto del singolo esponente, v. par. 7.2.1.

[98] Cfr. art. 8 raccomandazione Commissione UE 15 febbraio 2005; art. 1.C.1, lett. g) e h), Codice di Autodisciplina, sviluppato dall'art. 4 Codice di Autodisciplina 2020; art. 26 t.u.b. e Schema di regolamento attuativo, (nt. 60); artt. 1 ss., Sezione VI, Capitolo 1, Titolo IV, Parte Prima, Disposizioni di vigilanza delle banche.

7.2. La composizione degli organi apicali e la dialettica deliberativa.

L'appropriatezza delle attività collegiali al governo delle alee d'impresa porta a soffermarsi su un altro aspetto centrale per l'uso della facoltà telematica: quello della composizione quantitativa e qualitativa degli organi di supervisione strategica e gestione.

La partecipazione a distanza pare più aderente alle adunanze degli uffici apicali ampi: tipici del governo di s.p.a. quotate e finanziarie [99]. Il numero di esponenti, anche di nazionalità diverse, la frequenza e l'estensione delle sessioni possono rendere problematico il periodico incontro nel medesimo luogo. L'opzione *ex* artt. 2388, primo comma e 2404, primo comma, c.c. consente, dunque, di conciliare l'impedimento alla presenza con la necessità – spesso l'urgenza – di deliberare. Rispetto agli organi di minor dimensione non solo tale esigenza è poco consueta. V'è pure da sottolineare che, nella composizione ridotta, la partecipazione a distanza può indebolire in modo più significativo il dialogo e i presidi di controllo all'interno dell'organo: nelle s.p.a. chiuse e non finanziarie, anche come effetto di un'attività consiliare e pre-consiliare meno cogente e poco garantita dalla prassi [100]. Si pensi a un consiglio costituito da pochi amministratori, magari soltanto da due. Si pensi alla posizione "di dominio" riservata al presidente dell'organo o, se nominato, all'amministratore delegato, che coordinino o riferiscano senza l'interlocuzione personale con gli altri esponenti [101].

D'altra parte e come evidenziato ai paragrafi 4.1 e 4.4, nelle s.p.a. aperte o attrici dei mercati finanziari, i mezzi di telecomunicazione prospettano la possibile interferenza con la corretta attuazione dei sistemi di controllo interno, che estendono ed articolano in modo imperativo la dialettica *ex* artt. 2381, 2409-*novies* e 2409-*terdecies*, c.c. [102]. In queste realtà d'impresa, sono ravvisabili: scambi d'informazioni tra esponenti complessi quanto a tempi, contenuti e canali; istruttorie degli organi lunghe e frastagliate tra l'attività dei comitati interni e il confronto con la struttura aziendale; ripartizioni di compiti e poteri gestionali composite; tappe e sedi dei percorsi decisionali tassative. Ne

[99] Le composizioni numerose riguardano soprattutto il consiglio di amministrazione e di sorveglianza.

[100] G. CORBETTA, *Il Consiglio di amministrazione nelle 'imprese familiari chiuse': quale ruolo possibile?*, in *A.G.E.*, 2003, 25 ss.; G. BRUNETTI, *Il Consiglio di amministrazione nelle medie imprese familiari chiuse: alcuni casi/esperienze*, *ivi*, 37 ss.

[101] La segnalazione si legge anche in P. LE CANNU, B. DONDERO, (nt. 75), 484.

[102] Cfr. i riferimenti normativi alla nt. 60.

consegue che le riunioni collegiali accentuano la loro funzione tipica di raccordo dei poteri, esercizio dei controlli e sintesi delle deliberazioni strategiche sui rischi [103]. Mentre la partecipazione degli esponenti con mezzi di telecomunicazione, per le ragioni illustrate e se non presidiata, può indebolire o, addirittura, compromettere quest'efficacia.

7.2.1 (Segue). *Il rilievo della struttura proprietaria e la ripartizione dei compiti di amministrazione.*

Alla luce delle considerazioni formulate, si ritiene opportuno che le regole sull'uso dei canali telematici *ex* artt. 2388 e 2404 c.c. vengano modulate, innanzitutto negli statuti, tenendo conto degli assetti proprietari che si riflettono nell'organo di supervisione strategica e gestione dell'ente vigilato [104]. Si pensi, infatti, al diverso dialogo che interessa una s.p.a.: partecipata da una pluralità di soci; controllata da pochi azionisti; appartenente a un gruppo, quale società di vertice o componente.

Nella prima realtà d'impresa, si riscontrano gli impedimenti maggiori alla concertazione delle riunioni, poiché gli organi sono costituiti da un numero elevato di esponenti designati dalle diverse "anime" dell'azionariato. Al contempo, l'articolazione – non la dispersione – dei soci di riferimento e la presenza di rilevanti interessi anche di minoranza possono tradursi in una più equilibrata allocazione delle attribuzioni gestionali e costituire superiore garanzia di controllo sui flussi informativi e sulle attività collegiali. Queste caratteristiche sembrano, perciò, consentire un utilizzo della partecipazione a distanza maggiormente elastico, fermi i presidi richiesti dalla complessità organizzativa e di cui si dirà nel prosieguo.

Considerazioni differenti valgono per il caso di concentrazione azionaria o esercizio dell'attività di direzione e coordinamento *ex* artt. 2497 c.c. e 61 t.u.b. Tali strutture, da un lato, dovrebbero agevolare la pianificazione e il collegamento nell'attività degli organi apicali; dall'altro, implicano rischi più rilevanti e compositi, insieme a maggiori (e fisiologici) conflitti d'interesse derivanti da una gestione influenzata dagli azionisti di comando. La necessità di preservare la dialettica nelle sedi decisionali preposte e la dimensione organizzativa

[103] Tale funzione è valorizzata dalla giurisprudenza recente di legittimità: cfr. Cass. civ., sez. II, 4 ottobre 2019, n. 24851; Cass. civ., sez. II, 27 marzo 2019, n. 8572; Cass. civ., sez. II, 26 febbraio 2019, n. 5606; Cass. civ., sez. II, 12 dicembre 2018, n. 32135, tutte reperibili in internet al seguente indirizzo: http://www.dejure.it.

[104] Sul rilievo di tale criterio, v. art. 2, raccomandazione 8, Codice di Autodisciplina 2020; art. 4.1.1, terzo paragrafo, secondo alinea, Sezione I, Capitolo 1, Titolo IV, Parte Prima, Disposizioni di vigilanza per le banche.

indirizzano, dunque, a limitare l'utilizzo dei mezzi di telecomunicazione, soprattutto quando gli organi della società di vertice (o delle stesse componenti) discutano e deliberino su questioni strategiche per il gruppo [105].

Gli ulteriori criteri che, a presidio del governo dei rischi, possono orientare la regolazione statutaria e la prassi nell'utilizzo dei canali telematici riguardano: la ripartizione dei compiti e dei poteri gestionali all'interno degli organi; la natura delle materie oggetto di deliberazione collegiale. Sotto il primo profilo, va notato che la maggior parte degli statuti esaminati già prescrive la presenza fisica del presidente dell'organo amministrativo nel luogo di convocazione. Il cauto utilizzo dell'opzione telematica pare richiesto anche per altri esponenti che rivestano specifiche funzioni o posizioni. Il pensiero è rivolto, ad esempio, all'amministratore destinatario di deleghe o ai membri del comitato esecutivo, quando debbano riferire *ex* art. 2381, quinto comma, c.c.; oppure al componente che dia notizia degli interessi *ex* art. 2391 c.c. L'attenzione è destinata anche agli amministratori cosiddetti indipendenti nel governo di emittenti e intermediari [106]. Per questi ultimi, la partecipazione alle riunioni collegiali costituisce il momento tipico di assunzione delle informazioni, esercizio del controllo e formulazione delle proposte all'organo [107]. E l'utilizzo dei canali telematici può diminuire l'efficacia del loro (già debole) apporto [108].

Per quanto riguarda gli argomenti delle decisioni, vanno ricordate le aree che – per disposizione dell'art. 2381, quarto comma, c.c., di statuto o di vigi-

---

[105] Alcuni esempi possono ricavarsi dalla Sezione III e dai parr. 1.2 e 2, Sezione IV, Capitolo 2, Titolo I, Parte Prima, Disposizioni di vigilanza per le banche: l'assunzione e cessione di partecipazioni modificative della composizione del gruppo; la determinazione dei criteri per la direzione e il coordinamento delle società e per l'esecuzione delle istruzioni delle Autorità di vigilanza; l'attuazione delle disposizioni impartite dalla capogruppo.

[106] V. Commento *sub* art. 1, ultimo capoverso, Codice di Autodisciplina e art. 3, raccomandazioni 13 e 14 sul *lead independent director* Codice di Autodisciplina 2020.

[107] In dottrina, U. TOMBARI, Intervento di discussione sulla tesi di dottorato di F. RIGANTI, *I controlli interni nella* governance *bancaria*, in occasione di *Giuscommercialisti 'in erba'*, (nt. 90); ID., *Amministratori indipendenti, 'sistema dei controlli' e* corporate governance*: quale futuro?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, 506 ss., 519 e 520; R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 377 ss., 386. In giurisprudenza: Trib. Milano, sez. spec. impresa, 20 febbraio 2017, in *Giur. comm*., 2019, II, con nota di F. SACCHI, *Doveri di controllo degli amministratori di s.p.a. privi di deleghe e delibera assembleare in ordine all'azione sociale di responsabilità*, *ivi*, 185 ss., 188; Cass. civ., sez. II, 4 ottobre 2019, n. 24851, cit.

[108] P. M. SANFILIPPO, *Riforma delle società e interpreti in controtendenza: il caso della delega amministrativa 'obbligatoria'*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, 329 ss., 333 ss. Per prospettive più recenti: F. BARACHINI, *Tutela delle minoranze e funzione gestoria*, in *Giur. comm*., 2018, I, 576 ss.; A. VICARI, *Amministratori di banche e gestione dei crediti*, *ivi*, 557 ss., 560 ss.

lanza – sono riservate all'attribuzione esclusiva dell'organo di supervisione o gestione nel suo *plenum*. La partecipazione attraverso i canali a distanza può affievolire le ragioni cogenti delle riserve che, nelle s.p.a. finanziarie, riguardano ogni àmbito strategico per la struttura e l'organizzazione dell'impresa [109].

Rispetto alle criticità segnalate in questo paragrafo, si è consapevoli della necessità di conciliare l'esigenza di limiti e presidi *ex* art. 2388, primo comma, c.c. con l'istanza di non irrigidire il funzionamento organico della società. Come suggerito dall'osservazione degli altri ordinamenti UE, la proposta per gli statuti è non tanto d'introdurre divieti per componenti o aree determinati [110]; quanto piuttosto di prescrivere maggioranze qualificate o poteri di veto per la trattazione collegiale telematica degli argomenti più rilevanti per la gestione dei rischi [111]. In tal modo e in coerenza con gli assetti indicati al paragrafo 7.1, sarebbe attribuito all'autovalutazione e alla responsabilità degli esponenti e degli organi interessati il compito di consentire o meno l'uso dei mezzi di telecomunicazione nella discussione e decisione di materie delicate e complesse.

7.3. *La partecipazione a distanza ai comitati esecutivo ed endoconsiliari.*

L'articolazione dei percorsi decisionali, in particolare di emittenti e intermediari, sollecita alcune precisazioni sull'uso delle opzioni telematiche nelle

---

[109] Sulla *ratio*, G. LEMME, *Amministrazione e controllo nella società bancaria*, Milano, Giuffrè, 2007, 55 ss.; per la significativa estensione, art. 1.C.1 Codice di Autodisciplina e art. 1, raccomandazione 1, Codice di Autodisciplina 2020; par. 2.2, lett. e), Sezione III, Capitolo 1, Titolo IV, Parte Prima, Disposizioni di vigilanza per le banche.

[110] Alla luce dell'evoluzione della disciplina francese e dell'impostazione del *Deutscher Corporate Governance Kodex* indicate al par. 5, i divieti statutari possono riguardare la trattazione telematica di materie che incidono, direttamente, sui diritti degli azionisti (approvazione del progetto di bilancio di esercizio; proposte di aumento o riduzione del capitale sociale o di altre operazioni societarie straordinarie). Sarebbe opportuno, comunque, far salve situazioni eccezionali che non consentano all'organo di riunirsi fisicamente e da accertarsi, caso per caso, dal presidente.

[111] Nel silenzio degli artt. 2388 e 2404 c.c., non è configurabile, in capo al singolo esponente, un diritto normativo di veto all'utilizzo della partecipazione telematica. L'esponente dissenziente può soltanto formulare e far annotare il suo dissenso e tale circostanza rileva per eventuali responsabilità *ex* art. 2392 ss. c.c. Gli statuti possono, dunque, introdurre una regolazione più restrittiva, in analogia con le soluzioni normative degli ordinamenti tedesco, francese e spagnolo.

riunioni del comitato esecutivo e dei comitati interni all'organo di supervisione o gestione. Il tema è assai rilevante per l'efficienza dei processi, ma il legislatore nulla dispone [112].

In linea di principio, si considera legittima la prassi di consentire lo svolgimento delle adunanze del comitato esecutivo anche con la telecomunicazione *ex* art. 2388, primo comma, c.c. Nel silenzio dello statuto, è applicabile la regolazione scelta dai soci per il consiglio di amministrazione. Le letture muovono dal fondamento statutario (o assembleare) del comitato e dalla sua natura delegata *ex* art. 2381, secondo comma, c.c. [113].

Vanno, però, riprese e specificate le criticità evidenziate ai paragrafi precedenti. La costituzione del comitato esecutivo risponde, infatti, all'esigenza di collegialità concentrata ed effettiva rispetto a momenti di gestione corrente dell'impresa, soprattutto di grandi dimensioni [114]. Tale circostanza accentua le esigenze d'*intuitus* partecipativo dei componenti e del loro collegamento con la struttura aziendale. La snellezza funzionale richiesta dalla dottrina per questo comitato non sembra, perciò, legittimare un uso ampio della partecipazione a distanza. Anzi e per le ragioni illustrate al paragrafo 6, il regolamento del consiglio di amministrazione può integrare la disciplina statutaria con disposizioni più restrittive sull'adozione dei canali telematici (o alcuni di essi) rispetto a specifiche attività di valutazione e verifica dei rischi che, in particolare negli enti vigilati, interessano i compiti del comitato esecutivo [115].

Similmente, è preferibile che l'utilizzo dei canali "da remoto" nelle sessioni dei comitati endoconsiliari sia puntualizzato dal regolamento interno dell'organo di supervisione strategica, in coerenza con le scelte statutarie [116]. La proposta è motivata da un duplice rilievo. Innanzitutto, l'estraneità di tali co-

---

[112] Cfr. il silenzio degli artt. 2381, quinto comma e 2405 c.c.

[113] Il favore per soluzioni ermeneutiche derivate dalla disciplina dell'organo amministrativo si legge in G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto delle società*, a cura di M. Campobasso, Torino, Utet, 2011[7], 376, nt. 47.

[114] F. BARACHINI, (nt. 96), 1212. V. par. 3, sesto alinea, Sezione I e par. 2.2, lett. f), Sezione III, Capitolo 1, Titolo IV, Parte Prima, Disposizioni di vigilanza per le banche.

[115] Il richiamo è ai compiti *ex* art. 6, raccomandazione 34, Codice di Autodisciplina 2020 e par. 3, Sezione II, Capitolo 3, Titolo IV, Parte Prima, Disposizioni di vigilanza per le banche. Lo spunto si ricava anche dalla regolazione tedesca che – per le società quotate – richiama soltanto i canali della videoconferenza e telefonici (in termini altrettanto restrittivi, nel nostro ordinamento, l'art. 73 d.l. n. 18/2020).

[116] Un esempio – non consueto – di regolazione statutaria di partecipazione telematica alle riunioni dei comitati endoconsiliari si trovava nell'art. 25 statuto Interbanca.

mitati agli assetti di governo societario in senso proprio [117]. In secondo luogo, la possibilità di definire, in tal modo, limiti e presidi condivisi dagli esponenti; aderenti alle esigenze concrete dei processi aziendali; espressi in termini di princìpi o raccomandazioni.

Anche il funzionamento dei comitati endoconsiliari è essenziale per il sistema dei controlli interni. Esso permette di preparare e approfondire le decisioni dell'organo collegiale su questioni di vertice per l'impresa e le sue alee. E rappresenta, per gli esponenti non esecutivi e indipendenti, il canale di accesso «diretto» a materie «delicate» [118]. La regolamentazione dell'organo amministrativo può, dunque, indicare le aree e i compiti che, per la complessità tecnica, il rilievo delle istanze o dei conflitti d'interesse implicati o la necessità di un raccordo diretto con gli assetti operativi, non sono compatibili con consultazioni e valutazioni endoconsiliari a distanza (o con ogni tipo di canale a distanza) [119].

7.4. *Le adunanze interamente virtuali e l'intervento di soggetti diversi dai componenti degli organi.*

Nell'attività degli organi si prospettano altre due situazioni critiche rispetto al tema di studio, sulle quali è opportuno soffermarsi.

La prima riguarda l'ipotesi della sessione dell'organo amministrativo o di controllo interamente "virtuale": l'ipotesi, cioè, in cui non vi sia uno spazio fisico d'incontro. Ogni esponente partecipa, attraverso i canali della telecomunicazione, in un posto diverso dall'altro. In proposito, vanno considerati il silenzio degli artt. 2381, primo comma e 2404, primo comma, c.c. sulla convo-

---

[117] La possibilità di istituire comitati endoconsiliari non trova fondamento legislativo, ma è prevista dall'art. 4 Codice di Autodisciplina; dall'art. 3, principio XI, raccomandazioni 16 e 17, Codice di Autodisciplina 2020; dal par. 2.3, Sezione IV, Capitolo 1, Titolo IV, Parte Prima, Disposizioni di vigilanza per le banche. Ciò, diversamente da altri ordinamenti UE (§ 107, terzo comma, AktG; art. R225-29 CC; artt. 529-*terdecies*, 529-*quaterdecies* e 529-*quindecies* LSC).

[118] Commento *sub* art. 4 Codice di Autodisciplina. In dottrina, U. TOMBARI, (nt. 107), 517 e 518 e R. SACCHI, (nt. 107), 386.

[119] Si considerino, ad esempio: l'istruttoria sulla predisposizione del piano di successione degli amministratori esecutivi; la preparazione delle politiche di remunerazione; la verifica di aree operative specifiche o rischi particolari (artt. 5.C.2, 6.P.4, 6.C.5, 7.P.3, lett. (*ii*), 7.C.1, 7.C.2 Codice di Autodisciplina, nonché par. 2.3.3, Sezione IV, Capitolo 1, Titolo IV, Parte Prima, Disposizioni di vigilanza per le banche). Per l'ammissibilità del solo collegamento audiovisivo, v. art. 17 Banca Profilo.

cazione delle adunanze e la flessibilità organizzativa riscontrata in quest'àmbito [120]. Tali rilievi portano a ritenere che la fattispecie sia in principio consentita, purché nell'avviso di convocazione venga indicato il luogo fisico di riferimento [121].

Ciò chiarito, va però sottolineato che, nella prospettiva del governo delle alee, il problema non è soltanto la necessità del richiamo convenzionale alla sede delle riunioni. La questione riguarda, piuttosto, l'idoneità di tali sessioni a garantire quella dialettica informata di cui s'è detto. Alla luce delle considerazioni sviluppate, l'opzione in commento sembra più adeguata alle adunanze riguardanti comunicazioni dei presidenti, e prese d'atto dei rispettivi organi, su materie di minor importanza per l'attività di pianificazione e sorveglianza organizzative; o a decisioni su argomenti non significativi per gli assetti dell'impresa e per i quali vi sia stata l'istruttoria in riunioni formali precedenti. I poteri dei presidenti di cui s'è detto al paragrafo 7.1 possono tener conto di questi criteri, anche escludendo gli strumenti telematici ritenuti inappropriati alla natura della riunione (si pensi alla scrittura interattiva che non consente ai componenti né di ascoltarsi, né vedersi).

Il secondo profilo problematico attiene all'intervento o all'assistenza alle riunioni collegiali di persone diverse dai componenti degli organi. Questa presenza è non solo possibile od opportuna, ma soprattutto nella *governance* di emittenti e intermediari finanziari, anche necessaria od obbligatoria [122]. Si pen-

---

[120] Già G. CAVALLI, *I sindaci*, in *Trattato* Colombo-Portale, (nt. 8), 5, 1988, 1 ss., 73 e 74. Gli statuti esaminati consentono la riunione dell'organo amministrativo presso la sede sociale o «altrove»; nulla prevedono per l'organo di controllo. Tale impostazione si distingue dalla quella espressa nell'art. 2366, primo comma, c.c. per l'assemblea.

[121] O. CAGNASSO, (nt. 56), 265, (nt. 96). Sull'importanza giuridica dell'indicazione di un luogo fisico per le adunanze interamente virtuali, recentemente, M. STELLA RICHTER JR., (nt. 5), 3. Le riflessioni dell'a., riferite all'assemblea, valgono anche per le esigenze di ordine e chiarezza delle riunioni e decisioni degli organi di vertice, soprattutto nelle imprese vigilate. Più aperta è la posizione di M. VENTORUZZO, in *Amministratori*, a cura di F. Ghezzi, in *Commentario* Marchetti, Milano, Egea-Giuffrè, 2005, *sub* 2388, 299 ss., 312 e della motivazione della massima del Consiglio Notarile di Milano, 11 marzo 2020, n. 187 (nt. 5). La prassi statutaria italiana è solita prevedere che la riunione si considera svolta nel luogo in cui si trovano: il presidente e il segretario dell'organo amministrativo; il presidente dell'organo di controllo. Ciò, in linea con l'orientamento del Tribunale di Milano, citato da M. IRRERA, (nt. 25), 725 e 726, nt. 2 e 4. Tenendo conto delle esperienze esaminate al par. 5, nel caso di riunioni interamente virtuali il luogo convenzionale può farsi coincidere, indipendentemente dalla presenza fisica dei partecipanti, con la sede sociale.

[122] Cfr. art. 1.C.6 Codice di Autodisciplina; art. 3, raccomandazioni 12, lett. c) e 17, Codice

si al direttore generale; al dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari; agli esponenti delle funzioni di controllo dei rischi, di *compliance*, antiriciclaggio o *internal audit*; ai revisori legali e a tutti i consulenti esterni all'organizzazione sociale.

I dubbi sull'utilizzo dell'opzione telematica derivano dall'istanza: sia di riservatezza delle informazioni [123]; sia di effettiva interlocuzione con soggetti che non sono membri dell'organo, né vi assistono stabilmente. Nei casi richiamati, la preferenza è, dunque, per la presenza personale o, in caso d'impedimento, per una prassi organizzativa che consenta la partecipazione attraverso video-conferenza, in luoghi specificamente predisposti dalla società e indicati nell'avviso di convocazione [124].

7.5. *Le riunioni telematiche del collegio sindacale.*

Il rilievo del collegio sindacale nel sistema dei controlli interni consiglia alcune specificazioni sull'utilizzo della facoltà telematica *ex* art. 2404, primo comma, c.c. [125].

Pare significativo che il legislatore prescriva la vigilanza del collegio «sull'adeguatezza» dell'assetto organizzativo e «sul suo concreto funzionamento»; e che il t.u.f. estenda tale competenza fino alle «modalità di concreta attuazione delle regole di governo societario» degli emittenti [126].

---

di Autodisciplina 2020; le funzioni aziendali interessate dal profilo segnalato sono indicate al par. 3, Sezione I, Capitolo 3, Titolo IV, Parte Prima, Disposizioni di vigilanza per le banche.

[123] P. MONTALENTI, *'Disclosure' e riservatezza nei mercati finanziari: problemi aperti*, in *A.G.E.*, 2013, 245 ss., 246 e 247 e, con specifico riguardo al tema della partecipazione telematica, M. STELLA RICHTER JR., (nt. 22), 901 e 902.

[124] Questa prassi è frequente negli ordinamenti UE considerati al par. 5. Nell'esperienza italiana si segnala, per rigore, l'art. 11 statuto Banca Sistema.

[125] Le considerazioni di questo paragrafo riguardano anche l'assistenza dei sindaci alle riunioni del consiglio di amministrazione e dei suoi comitati (artt. 2405 c.c., 149, secondo comma, t.u.f. e 4 Codice di Autodisciplina; par. 3, Sezione III, Capitolo 1, Titolo IV, Disposizioni di vigilanza per le banche). Le osservazioni vanno, inoltre, riferite al consiglio di sorveglianza e al comitato per il controllo sulla gestione, per gli aspetti comuni *ex* artt. 2409-*terdecies*, primo comma, 2409-*octiesdecies* c.c., 151-*bis*, 151-*ter* t.u.f. e tenendo conto della diversa dialettica endosocietaria (per gli intermediari, v. parr. 3.2.2 e 3.2.3, Sezione III, Capitolo 1, Titolo IV, Parte Prima, Disposizioni di vigilanza per le banche; per la *governance* monistica, v. C. MOSCA, *I principi di funzionamento del sistema monistico*, in *Liber amicorum G.F. Campobasso*, (nt. 8), 2, 2006, 733 ss., 763).

[126] Artt. 2403, primo comma, c.c. e 149, primo comma, t.u.f.

Le espressioni normative individuano una funzione apicale che deve, al contempo, conoscere e dialogare realmente con la struttura [127]. Nei processi d'identificazione, misurazione e gestione delle alee d'impresa, l'attività di quest'organo è diventata centrale: per la vigilanza strategica e l'incontro informativo, di consultazione e verifica con gli altri organi, con i responsabili delle principali funzioni e con i revisori [128]. È vero che atti di ispezione e controllo possono essere esercitati dai sindaci anche individualmente e in qualsiasi momento [129]. Ma la funzione di vertice e capillare sull'adeguatezza di organizzazioni complesse è garantita soltanto dall'attività collegiale, con i processi preparatori e i flussi endosocietari di cui s'è detto. Ciò è ben sottolineato dal rigore sanzionatorio *ex* artt. 2404, secondo comma, 2405, secondo comma, c.c. e 149, secondo comma, t.u.f. E, nella *governance* di s.p.a. quotate e finanziarie, tale istanza si traduce in una maggiore articolazione dei poteri e doveri dell'organo, riferimento essenziale anche per la vigilanza informativa e prudenziale [130].

Alla luce di quanto precede, si comprende la scelta severa – riscontrata negli statuti di alcune s.p.a. emittenti – di non consentire la modalità telematica *ex* art. 2404, primo comma, c.c. [131]. La partecipazione a distanza dei sindaci alla vita organica della società è, per natura, poco compatibile con la rilevazione e l'analisi dei dati nella realtà aziendale; il coordinamento delle funzioni; la pianificazione correttiva per le anomalie e carenze riscontrate. Essa, se non limitata, può: pregiudicare l'effettivo presidio dei rischi da parte del collegio sindacale; indebolire la sua dialettica con gli altri organi e la struttura; favorire la percezione della lontananza del collegio dagli assetti – e dagli interessi – dell'impresa.

Come alternative più flessibili e conformi agli orientamenti della vigilanza per emittenti e intermediari, gli statuti possono rafforzare i poteri del presiden-

---

[127] P. MARCHETTI, *Il crescente ruolo delle autorità di controllo nella disciplina delle società quotate*, in *Regole del mercato e mercato delle regole. Il diritto societario e il ruolo del legislatore*, a cura di G. Carcano, C. Mosca, M. Ventoruzzo, Milano, Giuffrè, 2016, 59 ss., 69, s'è riferito a una funzione che interessa il «cuore decisionale dell'impresa».

[128] Artt. 2403-*bis*, secondo comma e 2404 c.c., 2429, secondo e terzo comma, c.c. Sulla «logica» sempre più «preventiva» dell'attività del collegio sindacale, v. P. VALENSISE, (nt. 83), 588.

[129] Artt. 2403-*bis*, primo comma, c.c. e 151, primo comma, t.u.f.

[130] Cfr. artt. 150, 151 e 154-*bis*, primo comma, t.u.f.; artt. 7.C.1, primo comma, lett. c), e) e secondo comma, 7.C.2, lett. a), 7.C.3, 7.C.4, lett. d), 7.C.5, lett. f), 8, Codice di Autodisciplina; art. 6, raccomandazioni 32 ss., Codice di Autodisciplina 2020; art. 52, primo comma, t.u.b.; par. 4, Sezione II, Capitolo 3, Titolo IV, Parte Prima, Disposizioni di vigilanza per le banche. La linea normativa è argomentata in A. ROSA, *La remunerazione dei sindaci nella* governance *delle s.p.a. vigilate: competenze, criteri, interessi*, in *Riv. soc.*, 2017, 163 ss., 181 ss.

[131] Statuto A2A e statuto Banca Ifis.

te del collegio e introdurre poteri di veto sull'utilizzo dei canali da remoto, in analogia a quanto proposto ai paragrafi 7.1 e 7.2.1 [132]. Sono pure prospettabili confini statutari alla frequenza dell'uso telematico, che riprendano le soluzioni normative prescritte per l'assenza ingiustificata [133] o siano puntualizzati in sede di autoregolamentazione, in base ai criteri indicati al paragrafo 7.4.

8. *La violazione degli artt. 2388, primo comma e 2404, primo comma, c.c.: le reazioni sanzionatorie dell'ordinamento societario (cenni).*

La funzionalità dei canali telematici alla supervisione, gestione e controllo dei rischi è tutelata anche dalle reazioni sanzionatorie dell'ordinamento, per l'inosservanza degli artt. 2388 e 2404 c.c. Si tratta di una prospettiva di ultima istanza per il governo delle alee, soprattutto di emittenti e intermediari. Ma essa integra e rafforza la regolazione preventiva sulla quale ci si è finora soffermati e merita, perciò, taluni cenni.

È possibile, in primo luogo, l'impugnazione delle deliberazioni del consiglio di amministrazione (e del collegio sindacale [134]), assunte in violazione degli artt. 2388, primo comma e 2404, primo comma c.c. e della loro attuazione statutaria. In tal senso, confortano la lettera dell'art. 2388, quarto comma, c.c. e la collocazione sistematica dell'istituto: previsto nella stessa norma dedicata alle

---

[132] Artt. 149, 148, secondo-*bis* comma e 149, primo comma, lett. c-*bis*), t.u.f.; Commento *sub* art. 8 Codice di Autodisciplina; art. 6, raccomandazione 37, Codice di Autodisciplina 2020; par. 2, Sezione V, Capitolo 1, Titolo IV, Parte Prima, Disposizioni di vigilanza. La proposta consente anche di superare, in sede statutaria, i dubbi sull'assimilabilità dell'incarico *ex* art. 2398 c.c. a quello del presidente del consiglio di amministrazione (G.U. TEDESCHI, *Il collegio sindacale*, in *Commentario* Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1992, *sub* artt. 2397-2408, 244).

[133] Ovviamente con minor rigore sanzionatorio, tenuto conto delle differenti ragioni dell'art. 2404, secondo comma, c.c. e della sua attuazione flessibile in giurisprudenza (App. Catania, 8 ottobre 2019, reperibile in internet al seguente indirizzo: http://www.dejure.it).

[134] L'applicazione analogica dell'art. 2388, quarto comma, c.c. è consentita da dottrina e giurisprudenza (in termini ristretti agli atti di natura procedimentale, L. PICARDI, (nt. 24), 1663; in senso più lato, M. STELLA RICHTER JR., *Prime luci sul mistero della invalidità delle deliberazioni del collegio sindacale*, in *Riv. soc.*, 2018, 1090 ss., 1094 ss. e Trib. Milano, sez. spec. impresa, 23 aprile 2018, reperibile in internet al seguente indirizzo: http://www.dejure.it). Per la declinazione della disciplina rispetto alle deliberazioni del consiglio di sorveglianza *ex* art. 2409-*quaterdecies*, primo comma, c.c., si rinvia ad A. MIRONE, (nt. 92), 522 e 523. Per le delibere del consiglio di gestione e degli organi nel sistema monistico, v. i richiami *ex* artt. 2409-*undecies*, secondo comma, c.c. e 2409-*noviesdecies*, primo comma, c.c.

modalità partecipative alle riunioni collegiali [135].

L'esercizio della facoltà telematica non conforme alla *ratio legis* suppletiva circostanziata al paragrafo 4.5 può costituire, inoltre, inadempimento del dovere specifico alla presenza (e alla sua sorveglianza) richiesto agli esponenti [136]. Al contempo, la mancanza o l'inadeguatezza di presidi organizzativi in quest'àmbito può integrare inadempimento al dovere generale di diligenza *ex* artt. 2392, primo comma e 2407, primo comma, c.c. [137]. Tali inottemperanze legittimano, dunque, l'azione di revoca per giusta causa *ex* artt. 2383, terzo comma e 2400, secondo comma, c.c., finalizzata a ristabilire il corretto funzionamento degli organi; e consentono le azioni di responsabilità *ex* artt. 2392 ss. c.c., in presenza di un danno causalmente riconducibile alle violazioni [138].

Le ipotesi vanno naturalmente apprezzate caso per caso, in applicazione dei presupposti normativi, nonché dei contenuti statutari e di autoregolamentazione; tenendo conto delle circostanze concrete nelle quali si è risolto l'uso della facoltà telematica, inclusa la sussistenza di altre violazioni di legge [139]. In questa sede, ci si può limitare a osservare che la genericità delle clausole statutarie o dei presidi organizzativi nell'utilizzo dei mezzi di telecomunicazione non vale, di per sé, a escludere la legittimazione (e legittimità) dei rimedi indicati. Come si è motivato, l'esigenza di regolazione della "digitalizzazione" delibe-

---

[135] In base ai criteri elaborati da dottrina e giurisprudenza (G. STRAMPELLI, (nt. 24), 1297 ss.), è preferibile circoscrivere i soggetti legittimati al collegio sindacale e agli amministratori assenti o dissenzienti *ex* art. 2388, quarto comma, prima parte, c.c. Qualora la delibera non conforme infici la validità di singoli voti, è applicabile la sanatoria *ex* art. 2377, quinto comma, n. 2), c.c. (P. M. SANFILIPPO, (nt. 22), 451).

[136] Cfr. par. 7.1.

[137] Nell'àmbito di giurisprudenza e letteratura amplissime, v.: il punto di P. MONTALENTI, F. RIGANTI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2017, II, 775 ss.; l'inquadramento di C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e* Business Judgment Rule, *ivi*, 2016, 643 ss.; le recenti riflessioni di C. IBBA, (nt. 83), 248 e 249, S. FORTUNATO, (nt. 83), 974 ss., G.D. MOSCO, S. LOPREIATO, *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2019, 117 ss., 122 ss.

[138] V. PINTO, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, (nt. 49), *sub* art. 2388, 83 ss., 89 e 90 e R. SACCHI, (nt. 107), 385. Nei modelli cosiddetti alternativi, il richiamo va inteso agli artt. 2409-*novies*, sesto comma, 2409-*decies*, 2409-*terdecies*, terzo comma, 2409-*noviesdecies*, primo comma, c.c., con le relative declinazioni (A. MIRONE, (nt. 92), 526 e 528, nt. 38).

[139] Cfr. par. 7 ss. Criteri utili per l'accertamento si ricavano anche da M. LIBERTINI, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, (nt. 49), *sub* art. 2405, 255 ss., 255 e P. CUOMO, in *Le società per azioni*, (nt. 8), *sub* art. 2400, 1516 ss., 1521 e 1522.

rativa muove dalla considerazione di norme imperative. I silenzi dello statuto o degli assetti della struttura possono, perciò, risolversi in scelte che non tanto garantiscono l'elasticità degli organi; quanto piuttosto assecondano o rafforzano prassi non conformi alle ragioni legislative degli strumenti telematici. La chiarezza degli assetti contribuisce, invece e ad avviso di chi scrive, a offrire canoni più certi: sia per lo svolgimento dell'attività organica; sia per l'accertamento – o l'esclusione – dei vizi procedimentali e delle responsabilità degli esponenti apicali e della stessa società interessata [140].

9. *La trasparenza e i controlli prudenziali sull'utilizzo dei canali telematici negli organi di vertice delle s.p.a. quotate e bancarie.*

Ritornando all'ottica prudenziale che informa la disciplina di emittenti e intermediari, va sottolineata, infine, l'importanza della vigilanza sull'utilizzo dei canali telematici *ex* artt. 2388 e 2404 c.c. in modo trasparente nei confronti del mercato e conforme agli assetti di governo delle alee.

Rispetto agli emittenti, si ritiene che, nonostante il silenzio normativo [141], l'obbligo di *disclosure* sul tipo di presenza – se fisica o con mezzi di telecomunicazione – sia ricavabile dalla lettera e dalla *ratio* dell'art. 123-*bis*, primo e secondo comma, lett. d), t.u.f. La relazione sul governo societario e gli assetti proprietari deve, infatti, contenere le «informazioni dettagliate riguardanti […] il funzionamento degli organi di amministrazione e controllo e dei loro comitati». E l'opzione telematica rientra, come illustrato, nelle caratteristiche di svolgimento dell'attività collegiale rilevanti per la gestione dei rischi. Specifiche informazioni sul punto possono essere, inoltre, sollecitate da Consob, in virtù dei poteri *ex* art. 115 t.u.f. [142] o comunicate alla medesima Autorità dagli organi societari o dalla società di revisione [143].

I controlli sulla previsione e sull'esercizio delle facoltà telecomunicative *ex* artt. 2388 e 2404 c.c. sono, inoltre, compresi nei poteri prudenziali di BCE e

---

[140] Si pensi alle responsabilità *ex* artt. 5 e 6 d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

[141] Cfr. artt. 114, 115 e 123-*bis* t.u.f., come attuati nel regolamento Consob Emittenti.

[142] Sull'ampio perimetro delle norme, già P. SFAMENI, in *Commentario* Marchetti, (nt. 121), 1999, *sub* art. 115, 644 ss., 665 ss. e App. Torino, 9 gennaio 2014, decr., consultato in internet al seguente indirizzo: http://www.consob.it. Da ultimo, F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, Giappichelli, 2020[10], 447 ss.

[143] Cfr.: art. 149, terzo e quarto-*bis* comma, t.u.f.; artt. 123-*bis*, secondo comma, lett. d) e quarto comma e 155, secondo comma, t.u.f.; art. 14 d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 39.

Banca d'Italia, finalizzati all'accertamento della sana e prudente gestione. Si pensi al vaglio capillare in sede di accesso all'attività bancaria, di nomina degli esponenti aziendali o di modifiche statutarie *ex* artt. 14, 26 e 56 t.u.b. [144]. Si ponga mente all'ampio *corpus* di regole che – già negli assetti UE – legittima le potestà informative, regolamentari e ispettive delle Autorità, in materia di governo societario, controlli interni e gestione dei rischi [145]. Il pensiero è rivolto pure alla disciplina nazionale che dettaglia le competenze e l'attività degli organi degli enti creditizi, prescrivendo la trasmissione alle Autorità di un vasto spettro d'informazioni e documenti, inclusi i verbali delle adunanze [146]. Se all'esito delle verifiche, le modalità di partecipazione all'attività collegiale comportano – o concorrono a comportare – un pregiudizio per il canone *ex* art. 5, primo comma, t.u.b., gli uffici societari e le Autorità competenti possono assumere i provvedimenti, effettuare le comunicazioni e attuare le iniziative previsti dalla normativa, con ampi margini valutativi [147].

10. *L'uso dei mezzi di telecomunicazione tra disciplina inderogabile, libertà d'impresa e vigilanza: l'integrazione possibile ed efficiente degli interessi.*

L'analisi richiede, in conclusione, uno sguardo al concreto funzionamento degli organi collegiali nelle realtà d'impresa nazionali e, con esso, il richiamo ad alcune criticità tipiche. Queste ultime si affiancano alle evidenze del panorama internazionale [148] e possono essere accentuate da assetti di governo so-

---

[144] Attuati nella Parte Prima, Titolo I, Capitolo 1, Disposizioni di vigilanza per le banche. L'esame specifico si può leggere in A. ROSA, *L'accesso all'attività bancaria in Italia: una lettura sistematica tra diritto dell'Unione, disciplina nazionale e vigilanza unica*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 830 ss., 841 ss.

[145] Cfr. artt. 9 ss. regolamento UE 15 ottobre 2013, n. 1024. Per una sintesi, R. LENER, E. RULLI, *La vigilanza sui mercati finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, I, 447 ss.

[146] Cfr. artt. 51 ss. t.u.b. e Titolo IV, Parte Prima, Disposizioni di vigilanza per le banche.

[147] A. NIGRO, *Il nuovo ordinamento bancario e finanziario europeo: aspetti generali*, in *Giur. comm*., 2018, I, 181 ss.

[148] Per un confronto prima della crisi del 2007, K.J. HOPT, P.C. LEYENS, *Board Models In Europe – Recent Developments Of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy*, 2004, reperibile in internet al seguente indirizzo: https://ssrn.com/abstract=487944. Successivamente, R.B. ADAMS, B.E. HERMALIN, M.S. WEISBACH, *The Role of Boards of Directors in Corporate Governance: a Conceptual Framework & Survey*, 2009, reperibile in internet al seguente indirizzo: https://ssrn.com/abstract=1299212. Su

cietario carenti o inadeguati rispetto alla materia esaminata nelle presenti note. Da tempo, si è rilevato che l'attività del consiglio di amministrazione delle piccole-medie imprese azionarie rimane «nel chiuso» della struttura proprietaria e delle sue rappresentanze o influenze in seno alla gestione [149]. Si constatano problemi analoghi negli organi delle società aperte e finanziarie, derivanti dai seguenti fattori: sedi decisionali formali non sempre coincidenti con quelle effettive [150]; presenza di amministratori cosiddetti «family» [151]; conflitti d'interesse impliciti nei patti parasociali [152] o nei legami di gruppo; contributi deboli degli amministratori indipendenti e del collegio sindacale [153]. In tale contesto, una disciplina statutaria e una prassi organizzativa assenti o generiche sull'uso della facoltà partecipativa telematica possono contribuire a incentivare, insieme ad altri elementi [154], l'allontanamento degli esponenti – meglio, di alcuni di loro – dalla conoscenza, comprensione e ponderazione dei rischi implicati nell'attività di impresa, specialmente se vigilata.

Pure sotto gli aspetti segnalati si coglie, dunque, l'importanza dell'autonomia imprenditoriale in quest'àmbito. Aderendo alla chiave di lettura proposta, le opzioni tecnologiche riconosciute dai novellati artt. 2388, primo comma e 2404, primo comma, c.c. vanno apprezzate quali: libertà di facilitare la presenza degli esponenti negli organi di vertice; opportunità di adeguare l'utilizzo telematico alle caratteristiche strutturali e operative della singola realtà d'im-

---

alcuni temi più recenti: A. SARHAN, C.G. NTIM, B. AL-NAJJAR, *Board Diversity, Corporate Governance, Performance and Executive Pay*, 2019, in https://ssrn.com/abstract=3534932; J. WANG, *Board Connections and CEO Succession*, 2020, in https://ssrn.com/abstract=3551748; J. HU, S. LI, A.G. TABOADA, F. ZHANG, *Corporate Board Reforms Around The World and Stock Price Crash Risk*, 2020, in https://ssrn.com/abstract=3526384.

[149] *Considerazioni finali del Governatore della Banca d'Italia sul 2010*, Roma, 31 maggio 2011, 14 e 15, reperibile in internet al seguente indirizzo: http://www.bancaditalia.it.

[150] A. NUZZO, *Sulle sedi di decisione nelle società quotate e sulla prevenzione di abusi da concentrazione di potere*, in *A.G.E.*, 2003, 81 ss.

[151] Cfr. CONSOB, (nt. 17), 86 ss., 88.

[152] Cfr. CONSOB, *Relazione per l'anno 2018*, Roma, 31 marzo 2019, 100, reperibile in internet al seguente indirizzo: http://www.consob.it.

[153] L. DE ANGELIS, *Osservatorio sul requisito dell'indipendenza degli 'amministratori indipendenti'*, in *Banca, borsa, tit. cred.,* 2018, I, 583 ss. V. già l'analisi di S. ALVARO, D. D'ERAMO, G. GASPARRI, *Modelli di amministrazione e controllo nelle società quotate. Aspetti comparatistici e linee evolutive*, in *Quaderni giuridici Consob*, maggio 2015, n. 7, in www.consob.it. e ora CONSOB, (nt. 17), 109 ss.

[154] Le criticità vanno considerate alla luce del divieto *ex* art. 2388, terzo comma, c.c. e insieme a due momenti essenziali della *governance* azionaria: la scelta dei componenti degli organi apicali; la definizione delle politiche di remunerazione.

presa; responsabilità di declinare i princìpi imperativi sullo svolgimento delle attività collegiali nel governo dei rischi [155].

Gli articoli appena richiamati ed esaminati offrono, ad avviso di chi scrive, un esempio significativo, nel nostro ordinamento, di possibile ed efficiente integrazione tra norme inderogabili, interventi d'indirizzo statutario, più specifiche ed elastiche regole organizzative [156]. L'articolazione degli assetti di *governance* richiesta comporta, senz'altro, maggiori investimenti iniziali in termini di transazioni per soluzioni sintetiche e aderenti ai vari interessi coinvolti e per la loro concreta implementazione. Ma si ritiene che la stessa possa tradursi in un risparmio di costi e oneri durante lo svolgimento dell'impresa e pure nel momento di patologie endosocietarie o di sistema. Quanto più gli statuti e la struttura societaria riflettono e si conformano a un progetto strategico limpido, condiviso e corrispondente alla *ratio* degli artt. 2388 e 2404 c.c. e del quadro normativo considerato, tanto più essi concorrono a fornire parametri chiari ed efficaci per il funzionamento organico della società e la gestione delle sue alee [157].

Come illustrato, questi profili sono centrali nel governo delle s.p.a. che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e finanziarie e possono giovare alla dialettica con la vigilanza, sotto un duplice profilo. Da un lato, l'inclusione regolata e presidiata dell'utilizzo dei canali di telecomunicazione nei percorsi decisionali apicali concorre a garantire un aspetto essenziale della sana e prudente gestione: quello della funzionalità dei processi alla supervisione dei rischi. Dall'altro, essa orienta – e limita – la tanto dibattuta discrezionalità delle Autorità nelle verifiche prudenziali sull'impresa [158].

A tale ultimo proposito, va ricordato che la discussione accademica e le esigenze degli operatori sottolineano opportunamente la problematica tendenza normativa e di vigilanza a restringere eccessivamente e rigidamente l'autonomia d'impresa [159]. Anche in ragione di ciò, pare auspicabile che la libertà e

---

[155] L'unione d'interessi trova fondamento negli artt. 41, 42 e 47 Cost.; punti di riferimento per l'analisi delle norme anche in chiave evolutiva, tanto più essenziali quanto più articolato è diventato il sistema delle fonti: M. LIBERTINI e G.B. PORTALE, Interventi alla Tavola Rotonda, (nt. 6).

[156] Per l'approfondimento della dialettica, F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2002, 55 ss.

[157] Su un piano di vertice, F. D'ALESSANDRO, *Il fenomeno societario tra contratto e organizzazione*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 487 ss., 495; ID., *Il metodo nel diritto commerciale*, in *Rivista ODC*, 2019, 401 ss., 414 ss.

[158] R. COSTI, *La difesa del sanzionato: «una missione impossibile»*, in *Banca, impr., soc.,* 2019, 3 ss.

[159] G. ROSSI, *I diritti dei cittadini fra le crisi dell'impresa e della giustizia*, in *Riv. soc.*, 2014, 144 ss., 148.

la creatività imprenditoriali si esprimano nell'applicazione di norme – come quelle oggetto di studio – che permettono la declinazione di regole, al contempo, idonee all'attività svolta, originali rispetto alla concorrenza, a tutela delle esternalità interessate. Nel sistema esistono già spazi statutari e organizzativi che andrebbero coltivati con maggiore intenzione e competizione dalle s.p.a. nazionali, anche alla luce delle esperienze di altri Stati UE. Agli argomenti sviluppati a conforto di tale rilievo, si affianca l'osservazione dell'importante contributo economico e culturale che l'impresa "di sistema" e i suoi esponenti possono offrire per la valorizzazione dei benefici, la risoluzione dei problemi e la composizione delle istanze implicati, con attualità e urgenza, dall'evoluzione tecnologica.

Postilla dell'a.

*Si è tenuto conto, nello scritto, dei provvedimenti normativi emanati in Italia nella prima parte dello stato d'emergenza epidemiologica da Covid-19. Sono stati approvati ed entrati in vigore, nell'attesa delle bozze di stampa del saggio, i seguenti atti legislativi: (*i*) l. 24 aprile 2020, n. 27, di conversione, con modificazioni, del d. l. 17 marzo 2020, n. 18; (*ii*) d. l. 16 maggio 2020, n. 33 e l. 22 maggio 2020, n. 35, di conversione, con modificazioni, del d. l. 25 marzo 2020, n. 19; (*iii*) d. l. 19 maggio 2020, n. 34. Questi interventi non introducono novità sostanziali rispetto alle norme richiamate alle nt. 5 e 62 e si può, perciò, confermare la lettura delle stesse proposta in quella sede.*

È, altresì, opportuno e doveroso dare atto che gli ordinamenti degli Stati UE richiamati al par. 5, diversamente dal legislatore italiano, hanno previsto norme eccezionali per le adunanze degli organi di amministrazione e controllo nelle società azionarie, durante l'emergenza epidemiologica (in Germania e fino al 31 dicembre 2021, v. art. 2, § 1, Gesetz zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht, *27 marzo 2020, consultato nella versione inglese in* www.gesetze-im-internet.de. *In Francia e fino al 31 luglio 2020, salvo proroga non oltre il 30 novembre 2020, v. artt. 8 e 9* Ordonnance *25 marzo 2020, n. 321, attuata con* Décret *10 aprile 2020, n. 418 e consultata in* www.legifrance.gouv.fr. *In Spagna, fino al 31 dicembre 2020 e salvo proroghe, v. artt. 40 e 41* Real Decreto-ley *17 marzo 2020, n. 8, modificati dalla prima disposizione finale,* Real Decreto-Ley *31 marzo 2020, n. 11 e consultati in* www.boe.es*). La considerazione di queste disposizioni sollecita l'istanza di un quadro normativo più limpido sul funzionamento degli organi di vertice delle s.p.a. italiane durante lo stato d'emergenza, anche per ragioni di concorrenza con le imprese degli altri Stati. Al contempo, lo stesso*

apprezzamento riporta l'attenzione sulla necessità di cautela nella disciplina emergenziale. Negli Stati UE citati, infatti, la possibilità di riunioni telematiche degli organi collegiali apicali in deroga agli statuti è, sì, consentita ma, con varietà di soluzioni e anche distinguendo tra società quotate e non, in virtù di norme: specifiche e diverse da quelle destinate all'assemblea dei soci; con la prescrizione di limiti sugli argomenti delle adunanze, sulla tipologia dei mezzi di telecomunicazione e sulle condizioni di utilizzo ammesse.

Sotto un profilo strettamente collegato, pare a chi scrive che gli sviluppi della pandemia stiano rafforzando l'importanza di ordine, chiarezza e presidi della cornice organizzativa dell'impresa nella materia oggetto di questo studio. La capacità e la qualità deliberative degli organi di amministrazione e controllo, soprattutto nelle s.p.a. vigilate, stanno assumendo valore ulteriore, contenuti (e criticità) più complessi e nuovi. Si sta irrobustendo l'esigenza di adeguatezza – perciò di sicurezza e, insieme, flessibilità – dello svolgimento delle adunanze collegiali (sia in presenza, sia "in remoto"). Si sta accentuando il rilievo dell'efficace gestione strategica dell'attività, del suo finanziamento, della sua possibile crisi. Sta emergendo l'aspetto dell'effettiva sorveglianza di un'organizzazione che, in particolare nell'àmbito dei servizi, si articola e opera prevalentemente a distanza. Si sta fortificando e, per alcuni aspetti, estendendo la funzione (e la responsabilità) degli organi di vertice nella ponderazione dei rischi e nella composizione degli interessi coinvolti dall'esercizio d'impresa. In tale contesto, le forme e i contenuti dell'integrazione telematica nei procedimenti deliberativi collegiali possono incidere in modo ancor più significativo sul governo delle alee nelle società azionarie.

Temi e dibattiti di attualità

I sindaci nel nuovo sistema concorsuale: gli artt. 2477 c.c. e 14 c.c.i.i. [1]

The statutory auditors in the context of the new Italian insolvency law system

Gianluca Guerrieri*

ABSTRACT:

Il codice della crisi e dell'insolvenza, nel novellare l'art. 2477 c.c. e nell'introdurre, nel sistema, i precetti di cui all'art. 14, ha modificato la disciplina dell'organo di controllo delle società di capitali, dando vita a una serie di ambiguità e incertezze relative, in particolare, ai poteri dei sindaci in presenza di fondati indizi della crisi. Si rende necessaria, dunque, una lettura della disciplina della *governance* societaria che consenta di dissipare i dubbi sollevati dalla novella, armonizzandola, per quanto possibile, con i principi generali su cui si impernia il sistema codicistico.

Parole chiave: sindaci – crisi dell'impresa – strumenti d'allerta

The Code of the Crisis and Insolvency has modified the rules governing, inter alia*, statutory auditors and their powers when crisis of the company occurs, giving rise to a series of ambiguities and uncertainties relating, in particular, to the powers of auditors in the presence of well-founded indications of the crisis. It is therefore necessary to make an effort of interpretation of these new rules, in order to clarify the main issues created by Italian lawmaker and to harmonize their contents with the principles governing our company law system.*

***Keywords**: statutory auditors – business crisis – early warning tools*

[1] Il presente contributo rappresenta la rielaborazione in forma scritta – corredata da un sintetico apparato di note – delle relazioni svolte sul tema al convegno tenutosi a Parma, il 5 aprile 2019, su "Organizzazione societaria e presidi aziendali nel codice della crisi e dell'insolvenza", e al convegno tenutosi a Mantova, nei giorni 11-12 ottobre 2019, su "Le opportunità del debitore in crisi".

* Professore ordinario di diritto commerciale dell'Università di Bologna; e-mail: gianluca.guerrieri@unibo.it.

SOMMARIO:

1. Premessa. – 2. L'art. 2477 c.c. – 3. L'art. 14 c.c.i.i. – 3.1. L'estensione dei doveri di controllo posti a carico dei sindaci. – 3.2. I fondati indizi della crisi. – 3.3. La valutazione di inadeguatezza degli indici elaborati dal CNDCEC. – 3.4. L'omessa o inadeguata risposta dell'organo amministrativo – 3.5. L'esenzione da responsabilità di cui all'art. 14, terzo comma, c.c.

1. *Premessa.*

Coerentemente con il disegno normativo volto a strutturare la *governance* delle società nella maniera più efficiente per rilevare e affrontare tempestivamente la crisi, il Codice della Crisi e dell'Insolvenza (c.c.i.i.)[2] detta numerose disposizioni dirette a rafforzare il sistema dei controlli societari.

Fra queste, assumono un particolare rilievo l'art. 379 c.c.i.i., che novella l'art. 2477 c.c. ampliando il novero dei casi in cui, nelle s.r.l., è obbligatoria la nomina di un organo di controllo o di un revisore, e l'art. 14 c.c.i.i., che assegna ai revisori e ai sindaci una serie di poteri-doveri funzionali all'attivazione dei meccanismi di c.d. allerta interna[3].

---

[2] La cui entrata in vigore, per effetto dell'art. 5 d.l. 8 aprile 2020, n. 23, è stata differita all'1 settembre 2021; salvo quanto previsto dall'art. 389, secondo comma, dello stesso c.c.i.i., circa l'entrata in vigore il 16 marzo 2019 delle disposizioni ivi indicate, fra cui l'art. 379, che ha novellato l'art. 2477 c.c.

[3] Sulle fattispecie disciplinate da tali disposizioni e sugli assetti societari delineati dal c.c.i.i. si vedano, senza pretese di completezza, R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2019, 929 ss.; S. FORTUNATO, *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv. soc*., 2019, 952 ss.; N. ABRIANI, A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, 393 ss.; P. VALENSISE, *Organo di controllo nelle procedure di allerta*, in *Giur. comm*., 2019, I, 583 ss.; A. ROSSI, *Dalla crisi tipica* ex *c.c.i.i. alla resilienza della* twilight zone, in *Fallimento*, 2019, 291 ss.; A. BARTALENA, *Le azioni di responsabilità nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2019, 298 ss.; M. S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla gestione dell'impresa nel nuovo art. 2086 c.c.*, in *Riv. soc*., 2019, 262 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.; 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, 399 ss.; A. GUIOTTO, *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, in *Fallimento*, 2019, 409 ss.; M. FERRO, *Allerta e composizione assistita della crisi nel d.lgs. 14/2019: le istituzioni della concorsualità preventiva*, in *Fallimento*, 2019, 419 ss.; M. BINI, *Procedure di allerta: indicatori della crisi ed obbligo di segnalazione da parte degli organi di controllo*, in *Società*, 2019, 430 ss.; F. FERRANDI, *Sentieri normativi verso l'introdu-*

Tanto l'una, quanto l'altra disposizione sollevano, peraltro, numerose ambiguità ed incertezze, che il presente contributo – riferito principalmente ai sindaci – mira a mettere in luce, di modo da porre le basi per più ampie e approfondite riflessioni sulla presenza e sul ruolo degli organi di controllo nelle società di capitali.

2. *L'art. 2477 c.c.*

Quanto all'art. 2477 c.c., è noto che il c.c.i.i. è intervenuto, principalmente, sulla previsione di cui al secondo comma, lett. c), sancendo l'obbligatorietà della nomina di un organo di controllo o di un revisore ogni qual volta, per due esercizi consecutivi, sia superato uno (e non più due) dei limiti ivi indicati: limiti che, per effetto del d.l. n. 32/2019, convertito con l. n. 55/2019 (c.d. decreto sblocca-cantieri), sono stati innalzati a quattro milioni di attivo dello

zione delle misure di allerta e prevenzione della crisi di impresa nell'ordinamento italiano, in *Dir. fall*., 2019, I, 311 ss.; E. TERRIZZI, *Adeguatezza degli assetti organizzativi per la gestione della crisi d'impresa*, in *Società*, 2020, 280 ss.; G. VERNA, *Strumenti per il nuovo assetto organizzativo delle società*, in *Società*, 2019, 929 ss.; M. PERRINO, *Crisi di impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in *Corr. giur.*, 2019, 653 ss.; G. RACUGNO, *Gli indicatori della crisi d'impresa nel passaggio dal bilancio d'esercizio al bilancio consolidato*, in *Dir. fall*., 2020, 324 ss.; D. LATELLA, *Ruolo del professionista e assetto dei controlli interni*, in *Dir. fall.*, 2020, 362 ss.; M. BIANCA, *I nuovi doveri dell'organo di controllo tra Codice della crisi e Codice civile*, in *Dir. fall*., 2019, 1339 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 5 ss.; F. BRIZZI, *Procedure di allerta e doveri degli organi di gestione e controllo: tra nuovo diritto della crisi e diritto societario*, in questa rivista, 2019, 345 ss.

Per una prima presentazione del codice della crisi v., *inter alia*, G. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, Giappichelli, 2019; *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, a cura di S. Sanzo e D. Burroni, Bologna, Zanichelli, 2019; A. JORIO, *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in *Dir. fall*., 2019, I, 283 ss.; L. STANGHELLINI, *Il codice della crisi di impresa: una primissima lettura (con qualche critica)*, in *Corr. giur*., 2019, 450 ss.; G. LO CASCIO, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: considerazioni a prima lettura*, in *Fallimento*, 2019, 263 ss.; G.A. TRIMARCHI, *Codice della crisi: riflessioni sulle prime norme*, in *Notariato*, 2019, 115 ss. Si consenta inoltre il rinvio a G. GUERRIERI, *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2019, 809 ss.

Essendo la presente trattazione riferita, oltre che alla struttura dell'organo di controllo delle s.r.l., agli obblighi imposti ai sindaci (oltre che ai revisori) dall'art. 14 c.c.i.i., pare opportuno ricordare che: (*i*) non tutte le società di capitali sono caratterizzate dalla presenza di organi di controllo (e v., per l'appunto, quanto osservato di seguito, al par. 2); (*ii*) non tutte le società di capitali caratterizzate dalla presenza di organi di controllo sono soggette, *ex* art. 12 c.c.i.i., alle disposizioni in tema di allerta e di composizione assistita della crisi, fra le quali l'art. 14 (su cui *infra*, al par. 3).

stato patrimoniale, quattro milioni di ricavi delle vendite e delle prestazioni e venti dipendenti occupati in media durante l'esercizio.

Il legislatore ha poi previsto che l'obbligo di nomina dei predetti organi cessi ove non sia superato alcuno dei predetti limiti non più per due, ma per tre esercizi consecutivi; essendo statuito che, ove l'assemblea non provveda entro trenta giorni dall'approvazione del bilancio in cui venga superato uno dei limiti di cui alla lett. c), la nomina può essere disposta dal tribunale, attivabile ora non solo su istanza di qualsiasi interessato, ma anche su segnalazione del conservatore del registro delle imprese.

Parallelamente, l'art. 379 c.c.i.i., nella sua versione originaria, stabiliva che le s.r.l. e le cooperative [4] costituite alla data di entrata in vigore di tale articolo – e, dunque, il 16 marzo 2019 – avrebbero dovuto nominare gli organi di controllo e il revisore e, se necessario, uniformare l'atto costitutivo e lo statuto alle nuove previsioni normative, entro nove mesi, e dunque entro il 16 dicembre 2019; essendo ulteriormente specificato che le previgenti disposizioni statutarie non conformi a tali inderogabili previsioni avrebbero conservato la loro efficacia fino a tale termine [5]: termine tardivamente prorogato grazie alla novellazione dell'art. 379 c.c.i.i. ad opera dell'art. 8 d.l. n. 162/2019, convertito con l. n. 8/2020, che ha sostituito il riferimento ai "nove mesi" sopra citati con "la data di approvazione dei bilanci relativi all'esercizio 2019, stabilita ai sensi dell'art. 2364, secondo comma, del codice civile" [6]; dovendosi aggiungere

[4] Nelle cooperative, come noto, l'art. 2543 c.c. prevede che, nei casi di cui all'art. 2477, secondo e terzo comma, c.c. (riferimento da intendersi, oggi, alle previsioni di cui all'attuale secondo comma, che un tempo coincideva col terzo comma di detto articolo), sia obbligatoria la nomina "del collegio sindacale"; espressione che è dubbio possa essere riferita, oggi, all'organo di controllo monocratico (la cui presenza, pure, ai sensi dell'art. 2477, primo comma, c.c. rappresenta attualmente la regola, essendo per contro la presenza di un organo di controllo collegiale l'eccezione).

[5] Peraltro, ai sensi dell'ultimo periodo dell'art. 379, terzo comma, "Ai fini della prima applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 2477 del codice civile, commi secondo e terzo, come sostituiti dal comma 1" (ma in realtà il riferimento deve oggi essere inteso all'art. 2477 c.c., così come novellato dal d.l. n. 32/2019: e v. *supra*, nel testo, in questo stesso par.), "si ha riguardo ai due esercizi antecedenti la scadenza indicata nel primo periodo"; scadenza che ora è stata prorogata (e v. di seguito, in questo stesso par. e in nota).

[6] In base a tale previsione, come noto, "L'assemblea ordinaria deve essere convocata almeno una volta l'anno, entro il termine stabilito dallo statuto e comunque non superiore a centoventi giorni dalla chiusura dell'esercizio sociale. Lo statuto può prevedere un maggior termine, comunque non superiore a centottanta giorni, nel caso di società tenute alla redazione del bilancio consolidato ovvero quando lo richiedono particolari esigenze relative alla struttura ed all'oggetto della società; in questi casi gli amministratori segnalano nella relazione prevista dall'articolo 2428 le ragioni della dilazione".

che, ai sensi dell'art. 106 d.l. n. 18/2020, convertito con l. n. 27/2020, "In deroga a quanto previsto dagli articoli 2364, secondo comma, e 2478-bis, del codice civile o alle diverse disposizioni statutarie, l'assemblea ordinaria è convocata entro centottanta giorni dalla chiusura dell'esercizio".

Dalle citate previsioni pare, *in primis*, di poter desumere, *a contrario*, che le clausole degli statuti delle s.r.l. e delle cooperative che, allo scadere di detto termine [7], non risultino conformi al novellato art. 2477 c.c. [8] dovranno considerarsi affette (non da nullità [9], bensì) da inefficacia sopravvenuta.

Ne discende che, trovando applicazione l'art. 2477 c.c. [10], la nomina di un organo di controllo o di un revisore, ove ricorrano le ipotesi previste dal comma secondo di detto articolo, sarà comunque obbligatoria anche nell'ipotesi in cui le clausole statutarie difformi dalla legge non siano state rimosse e siano rimaste iscritte nel registro delle imprese.

Parimenti, si deve escludere che una società rientrante nell'ambito di applicazione dei predetti commi possa sottrarsi all'obbligo di nomina facendo leva sulla mancata approvazione del bilancio o sulla non veridicità del suo contenuto.

Se è vero, infatti, che il legislatore impone all'assemblea di procedere alla nomina entro trenta giorni dall'approvazione del bilancio da cui emerga la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 2477, secondo comma [11], è altrettanto vero che tale previsione presuppone che i bilanci delle società siano redatti nei termini di legge e abbiano un contenuto conforme al dettato normativo.

La mancata approvazione del bilancio da cui dovrebbe risultare il superamento delle soglie di cui all'art 2477, lett. c), così come l'approvazione di un bilancio falso, non può, dunque, essere il mezzo per evitare la nomina di sindaci o revisori la cui presenza è imposta dalla legge [12]; con la conseguenza

[7] Per la cui precisa identificazione v. *infra*, in questo stesso par.

[8] Il richiamo all'art. 2477 c.c. pare, in effetti, dover essere inteso facendo riferimento alla versione di tale articolo scaturita dall'emanazione del d.l. n. 32/2019, sopra ricordata; questo, nonostante il terzo comma dell'art. 379 si riferisca – lo si è già ricordato – alle inderogabili previsioni di cui al comma 1, ove – come evidente – sono stabiliti i limiti originariamente introdotti dal c.c.i.i. e non quelli attualmente individuati dalla disposizione codicistica.

[9] E v. invece S. FORTUNATO, (nt. 1), 980.

[10] Conclusione pacifica, a tacer d'altro, ai sensi dell'art. 1374 c.c., per cui "Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità".

[11] In particolare, il primo periodo dell'art. 2477, quinto comma, c.c. prevede che, come già ricordato, "L'assemblea che approva il bilancio in cui vengono superati i limiti indicati al secondo comma deve provvedere, entro trenta giorni, alla nomina dell'organo di controllo o del revisore.".

[12] In tal senso mi pare di potere integrare quanto sostenuto in G. GUERRIERI, *Il collegio sin-*

che, nella prassi, al tribunale a cui sarà richiesto di procedere alla nomina, ai sensi dell'art. 2477, secondo comma, verrà talora verosimilmente richiesto anche di accertare, in via incidentale, il ritardo nell'approvazione del bilancio o la non rispondenza al vero del suo contenuto.

È proprio con riferimento alla nomina ad opera del tribunale, peraltro, che il c.c.i.i. – come già ricordato – è intervenuto in modo significativo sul dato normativo, prescrivendo che alla stessa possa procedersi non più, soltanto, su istanza di chiunque vi abbia interesse, ma anche su segnalazione del conservatore del registro delle imprese.

La norma muove, ovviamente, dalla considerazione per cui il conservatore, verificando le risultanze dei bilanci, sarà generalmente in grado di constatare il superamento delle soglie di cui all'articolo 2477, lettera c) [13].

Certo, con riferimento alle società già esistenti alla data del 16 dicembre 2019, il compito richiesto ai conservatori dei singoli registri appariva di non agevole realizzazione, tanto che il potere-dovere di segnalare le società tenute alla nomina dell'organo di controllo o del revisore avrebbe potuto essere più opportunamente posto a carico dei conservatori solo con riferimento ai bilanci depositati in epoca successiva a tale data.

Al riguardo, tuttavia, occorre considerare che:

(*i*) nel dicembre 2019, Unioncamere ha dato vita a una circolare con la quale ha preannunciato l'invio, a tutte le società ricadenti nell'ambito dell'art. 2477, lettera c), di una comunicazione volta a sollecitare la nomina *de qua*. Sollecito non propriamente tempestivo, invero, ed anche – per così dire – ambiguo, dal momento che la circolare non chiariva in maniera espressa, che – sulla base del testo originario dell'art. 379 c.c.i.i. – le società in possesso dei requisiti di cui alla lett. c) dovevano provvedere alla nomina entro il 16 dicembre 2019, senza attendere il trentesimo giorno dall'approvazione dei bilanci chiusi al 31 dicembre 2019 [14];

---

dacale ed il sindaco unico nella società a responsabilità limitata, pubblicato in *Giur. comm*., 2018, I, 236.

[13] E fermo restando quanto già osservato *supra*, nel testo, in merito alla circostanza per cui non sempre i bilanci saranno approvati, o comunque lo saranno tempestivamente e avendo un contenuto *secundum legem*.

[14] Non v'è dubbio, infatti, che per quanto l'articolo 2477 c.c., di per sé solo considerato, potesse essere letto in quest'ultimo senso, l'art. 379 c.c.i.i. fosse chiaro nell'imporre alle società di espletare l'incombente *de quo* entro il 16 dicembre 2019 (e v., fra gli altri, S. FORTUNATO, (nt. 1), 980); data entro la quale, a ben vedere, la legge richiedeva – al contrario di quanto sostenuto, talora, nella prassi – non solo la convocazione dell'assemblea e l'adozione della delibera di nomina, ma anche l'accettazione dei soggetti designati e, dunque, il loro insediamento in carica.

(*ii*) a seguire, come ricordato, il riferimento, contenuto nell'art. 379 c.c.i.i., alla data del 16 dicembre 2019 è stato sostituito dal riferimento a "la data di approvazione dei bilanci relativi all'esercizio 2019, stabilita ai sensi dell'art. 2364, secondo comma, del codice civile" [15];

(*iii*) da ultimo, mediante l'art. 106 d.l. n. 18/2020, è stato previsto che, "In deroga a quanto previsto dagli articoli 2364, secondo comma, e 2478-bis, del codice civile o alle diverse disposizioni statutarie, l'assemblea ordinaria è convocata entro centottanta giorni dalla chiusura dell'esercizio" [16].

In tal modo il legislatore ha inteso venire incontro alle tante società che, alla data del 16 dicembre 2020, non avevano ancora provveduto all'adeguamento dei rispettivi statuti, né provveduto alla nomina dell'organo di controllo obbligatorio, prorogando tardivamente il termine per espletare tali incombenti.

Anche alla luce dell'intervento normativo ricordato *sub* iii), pare discenderne che:

(*a*) le s.r.l. e le cooperative costituite prima del 16 marzo 2019 [17] sono te-

---

Evidente, infatti, l'intento legislativo di fare in modo che tutte le società ricadenti nell'ambito di applicazione dell'art. 2477, lett. c), si uniformassero alle nuove norme inderogabili entro il citato termine, senza potere fare leva sulla mancata accettazione dei soggetti nominati per ritardare l'insediamento in carica di organi la cui presenza, nell'ottica del legislatore, appariva ed appare indispensabile presidio di legalità, nell'interesse dei soci, dei terzi e della generalità dei consociati.

In realtà, è verosimile che la lettura più lassista delle norme *de quibus* – e la decisione, di cui alla predetta circolare, di non procedere alle segnalazioni di cui al quinto comma dell'art. 2477 c.c. sin dal 17 dicembre 2020 – nascesse non da un erroneo approccio ermeneutico, ma dalla volontà politica di evitare di procedere a un elevatissimo numero di segnalazioni ai tribunali competenti, assegnando alle società interessate una sorta di termine di grazia per rimediare alla mancata ottemperanza al disposto dell'art. 379 c.c.i.i.

[15] Trattasi, come anticipato, della previsione normativa introdotta, mediante novellazione dell'art. 379 c.c.i.i., dall'art. 8 d.l. n. 162/2019, convertito con l. n. 8/2020.

[16] Il predetto art. 106 d.l. n. 18/2020 – emanato per contrastare l'epidemia legata al virus Covid-19 e consentire, *inter alia*, alle società di operare mediante mezzi telematici e, comunque, a distanza – ha previsto ulteriormente, sia pure solo con riferimento alle adunanze delle assemblee (di società di capitali, di cooperative e di mutue assicuratrici) e non anche, secondo quanto sarebbe stato più opportuno, alle adunanze degli altri organi societari, la possibilità che le stesse si tengano, anche in deroga alle disposizioni dei rispettivi statuti, mediante mezzi di telecomunicazione, o comunque in modo da consentire l'espressione del voto per via elettronica o per corrispondenza, ovvero, nelle s.r.l., anche in deroga all'art. 2479, quarto comma, mediante consultazione scritta o consenso espresso per iscritto.

[17] Per le s.r.l. e le cooperative costituite dopo tale data, i cui statuti devono ovviamente risultare conformi al novellato art. 2477 c.c. (operando altrimenti i tradizionali rimedi previsti dalla legge per l'ipotesi di difformità degli statuti societari alle norme imperative di legge: e v.

nute a nominare l'organo di controllo o il revisore alla data in cui deve essere approvato, *ex* art. 2364 c.c., il bilancio di esercizio 2019 [18], soltanto se hanno superato uno dei limiti di cui alla lett. c) sia nel corso dell'esercizio 2019, sia nel corso del precedente esercizio 2018 [19];

(*b*) per effetto di quanto disposto dall'art. 106 d.l. n. 18/2020, la data *sub* a) deve essere fatta coincidere, per tutte le società, con il centottantesimo giorno dalla chiusura dell'esercizio 2019 (e, dunque, con il giorno 28 giugno 2020), senza che sia necessaria la ricorrenza delle particolari esigenze di cui all'art. 2364, secondo comma, c.c. e anche in assenza della previsione statutaria ivi prevista [20];

---

per tutti G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*[9], Torino, Utet, 2015, 47 ss.; G. COTTINO, *Diritto commerciale*, vol. I, tomo II[3], Padova, Cedam, 1994, 105 ss.), l'organo di controllo è obbligatorio ove ricorra una delle condizioni di cui al secondo comma di tale articolo; quanto al disposto della lett. c), dunque, l'obbligo di procedere alla relativa nomina, per le società costituite entro la fine del 2019, sorgerà ove, oltre che nella frazione di esercizio 2019, anche nell'esercizio 2020 sia superato almeno uno dei limiti ivi previsti.

[18] In questi termini pare dover essere letta la previsione di cui al citato art. 8, comma 6 *sexies*, d.l. n. 162/2019; norma che, nel richiamare la data di approvazione del bilancio di esercizio, stabilita ai sensi dell'art. 2364 c.c., pare riferirsi al (centoventesimo o al) centottantesimo giorno (e v, nel testo, *sub* b]) dalla chiusura dell'esercizio, a prescindere dalla data in cui il bilancio, in concreto, venga approvato; sì che, in ogni caso, come detto, s.r.l. e cooperative non possono godere di un termine più lungo ritardando l'approvazione del loro bilancio.

Si noti, peraltro, come il legislatore, nel riferirsi al bilancio di esercizio 2019, abbia evidentemente tenuto in considerazione le società il cui esercizio coincide con l'anno solare. Ciò conduce a chiedersi se, per le società il cui esercizio non coincide con l'anno solare, il termine *de quo* debba essere fatto coincidere – come per le prime – con il (centoventesimo o il) centottantesimo giorno dell'anno 2020 (trattasi, come precisato *infra*, nel testo, del 28 giugno 2020), o se debba essere identificato con una data diversa; soluzione, quest'ultima, poco convincente, non tanto per la differenza di trattamento che determinerebbe fra i vari enti societari, ma soprattutto perché renderebbe del tutto discrezionale comprendere, per dette società, quale dovrebbe essere considerato, ai fini di cui alla normativa citata, il bilancio di esercizio 2019 (si dovrebbe considerare quello che termina nell'anno 2019 o quello che inizia nell'anno 2019 ?).

[19] Se si accoglie l'idea per cui il termine di cui all'art. 379 c.c.i.i. scade, per tutte le società, alla data prevista dalla legge per l'approvazione del bilancio di esercizio 2019 (e v. *supra*, alla nota che precede), i due esercizi di cui all'ultimo periodo dell'art. 379, terzo comma, c.c.i.i. coincidono, infatti, necessariamente con gli esercizi 2019 e 2018. Sull'identificazione dei predetti due esercizi, alla luce del testo originario della norma, v. per tutti G. LEOGRANDE, F. GHIGNONE, G. BARVAS, *Le disposizioni di immediata applicazione del nuovo codice della crisi e della insolvenza*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2019, 29 ss.

[20] Se è vero, infatti, che l'art. 106 d.l. n. 18/2020 opera – per sua espressa previsione – in deroga all'art. 2364 c.c. e che, per contro, il novellato art. 379 c.c.i.i., nel riferirsi al termine di approvazione del bilancio stabilito ai sensi di detto articolo del codice civile, lascia pensare che, per le società per cui non ricorrano le condizioni per approvare il bilancio oltre i centoven-

(*c*) le clausole statutarie contrastanti col disposto dell'art. 2477 c.c. che *ex* art. 379 c.c.i.i., a partire dal 16 dicembre 2020, avevano perduto efficacia, ove non espunte volontariamente dallo statuto devono considerarsi in vigore sino alla data di cui *supra*, *sub* b)[21]; giorno in cui saranno di nuovo affette da inefficacia sopravvenuta.

3. *L'art. 14 c.c.i.i.*

Le nuove disposizioni sugli organi di controllo delle s.r.l. si inseriscono, peraltro, in un quadro normativo che, anche e soprattutto grazie alle disposizioni sull'allerta, delinea un ruolo parzialmente diverso dal passato, in ciascun tipo societario capitalistico, tanto per i sindaci, quanto per i revisori.

Norma chiave del sistema è, senza dubbio, l'art. 14 c.c.i.i., in base al quale:

"1. Gli 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.

2. La 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

ti giorni dalla chiusura dell'esercizio, il termine di cui all'art. 379 c.c.i.i. scada, appunto, al centoventesimo giorno, pare più convincente ritenere che l'entrata in vigore dell'art. 106 d.l. n. 18/2020 consenta a tutte le società di beneficiare, anche per la nomina dell'organo di controllo obbligatorio, di un periodo "di grazia" più lungo; tanto più se si considera che la legislazione d'emergenza nata per contrastare l'epidemia da Covid-19 intende certamente andare incontro alle imprese anche dal punto di vista economico, sì che pare corretto fornire, del combinato disposto degli articoli citati, l'interpretazione che pone a carico delle imprese i costi (oltre che gli elementi di "pressione") minori.

[21] Ciò fa pensare che, ove nominato, prima del 16 dicembre 2019, un organo di controllo o di un revisore, lo stesso – stante la reviviscenza delle citate clausole statutarie e la proroga del termine previsto (dall'art. 379 c.c.i.i.) per la relativa nomina – possa essere revocato per giusta causa (e v., del resto, quanto prescritto dall'art. 20, ottavo comma, d. lgs. 24 giugno 2014, n. 91, su cui si consenta il rinvio a G. GUERRIERI, (nt. 11), 228 ss.), pur dovendosi procedere ad una nuova nomina (ma non necessariamente dello stesso soggetto o degli stessi soggetti!) entro il 28 giugno 2020.

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.

3. La 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.

4. Le banche e gli altri intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del testo unico bancario, nel momento in cui comunicano al cliente variazioni o revisioni o revoche degli affidamenti, ne danno notizia anche agli organi di controllo societari, se esistenti.".

La norma – la cui entrata in vigore è oggi prevista per il 1° settembre 2021 [22] – solleva un'ampia serie di interrogativi, ai quali, nei prossimi anni, gli interpreti saranno chiamati a dare risposta.

In questa sede, volendo limitare l'indagine, come anticipato, al ruolo dei sindaci [23], se ne possono individuare almeno cinque.

---

[22] Prima dell'emanazione del d.l. n. 23/2020, che ha differito all'1 settembre 2021 l'entrata in vigore dell'intero c.c.i.i. (eccezion fatta per le disposizioni di cui all'art. 389, secondo comma), l'art. 11 d.l. n. 9/2020 aveva previsto che "L'obbligo di segnalazione di cui agli articoli 14, comma 2, e 15 del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, opera a decorrere dal 15.2.2021" invece che dal 14 agosto 2020, data originariamente prevista per l'entrata in vigore del c.c.i.i.

[23] Quanto ai revisori, fornire una corretta interpretazione dei dati normativi appare ancora più complesso che per i sindaci, specie tenendo conto dell'ambiguità della previsione per cui gli obblighi di cui all'art. 14, primo comma, incombono su "Gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni". In effetti, non è chiaro se e in che misura detta ultima statuizione valga ad attenuare i doveri e, conseguentemente, le responsabilità dei revisori, secondo quanto, *prima facie*, si potrebbe pensare: 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, eccezion fatta per la verifica dell'"equilibrio economico finanziario" in occasione delle verifiche imposte dalla normativa sulla revisione legale (e v.,

3.1. *L'estensione dei doveri di controllo posti a carico dei sindaci.*

In primo luogo, occorre chiedersi se, rispetto a "l'equilibrio economico finanziario" e al "prevedibile andamento della gestione", i sindaci siano chiamati a un controllo "di primo grado" – dovendo essi stessi compiere la verifica *de qua* – o piuttosto ad un controllo "di secondo grado", dovendo limitarsi a controllare che detta verifica sia eseguita dagli amministratori [24].

In effetti, la lettera dell'articolo 14 è compatibile con ambedue le interpretazioni; ma non v'è dubbio che, alla luce delle prerogative attribuite ai sindaci nel nostro sistema giuridico, sia più corretto ritenere che, quantomeno con riferimento al prevedibile andamento della gestione, la predetta valutazione debba essere effettuata dagli amministratori e che i sindaci debbano limitarsi a verificare la legittimità della condotta di questi ultimi [25].

Ciò, in considerazione del fatto che il controllo di merito sull'andamento dell'impresa [26] rappresenta una componente fondamentale della funzione gestoria, sì che, in assenza di chiari indici di segno contrario, pare naturale riferire il precetto *de quo* ai soli soggetti – gli amministratori – che in ogni caso detto controllo sarebbero chiamati ad espletare.

Quanto alla verifica circa la sussistenza dell'equilibrio economico finanziario, invero, gli amministratori devono operarla con regolarità; ed è alla stessa che, verosimilmente, è riferito l'art. 14 c.c.i.i.

Rimane fermo che i sindaci [27], nel corso delle loro adunanze periodiche, non possono trascurare detto aspetto, che viene in rilievo poi, in modo preminente, nel momento in cui l'organo sindacale è chiamato a redigere la relazione al bilancio di esercizio [28].

---

inter alia, l'art. 10-*quater* d. lgs. n. 39/2010): interpretazione che parrebbe, invero, poco convincente. Sul tema v., fra gli altri, P. BENAZZO, (nt. 1), 293.

[24] Interpretazione, quest'ultima, decisamente prevalente: e v., fra gli altri, R. RORDORF, (nt. 1), 942; P. BENAZZO, (nt. 1), 279; G. RIOLFO, (nt. 1), 409.

[25] Essenzialmente, la diligenza dagli stessi spiegata nel valutare il detto andamento della gestione.

[26] Non solo sull'andamento della gestione.

[27] Chiamati, anche sotto tale profilo, a verificare la diligenza con cui gli amministratori esercitano i loro compiti.

[28] Fermo restando che, come previsto dai Principi di comportamento del collegio sindacale di società non quotate (ed. del settembre 2015, disponibile sul sito del CNDCEC), "Al collegio sindacale spetta (…) un controllo sull'osservanza da parte degli amministratori delle norme procedurali inerenti alla formazione, al deposito e alla pubblicazione, non dovendo effettuare controlli analitici di merito sul contenuto del bilancio, né esprimere un giudizio sulla sua atten-

Diverso il discorso con riferimento all'adeguatezza degli assetti organizzativi, profilo rispetto al quale i componenti del collegio sindacale, se da un lato devono verificare che gli amministratori effettuino un monitoraggio costante, d'altro lato devono operare una vigilanza diretta, ai sensi dell'art. 2403 c.c. [29].

Si 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".

Quest'ultima espressione, invero, induce a ritenere che i sindaci debbano chiedersi se l'organo amministrativo abbia posto in essere le azioni necessarie per avere assetti adeguati e conferma, dunque, il loro dovere di valutare se, in concreto, lo standard dell'adeguatezza sia rispettato.

Rimane fermo che, essendo demandato ai sindaci unicamente un controllo di legittimità, e non anche un controllo di merito, gli stessi potranno intervenire [30] soltanto qualora ritengano che gli assetti *de quibus* siano (palesemente) inadeguati, e non anche nei casi in cui, a loro giudizio, gli stessi non siano i più adeguati, ma superino – per così dire – l'asticella dell'adeguatezza [31].

---

dibilità. Il collegio sindacale non ha, quindi, alcun obbligo di eseguire procedure di controllo per accertare la verità, la correttezza e la chiarezza del bilancio" (par. 3.7).

[29] Come noto, ai sensi di tale disposizione – richiamata, per i sindaci di s.r.l., dall'attuale art. 2477, quarto comma, c.c. – "Il collegio sindacale vigila", fra l'altro, "sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento".

[30] Sui poteri di reazione dei sindaci a fronte di assetti inadeguati si veda, fra l'altro, quanto previsto dal par. 3.4 dei Principi di comportamento del collegio sindacale (nt. 28).

[31] In quest'ultimo caso non potendosi scorgere alcuna violazione di legge ed operando, dunque, il principio di insindacabilità nel merito delle scelte di gestione. Sulla questione trattata nel testo, generalmente affrontata chiedendosi se, con riferimento all'adeguatezza degli assetti organizzativi, operi la *business judgement rule*, v., fra gli altri, di recente, R. RORDORF, (nt. 1), 941; S. FORTUNATO, (nt. 1), 985 ss.; L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgement rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, 413 ss., ove ulteriori riferimenti.

3.2. *I fondati indizi della crisi.*

Un secondo interrogativo concerne l'ultima parte dell'art. 14, primo comma, c.c.i.i., a norma del quale, come ricordato, i sindaci devono "(…) segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi.".

L'espressione "fondati indizi della crisi" evoca il precetto di cui al precedente art. 13, che detta, in maniera peraltro confusa, la disciplina degli indicatori della crisi [32] e degli indici della crisi; ed è naturale, dunque, domandarsi se l'art. 14 intenda limitare il dovere di segnalazione dei sindaci ai soli e a tutti i casi in cui ricorrano gli indici di cui all'art. 13.

Una lettura coordinata dei citati articoli induce a considerare preferibile la risposta negativa e a ritenere che, perlomeno in linea di principio, se da un lato la sussistenza degli indici di cui all'art. 13 non imponga sempre di procedere alla segnalazione, d'altro lato il dovere di segnalazione sia configurabile anche al di fuori delle ipotesi prese in esame dallo stesso art. 13.

Se è vero, infatti, che gli indici di cui all'art. 13 fanno "*ragionevolmente presumere*" la sussistenza di uno stato di crisi, senza che, tuttavia, questo debba necessariamente ricorrere [33], sì che i sindaci, attraverso una delibera adeguatamente motivata, potrebbero decidere di astenersi dalla segnalazione [34], almeno nell'immediato [35], è altrettanto vero che la crisi può sussistere, ai sensi

---

[32] Richiamando peraltro, fra gli indicatori della crisi, "ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24".

[33] E v. il tenore letterale dello stesso art. 13, secondo comma, c.c.i.i., laddove è previsto che il CNDCEC (che, in attuazione di tale articolo, il 20 ottobre 2019 ha dato vita al documento intitolato "Crisi d'impresa. Gli indici dell'allerta") "elabora (…) gli indici di cui al comma 1" (indici, cioè, in grado di dare "evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità aziendale" quantomeno per il medesimo periodo; essendo "indici significativi quelli che misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi") "che, valutati unitariamente, fanno ragionevolmente presumere la sussistenza di uno stato di crisi dell'impresa". In senso contrario a quanto sostenuto nel testo v., tuttavia, V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 1), 13.

[34] Comportamento che, in taluni casi, potrebbe 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 è in stato di crisi. Pone il problema relativo alla configurabilità di una responsabilità dei componenti gli organi di controllo in caso di "abuso" del diritto-dovere di effettuare la segnalazione (in particolare) all'OCRI, G. RIOLFO, (nt. 1), 410.

[35] E ferma l'opportunità di aggiornare la loro valutazione ad una data successiva, non lontana nel tempo.

dell'art. 2, lett. a) c.c.i.i. [36], anche ove gli indici di cui all'art. 13 non ricorrano; e se i sindaci, sulla base della diligenza dagli stessi esigibile [37], sono in grado di coglierla, pare indubbio che debbano attivarsi nei modi previsti dall'art. 14, dal momento che il richiamo di tale articolo all'esistenza di fondati indizi di crisi è volutamente generico e svincolato dalla presenza degli indicatori individuati dall'art. 13.

Ne discende che il sistema dell'allerta pone i componenti dell'organo sindacale in una posizione poco invidiabile, aggravando gli obblighi e gli oneri posti a loro carico, senza fornire loro una *rule* che individui, a loro favore, ipotesi di esenzione da responsabilità [38].

3.3. *La valutazione di inadeguatezza degli indici elaborati dal CNDCEC.*

Una terza problematica di enorme impatto pratico deriva, peraltro, proprio dal disposto di cui all'art. 13, nella parte in cui consente all'organo amministrativo di discostarsi dagli indici elaborati dal CNDCEC ai sensi del secondo comma indicando, nella nota integrativa al bilancio, quali siano i diversi indicatori che meglio si adattano alla specifica attività di impresa esercitata dalla società *de qua*.

Al riguardo, occorre premettere che la norma non brilla per chiarezza, non consentendo di comprendere, in particolare, se gli amministratori abbiano soltanto la possibilità di elaborare indici qualitativamente diversi da quelli approvati dal Consiglio Nazionale [39] o se possano (anche) adottare, sotto il profilo qualitativo, i medesimi indici, ma attribuendo rilievo a parametri quantitativa-

[36] Ai sensi di tale disposizione, come noto, per crisi si deve intendere "lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate".

[37] Anche alla luce della loro perizia professionale.

[38] In questo settore, del resto, la difficoltà di dare vita a *rules* che rassicurino gli operatori è ben nota; si pensi, ad esempio, alla regola di cui agli artt. 2447 e 2482 *ter* c.c. e, in particolare, al presupposto di applicazione della regola "ricapitalizza o liquida", rappresentato dalla perdita di oltre un terzo del capitale sociale con contemporanea discesa del patrimonio netto al di sotto del minimo legale: trattasi di una *rule* il cui contenuto, sul piano astratto, è chiarissimo, ma la cui corretta applicazione è posta in discussione pressoché in ogni procedura fallimentare, in cui si contesta ad amministratori e sindaci di averla, in concreto, disattesa, dando vita a falsi in bilancio funzionali ad occultare la ricorrenza dei presupposti previsti dalle norme ora citate.

[39] Ipotesi in cui, comunque, non è chiaro quali indici possano essere adottati e quale sia, in particolare, il margine di discrezionalità riconosciuto ai componenti l'organo amministrativo.

mente diversi da quelli giudicati rilevanti dal CNDCEC.

In ogni caso, quanto al ruolo riservato ai componenti l'organo sindacale, ci si deve chiedere se e in che modo gli stessi possano e/o debbano reagire qualora ritengano incongrue e, comunque, non condivisibili le argomentazioni addotte dai membri dell'organo di gestione.

Certo, pare pacifico che i sindaci abbiano la possibilità e, al contempo, il dovere di esprimere le proprie perplessità nella relazione al bilancio prevista dall'art. 2429 c.c.: norma il cui tenore letterale – nel prevedere che i membri dell'organo sindacale debbano effettuare osservazioni e proposte in ordine al bilancio e alla sua approvazione – è sufficientemente ampio da consentire ai componenti l'organo sindacale di esprimere le proprie valutazioni sui predetti indici anche nel merito.

Perlomeno dubbio, invece, che nell'ipotesi considerata il bilancio della società possa considerarsi invalido e, dunque, impugnabile; ai dubbi espressi, in via generale, dalla dottrina in merito al rilievo che possono assumere, ai fini dell'impugnativa di bilancio, i vizi di contenuto della nota integrativa [40], si sommano, infatti, i dubbi che, nel caso di specie, si possono nutrire in ordine alla natura delle indicazioni *de quibus*.

In particolare, ove si tratti, come pare, di mere valutazioni dell'organo amministrativo, che hanno riflessi modesti sul piano della disciplina applicabile [41], ben difficilmente le stesse potranno essere considerate vizi di contenuto del bilancio, tali da comportare l'impossibilità o l'illiceità dell'oggetto, o l'illegittimità del contenuto, della delibera che tale bilancio abbia approvato.

3.4. *L'omessa o inadeguata risposta dell'organo amministrativo.*

Un quarto problema che si pone, inevitabilmente, dinanzi agli occhi dell'interprete deriva poi dall'utilizzo, nel testo dell'art. 14, secondo comma, delle espressioni "omessa o inadeguata risposta" e "mancata adozione (…) delle misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi".

È noto, infatti, che i componenti l'organo sindacale non possono, di regola,

[40] E v. per tutti A. LOLLI, *La nota integrativa nel bilancio d'esercizio delle s.p.a.*, Milano, Giuffrè, 2003, 353 ss.

[41] Si è già visto, infatti, anche con riferimento agli indici elaborati dal CNDCEC ai sensi dell'art. 13, secondo comma, c.c.i.i., che da un lato la loro ricorrenza fa semplicemente presumere la sussistenza di uno stato di crisi; d'altro lato la loro assenza non esclude, necessariamente, che la società si trovi in stato di crisi.

dar vita ad un controllo di merito sull'attività degli amministratori, potendo monitorare unicamente il rispetto, da parte dell'organo gestorio, della legge, dello statuto e dei principi di corretta amministrazione.

Ebbene: a fronte del tenore letterale dell'art. 14, ci si deve chiedere se tale principio sia applicabile anche all'ipotesi considerata, o se la valutazione demandata ai sindaci presupponga, eccezionalmente, lo svolgimento, da parte degli stessi, di un controllo di merito.

Preferibile la prima soluzione, che consente di armonizzare l'art. 14 con la disciplina generale in tema di *governance* societaria e che risulta comunque coerente con i dati normativi, imperniati su una clausola generale – la clausola di adeguatezza – che anche con riferimento agli assetti organizzativi non presuppone certo una valutazione di merito.

Come già osservato con riferimento all'art. 2086 c.c., dunque, i sindaci si dovranno chiedere se la "risposta" ideata dagli amministratori superi il livello dell'adeguatezza, potendo procedere alla segnalazione all'OCRI solo in caso di valutazione negativa.

Nessuna segnalazione, per contro, potrà essere effettuata nell'eventualità in cui la risposta dell'organo amministrativo appaia adeguata, anche se, ad avviso dei sindaci, non rappresenti la soluzione ottimale o, comunque, più opportuna per fronteggiare la crisi, nel frangente in cui si trova la società: interpretazione coerente, del resto, col tenore letterale dell'art. 14, nella parte in cui fa riferimento alle misure che – all'evidenza, sulla base dei parametri di diligenza e di adeguatezza – si devono ritenere necessarie, e non semplicemente opportune, per fronteggiare la crisi.

Analoga prospettiva, del resto, deve essere adottata con riferimento all'OCRI: a prescindere, infatti, dal potere di *moral suasion* che, verosimilmente, l'organismo di composizione della crisi potrà esercitare nei confronti del debitore [42], pare corretto ritenere che l'art. 18, quarto comma, nel riferirsi all'individuazione, da parte dell'OCRI, "con il debitore", delle misure possibili per porre rimedio alla crisi, non faccia venir meno l'autonomia decisionale della società debitrice e, in particolare, dei suoi amministratori [43].

[42] Anche alla luce dell'art. 25, primo comma, c.c.i.i., a norma del quale le misure premiali previste da tale articolo possono essere concesse soltanto al debitore che abbia seguito in buona fede le indicazioni dell'OCRI.

[43] Il cui operato, peraltro, potrà essere considerato fonte di responsabilità anche in caso di violazione del dovere di agire con diligenza (e, dunque, sulla base di un procedimento decisionale coerente e razionale: e v., da ultimo, V. CALANDRA BUONAURA, (nt. 1),15).

3.5. *L'esenzione da responsabilità di cui all'art. 14, terzo comma, c.c.*

E veniamo al quinto e ultimo interrogativo sollevato dall'art. 14, relativo alla portata della clausola di esenzione da responsabilità dettata, per i sindaci (ed i revisori), dal terzo comma di detto articolo.

Ai sensi di tale comma, come ricordato, "La 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.".

La norma vuole introdurre, all'evidenza, un salvacondotto funzionale ad incentivare i sindaci a effettuare tempestivamente la segnalazione agli amministratori di cui all'art. 14, primo comma, e – ove richiesto dalla legge – la segnalazione all'OCRI di cui al successivo secondo comma.

Il tenore letterale della disposizione, tuttavia, è talmente ampio da far dubitare che, in concreto, i sindaci possano andare esenti da responsabilità in tutti i casi astrattamente ricadenti all'interno del suo ambito di applicazione [44].

Si pensi, ad esempio, a furti commessi dagli amministratori a danno della società, in epoca successiva alla segnalazione di cui all'art. 14, primo comma, con la connivenza dei componenti l'organo sindacale: all'apparenza, trattandosi di "azioni" ricadenti nell'arco temporale previsto dalla norma, i sindaci dovrebbero essere esentati dalla responsabilità di cui all'art. 2407, secondo comma, c.c.; in realtà, pare arduo immaginare che il legislatore abbia effettivamente inteso ampliare sino a questo punto l'esenzione in parola; esenzione che parrebbe riferita unicamente alle azioni od omissioni che hanno comportato l'aggravamento del dissesto.

D'altra parte, anche leggendo in quest'ultimo senso la disposizione *de qua*, occorre chiedersi sino a quando i sindaci possano godere di detta esenzione.

Se è vero, infatti, che nel testo dell'art. 14 non è contemplata, al riguardo, alcuna delimitazione temporale, è altrettanto vero che un salvacondotto senza limiti di tempo non è neppure astrattamente concepibile, dovendosi considerare che, effettuata la segnalazione, i membri dell'organo sindacale rimangono in carica e non cessano dalle proprie funzioni.

La questione, a ben vedere, è connessa alla più ampia problematica relativa al ruolo che i sindaci sono chiamati a svolgere nella fase comunemente deno-

[44] E v., fra gli altri, R. RORDORF, (nt. 1), 942 ss.; M. PERRINO, (nt. 1), 653 ss.

minata *twilight zone*, alla luce della nuova normativa sull'allerta; problematica che, quanto al periodo anteriore alla segnalazione di cui all'art. 14, deve essere risolta mediante applicazione del precetto dettato dal primo comma, quanto al periodo successivo, deve essere affrontata distinguendo quattro ipotesi, nettamente differenziate fra loro:

(*a*) il caso in cui gli amministratori, ricevuta la segnalazione, diano vita a iniziative che – anche nell'ottica dei sindaci – consentano alla società di evitare l'audizione dinanzi all'OCRI, *ex* art. 18 c.c.i.i., o l'avvio del procedimento di composizione assistita della crisi, di cui al successivo art. 19;

(*b*) il caso in cui, a seguito dell'audizione dinanzi all'OCRI, la società adotti le misure di cui all'art. 18, quarto comma, c.c.i.i. [45];

(*c*) il caso in cui, a seguito di detta audizione, la società non assuma alcuna iniziativa, secondo quanto previsto dall'art. 18, quinto comma, c.c.i.i. [46];

(*d*) il caso in cui gli amministratori decidano di presentare, per conto della società, istanza di soluzione concordata della crisi d'impresa.

Nella prima, nella seconda e nella quarta ipotesi, pare corretto ritenere che i sindaci, una volta venuti a conoscenza delle iniziative che gli amministratori hanno deciso di porre in essere [47], debbano limitarsi ad accertarne l'adeguatezza e, in seguito, a monitorare la condotta degli amministratori, verificando che sia improntato al parametro generale della diligenza; il che, nella fattispecie *sub* d), in cui la società opera sotto l'occhio vigile dell'OCRI, pare in realtà potersi presumere.

Un dovere dei sindaci di attivarsi per evitare l'aggravamento del dissesto, e una conseguente loro responsabilità ove tale dovere risulti inadempiuto, pare configurabile, dunque, solo nell'eventualità in cui l'organo di gestione, nel dare attuazione alle misure dallo stesso ideate, violi il dovere di diligenza di cui

[45] Disposizione a norma della quale "Quando il collegio rileva l'esistenza della crisi, individua con il debitore le possibili misure per porvi rimedio e fissa il termine entro il quale il debitore deve riferire sulla loro attuazione".

[46] A norma del quale "Se il debitore non assume alcuna iniziativa allo scadere del termine fissato ai sensi del comma 4, il collegio informa con breve relazione scritta il referente, che ne dà immediata comunicazione agli autori delle segnalazioni".

[47] Quanto all'ipotesi *sub* a), in particolare, si tratta di iniziative che per definizione, se anche nell'ottica dei sindaci sono idonee ad evitare la comparizione della società dinanzi all'OCRI (e v. la previsione di cui all'art. 14, secondo comma, laddove è previsto che i sindaci "informano senza indugio l'OCRI", qualora gli amministratori non adottino, entro il termine ivi previsto, le "misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi"), gli stessi sindaci hanno giudicato adeguate. E v. *supra*, *sub* par. 3.4.

agli artt. 2392 e 2476 c.c., sì da non potere godere del *safe harbour* della *business judgement rule*.

Diverso il discorso ove la società si ritrovi nella situazione *sub* c); ipotesi nella quale, essendo esaurito il procedimento dinanzi all'OCRI, l'organo sindacale dovrà evitare l'aggravio della crisi, avvalendosi di tutti i mezzi posti a sua disposizione dall'ordinamento.

Ne 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 apporti 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.

Gli accordi di sostegno finanziario di gruppo *ex* artt. 69-*duodecies* ss. t.u.b.: spunti critici e questioni aperte [1]

*Group financial support agreements pursuant to articles 69-*duodecies *ff. of the Italian Banking Act: critical insights and open questions*

Giorgia Marra*

ABSTRACT:

Gli accordi di sostegno finanziario di gruppo, regolati dagli artt. 69-*duodecies* ss. t.u.b., rientrano tra gli strumenti di prevenzione della crisi dell'intermediario e del gruppo bancario alla luce del Meccanismo di Risoluzione Unico. Essi si presentano come istituto peculiare, per tecnica legislativa e per contenuti, rispetto alle generali norme di diritto comune. L'intento del lavoro è comprendere la logica sottesa al sistema attraverso lo studio della regolamentazione positiva. A sua volta, essa è strumento per vagliare l'effettività della costruzione giuridica, nonché colmarne, per quanto possibile, le lacune.

Parole chiave: sostegno finanziario infragruppo – banche – misure di prevenzione della crisi – intervento precoce

*Group financial support agreements, pursuant to Articles 69-*duodecies *and subsequent of the Italian Consolidated Banking Act, are a regulatory tool aimed at preventing the crisis of banking institutions and groups, in light of the Single Resolution Mechanism. They appear as a peculiar kind of legal transaction, in terms of legislative technique and content, with respect to the general provisions on groups. The aim of this paper is to understand their underlying logic through the study of the regulation, which in turn is a tool to assess the effectiveness of the legal construction and try to fill the regulatory gaps.*

[1] Il presente lavoro riproduce, con alcune integrazioni, la relazione presentata all'XI Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale «Orizzonti del Diritto Commerciale», «Organizzazione, riorganizzazione e ristrutturazione dell'impresa nel diritto interno e nella dimensione transnazionale», Roma, 14-15 febbraio 2020.

* Dottoranda di ricerca in "Diritto e impresa", LUISS Guido Carli, Roma; e-mail: gmarra@luiss.it.

***Keywords**: intra group financial support – banks – crisis prevention measures – early intervention*

SOMMARIO:

1. Premessa. – 2. Natura ed efficacia giuridicamente vincolante degli accordi. – 3. (*Segue*) La prestazione principale: il sostegno finanziario. – 4. (*Segue*) Il corrispettivo. – 5. (*Segue*) Le parti dell'accordo e la partecipazione di terzi. – 6. Procedimento di formazione ed esecuzione degli accordi. Possibili conseguenze applicative del relativo inquadramento. – 7. Prevalenza dell'interesse di gruppo sull'autonomia negoziale dei partecipanti all'accordo. – 8. Cenni conclusivi sulle criticità applicative degli accordi in una dimensione transnazionale.

1. *Premessa.*

Gli artt. 69-*duodecies* ss. t.u.b. regolamentano gli accordi di sostegno finanziario nel gruppo bancario, attuando la direttiva 2014/59/UE sul risanamento e risoluzione delle banche (BRRD). Il quadro è completato dal regolamento delegato della Commissione 2016/1075/UE, dal regolamento di esecuzione 2016/911/UE, e, seppur nei limiti di uno strumento di *soft law*, dalle Linee Guida EBA del 9 luglio 2015.

La disciplina speciale della risoluzione bancaria si propone la gestione degli intermediari in crisi o in dissesto secondo modalità tali da prevenire il rischio di crisi sistemiche, attraverso strumenti diversificati e destinati ad operare in vari momenti [2]. In particolare, si distinguono *misure preparatorie e di prevenzione della crisi*; *misure di intervento precoce*; ed, infine, la *risoluzione* vera e propria, che si pone a sua volta (a determinate condizioni) come alternativa alle ordinarie procedure concorsuali dei diversi ordinamenti nazionali.

Gli accordi rientrano tra le misure preparatorie del risanamento. Essi si inseriscono in una fase anteriore alla crisi (e al dissesto o rischio di dissesto) che si propongono di prevenire, ed infatti la relativa disciplina tipizza una complessa procedura articolata in due momenti: la conclusione, in via preventiva, di un contratto destinato a regolamentare la prestazione di sostegno finanziario; e la sua successiva esecuzione, possibile solo al verificarsi dei presupposti per l'intervento precoce [3], e delle altre condizioni di legge. È regolamentazio-

[2] In generale, sul Secondo Pilastro dell'Unione Bancaria, v. *ex multis*, G. BOCCUZZI, *Il regime speciale della risoluzione bancaria. Obiettivi e strumenti*, Bari, Cacucci Editore, 2018; R. IBRIDO, *L'unione bancaria europea. Profili costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2017.

[3] I presupposti sono legati, in sintesi, alla violazione o al concreto rischio di violazione dei

ne puntuale quanto a presupposti e controlli, ma non chiarifica la sostanza giuridica dell'istituto, che spetta all'interprete.

È certo però che la disciplina speciale intende favorire le interazioni finanziarie tra intermediari facenti capo ad un gruppo. Essa infatti deroga numerose norme di diritto comune, tradizionalmente fondato sull'alterità soggettiva dei partecipanti, da cui consegue la separazione delle relative masse patrimoniali quale garanzia per le pretese dei rispettivi creditori ed aventi causa [4]. Alla deroga funge da principale contrappeso il penetrante controllo dell'Autorità di Vigilanza, che è partecipe, insieme alle parti, delle varie fasi della procedura. È argine contro eventuali abusi.

Al di fuori di tali eccezioni, gli accordi si inseriscono comunque nella disciplina della direzione e coordinamento e delle norme speciali sul gruppo bancario [5], e non escludono il ricorso, parallelamente, o alternativamente, ad altre forme di sostegno.

Quanto alla tecnica legislativa adottata sul piano europeo, la disciplina è concentrata, salvo sporadici riferimenti, nella direttiva, peraltro diretta a tutti gli Stati Membri, e non nel regolamento (2014/806/UE – SRM), ad essa «complementare», rivolto invece ai soli Stati che abbiano adottato la moneta unica (o che comunque abbiano instaurato una cooperazione stretta ai sensi dell'art. 7, regolamento 2013/1024/UE – SSM).

La scelta può trovare una delle sue ragioni ispiratrici nella necessità di contestualizzazione e traduzione dell'istituto nel diritto di ciascuno Stato Membro, per quanto possibile, in coerenza sia con relativi istituti, sia con il quadro europeo. Tale necessità può ritenersi inoltre alla base del condivisibile impiego, nella direttiva, del termine, di portata più generale, «accordi». Ne è invero

---

requisiti prudenziali di capitalizzazione, nonché in generale gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie o gravi irregolarità nell'amministrazione (art. 27 BRRD ed art. 69-*octiesdecies* t.u.b.).

[4] «In sostanza, le nuove norme in materia di accordi di sostegno finanziario fra entità appartenenti al medesimo raggruppamento mirano a rafforzare l'unitarietà economica dell'impresa di gruppo, nella consapevolezza che la scelta di aderire a un'articolazione soggettiva pluricorporativa è espressione di "un dato economico unitario, fondato su articolazioni giuridiche autonome, preordinato alla realizzazione di forme di concentrazione".» (così A. SACCO GINEVRI, *sub art. 69*-duodecies, in *Commentario al testo unico in materia bancaria e creditizia*[4], diretto da F. CAPRIGLIONE, Padova, Cedam, 2018, 906 ss., 910. L'A. richiama altresì sul punto F. CAPRIGLIONE, *Poteri della controllante e organizzazione interna del gruppo*, in *Riv. Soc.*, 1990, 46 ss.).

[5] Artt. 2497 ss. c.c. e artt. 60 ss. t.u.b. Peculiare è peraltro la posizione, nel settore bancario, del soggetto eterodirigente, ai sensi dell'art. 61 t.u.b. Sul punto, ampiamente C.L. APPIO, *Sugli accordi di sostegno finanziario infragruppo bancario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, I, 719 ss., 736. Ivi altri riferimenti.

presupposta l'attuazione in ordinamenti caratterizzati da fattispecie negoziali diversamente qualificate in base alla relativa forza cogente. Tuttavia, la traduzione dell'istituto nel diritto italiano ne avrebbe forse richiesto la qualifica di «contratti». Nel diritto interno, infatti, la categoria giuridica degli accordi non si pone in posizione di netta alterità rispetto a quella dei contratti, che sono comunque incontri di volontà suscettibili di formare un vincolo giuridico [6].

Alla luce di tali premesse, quanto si è detto e si dirà costituisce un primo approccio alle principali problematiche di inquadramento ed applicazione dell'istituto, sin ora oggetto solo sporadicamente di analisi dottrinaria e non consolidato nella prassi italiana. Molte delle ipotesi interpretative di seguito formulate attendono dunque il vaglio della concreta operatività di settore, nonché, in alcuni casi, un intervento chiarificatore delle Istituzioni.

2. *Natura ed efficacia giuridicamente vincolante degli accordi.*

Attraverso gli accordi, le parti possono «fornirsi sostegno finanziario per il caso in cui si realizzino per una di esse i presupposti dell'intervento precoce ai sensi dell'articolo 69-*octiesdecies* e siano soddisfatte le condizioni indicate nel presente capo [7]», e sono diretti «a preservare o ripristinare la stabilità finanziaria del gruppo nel suo complesso o di una delle società del gruppo» [8].

È una fattispecie complessa, a formazione progressiva [9], composta da un negozio preparatorio [10], ed eventuali contratti esecutivi, che prevedono la fornitura di sostegno finanziario a fronte di un corrispettivo, nel quadro conven-

---

[6] La categoria degli *accordi* si connota infatti di maggiore autonomia nel diritto pubblico e internazionale, dove trova le sue radici. Per approfondimenti, v. M. TRIMARCHI, voce "*Accordo*", in *Enc. dir.*, I, Milano, Giuffrè, 1958, 297 ss.

[7] Il riferimento è appunto al capo 02-I («Sostegno finanziario di gruppo») del t.u.b.

[8] Cfr., rispettivamente, art. 69-*duodecies*, primo comma, t.u.b. e art. 69-*quinquiesdecies*, primo comma, lett. b), t.u.b.

[9] Così C. PISTOCCHI, *sub art. 69*-terdecies, in *Commentario al testo unico in materia bancaria e creditizia*[4], cit. (nt 4), 920 ss., 920.

[10] Accenna un riferimento alla figura del *contratto quadro*, E. RICCIARDIELLO, *Gli accordi di sostegno finanziario infragruppo nella direttiva 2014/59/UE*, in *L'unione bancaria europea*, a cura di M. P. CHITI, V. SANTORO, Pisa, Editrice Pacini Giuridica, 2016, 445 ss., 448. In senso contrario, altra dottrina ha sostenuto trattarsi di un nuovo tipo contrattuale, peculiare quanto ai profili soggettivi: cfr. F.M. SBARBARO, *Gli effetti dell'accordo di gruppo sugli stakeholder dell'impresa bancaria. Profili contrattuali e suggestioni di "enterprise view"*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2017, 1, 34 ss., 38.

zionale definito nel primo accordo. Si è detto, è strumento facoltativo [11].

Quanto agli effetti per le parti, il negozio «preparatorio» è giuridicamente vincolante, e non si tratta pertanto di un semplice *gentlemen's agreement* [12]: non avrebbe altrimenti ragione d'essere. È contratto consensuale, ad effetti obbligatori e non reali. Segnatamente, esso svolge, in primo luogo, una funzione *normativa*: le parti sono dunque obbligate ad inserire negli eventuali contratti futuri uno specifico contenuto ivi concordato (*quomodo*) [13]. È regolamento convenzionale che non esaurisce i propri effetti con l'esecuzione, ma è destinato, salvo revoca o modifica, a produrli ogniqualvolta se ne verifichino le condizioni. L'accordo preparatorio pare tuttavia suscettibile di produrre altresì un obbligo di eseguire il contratto su richiesta della controparte (*an*), ferma la sussistenza dei presupposti [14].

La natura vincolante dell'accordo preparatorio è punto cruciale per comprendere la reale portata dell'istituto, in quanto numerose sono le conseguenze pratiche, sia per colmare le lacune relative all'*iter* di adozione, sia per valutare la necessità di rimedi nel caso una delle parti rifiuti l'esecuzione (sul punto si tornerà oltre – v. *infra* par. 6). Una ricostruzione coerente con il sistema, come si vedrà, potrebbe implicare che il contratto preparatorio dia vita ad un reciproco diritto potestativo alla conclusione del contratto finale (esecutivo), in capo a ciascuna delle parti (di volta in volta) legittimate, contrapposto ad una posizione di soggezione della controparte, la quale, se i presupposti ricorrono, è tenuta ad accettare.

Diverso è il caso di deroga convenzionale al regolamento negoziale in sede

---

[11] Si segnala, quanto al gruppo bancario cooperativo, l'obbligatorietà del cd. *cross guarantee scheme*. Ampiamente, A. Sacco Ginevri, *L'incidenza degli accordi di sostegno finanziario infragruppo sull'evoluzione della struttura organizzativa bancaria*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, 4, 77 ss., 99. Ivi altri riferimenti.

[12] Ossia accordi vincolanti sul piano «dell'onore» ma non su quello del diritto, tali da escludere la configurabilità di qualsivoglia rimedio per l'eventuale inadempimento. Sul tema v. F. Di Marzio, *Gentlemen's agreement e contratto*, nota a Trib. Crotone, 5 luglio 1999, in *Giust. civ.*, 2000, 4, 1175 ss., e S. Ugolini, *I gentlemen's agreements sono giuridicamente vincolanti?*, nota a Trib. Crotone, 9 luglio 1999, in *Contr. Impr.*, 2001, 3, 1050 ss.

[13] Cfr. art. 69-*duodecies*, primo comma; nonché il terzo comma dell'art. 69-*duodecies* t.u.b.: «Le società che aderiscono all'accordo di sostegno finanziario di gruppo si obbligano a fornirsi sostegno finanziario in conformità dei termini dell'accordo».

[14] Non pare possibile una sussunzione nel contratto normativo «tipico», in quanto caratterizzato, in principio, dall'assenza per le parti di un obbligo di contrarre. Esse sono tenute esclusivamente, in caso di stipulazione del contratto esecutivo, al rispetto del contenuto predeterminato. Per approfondimenti v. F. Messineo, voce "*Contratto normativo*", in *Enc. dir.*, X, Milano, Giuffrè, 1962, 116 ss.

esecutiva. In tal caso, si realizzerebbe la volontà delle parti di concludere il contratto finale al di fuori del negozio preparatorio e, dunque, senza applicazione della disciplina di favore, salvo trattarsi di variazioni che non alterino in misura sostanziale il sinallagma predefinito. Allo stesso modo, le parti non sono vincolate necessariamente alla conclusione di un contratto esecutivo, se le rispettive volontà convergono in tal senso, o se comunque nessuna delle due ne richiede l'attivazione, pur ricorrendo i presupposti di legge.

Nella globalità dell'operazione, il rispetto della procedura *de qua*, e del contenuto dell'accordo «preparatorio» in sede esecutiva è condizione perché le parti profittino di importanti deroghe al diritto comune. L'accordo non si sostituisce dunque alle altre forme di sostegno e non muta l'autonomia privata delle parti, che tuttavia, diversamente, non si avvantaggeranno della deroga [15]. Non si applicano, in particolare «[…] le disposizioni di cui all'articolo 53, comma 4, e agli articoli 2391-bis, 2467, 2497-quinquies e 2901 del codice civile, nonché agli articoli 163, 164, 165, 166, 338, comma 1, lettera a) e comma 3, e 339 del codice della crisi e dell'insolvenza» (art. 69-*septiesdecies*). È evidente l'incentivo, che d'altra parte spiega l'istituto, trattandosi di previsioni in materia di operazioni con soggetti collegati e parti correlate, postergazione dei finanziamenti infragruppo, azioni revocatorie e di inefficacia o revocabilità degli atti nel contesto concorsuale, nonché norme penali. È inoltre previsto che «Nessun diritto, pretesa o azione derivante dall'accordo può essere esercitato da soggetti diversi dalle parti, neppure ai sensi dell'art. 2900 del codice civile» (art. 69-*duodecies*, settimo comma), ma sulla portata di tale ultima deroga si tornerà oltre.

Si spiega così anche l'obbligo di pubblicità dell'accordo normativo (art. 69-*quaterdecies*), che porta a conoscenza dei terzi la sottoposizione delle operazioni al regime speciale (e meno garantista) [16].

Al contempo, siffatta disciplina funge da incentivo per gli intermediari a ricorrere all'istituto che, essendo già sotto la lente dell'Autorità di Vigilanza, si

---

[15] Per i finanziamenti attuati al di fuori della procedura regolata dal capo, varranno le ordinarie regole di diritto comune. Sul punto, è stato evidenziato che i finanziamenti infragruppo concessi al ricorrere dei requisiti per l'intervento precoce sarebbero suscettibili di essere considerati anomali, con conseguente rischio di postergazione. Così E. RULLI, *sub art. 69-quaterdecies*, in Commentario al testo unico in materia bancaria e creditizia[4], cit. (nt. 4), 923 ss., 930.

[16] Cfr. Considerando n. 1 al regolamento di esecuzione 2016/911/UE, ove si legge: «Per poter assumere decisioni di investimento informate, creditori e investitori hanno bisogno di trasparenza in merito ai rischi e agli obblighi potenziali derivanti da tali accordi e alle possibilità di risanamento del gruppo sulla base dell'accordo di sostegno. Pertanto, l'accordo dovrebbe essere in una forma facilmente accessibile al pubblico, come i bilanci».

fregia di una sorta di garanzia a costituire una *best practice*, certamente con riflessi (quantomeno parzialmente) cautelativi rispetto ad eventuali responsabilità degli organi amministrativi.

Infine, va ricordato che di tali accordi (preparatori), ove stipulati, è richiesta la previsione nell'ambito dei piani di risanamento di gruppo [17]. Questi ultimi ben potrebbero contemplare forme di sostegno (art. 69-*quinquies*, quarto comma, t.u.b. [18], e art. 7, quinto comma, BRRD) al di fuori della procedura *ex* artt. 69-*duodecies* ss. Esse verrebbero pertanto valutate in tale sede a fini prudenziali, ma al contempo le parti non profitterebbero della deroga.

D'altra parte, l'attuazione del piano, presuppone comunque un intervento da parte dell'Autorità, previo accertamento da parte di quest'ultima dei citati presupposti *ex* art. 69-*octiesdecies* (cfr. art. 69-*noviesdecies*). È da ritenere opportuno, alla luce del quadro esposto, ed, in particolare, degli obblighi pubblicitari, che, anche in caso di mancata attuazione su base «volontaria», ma in forza della procedura di intervento precoce, il sostegno prestato in attuazione dell'accordo contenuto nel piano goda comunque del regime derogatorio.

3. (Segue) *La prestazione principale: il sostegno finanziario.*

Il sostegno può essere concesso, «in forma di finanziamento, di prestazione di garanzia o mediante la messa a disposizione di beni o attività da utilizzare come garanzia reale o finanziaria, nonché con qualsiasi combinazione di queste forme, mediante un'unica o più operazioni, anche tra il beneficiario del sostegno e soggetti terzi, anche esterni al gruppo e non partecipanti all'accordo» (così art. 69-*duodecies*, quarto comma). L'enumerazione, seppur espressa in termini ampi, deve intendersi tassativa [19]. Tecniche diverse risponderanno al regime ordinario.

---

[17] Ossia strumenti programmatici atti a individuare misure coordinate per il ripristino dell'equilibrio patrimoniale del gruppo nel suo complesso o dei singoli partecipanti in caso di situazioni di significativo deterioramento patrimoniale. V.G. BOCCUZZI, (nota 2), 56 ss.; M. PELLEGRINI, *Piani di risanamento e misure di early intervention*, in *Federalismi.it*, 2018, reperibile in internet al seguente indirizzo: https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=35596.

[18] Ai termini dell'ultimo periodo «Il piano di risanamento di gruppo individua, altresì, i possibili ostacoli all'attuazione delle misure di risanamento, inclusi gli impedimenti di fatto o di diritto all'allocazione tempestiva di fondi propri e al pronto trasferimento di attività nonché al rimborso di passività fra società del gruppo.». Sembra dunque possibile ipotizzare la previsione nei piani anche di operazioni di carattere «estemporaneo».

[19] Diversamente, E. RICCIARDIELLO, (nota 10), 457.

Segue ed è coerente con la visione restrittiva l'impossibilità di includere in tali apporti il sostegno prestato sotto forma di aumento di capitale. Esso è esplicitamente contemplato solo dall'art. 69-*duodecies*, secondo comma, con riguardo alle esclusioni dalla disciplina speciale («concessione di sostegno in qualsiasi forma, ivi incluso l'apporto di capitale, a un'altra società del gruppo al di fuori dei casi previsti dall'accordo») [20]. Peraltro, come si vedrà, numerose previsioni implicano la necessità di un corrispettivo, che è importante limite definitorio del sinallagma: è escluso ogni apporto a fondo perduto o *causa societatis*.

Altra norma rilevante ai fini della definizione della prestazione, forse più critica, è quella che esclude l'applicazione del capo alle «operazioni di finanziamento e di gestione della liquidità eseguite tra società del gruppo bancario se per nessuna di esse sussistono i presupposti dell'intervento precoce». La norma sembra tuttavia voler semplicemente evidenziare nuovamente il contesto necessario per l'applicabilità del regime di favore, che ricorre in presenza delle condizioni per l'intervento precoce.

Segnatamente, quanto alle operazioni di tesoreria accentrata (cd. *cash pooling*), ferma la molteplicità di varianti contrattuali e tecniche, che impediscono una soluzione unitaria, e che possono implicare anche profili di finanziamento, va rilevato che non di rado esse presuppongono a loro volta relazioni di durata strutturate attraverso intese preparatorie (cd. convenzioni di tesoreria), cui seguono contratti finalizzati gestione della liquidità [21]. Dunque, è solo esclusa la possibilità di estendere la portata della deroga a quelle operazioni che, essendo parte di un rapporto di durata, non avvengano al ricorrere dei presupposti.

---

[20] È comunque possibile l'assunzione, al di fuori degli accordi, di un simile impegno. In giurisprudenza, la Suprema Corte, nella sentenza Cass. civ., sez. I, 14 aprile 2006, n. 8876 (in *Società*, 2007, 2, 159 ss., con nota di AMBROSINI) ha ritenuto pienamente valido il patto con il quale un socio (anche non totalitario ed, indirettamente, anche un terzo) si vincoli a sottoscrivere un futuro aumento di capitale non deliberato dalla società, seppur sottoposto alla duplice condizione sospensiva della positiva deliberazione e del mancato esercizio del diritto d'opzione da parte degli altri soci per la parte eccedente quanto a quest'ultimo spettante. In ogni caso, sempre stando alla Suprema Corte (Cass. civ., sez. I, 26 gennaio 1996, n. 611, in *Notariato*, 1996, 3, 209 ss., con nota di TASSINARI; ed in *Società*, 1996, 8, 892 ss., con nota di ZUCCONI), il negozio di sottoscrizione si configura come consensuale e non reale (v. VISENTINI G., *La costituzione della società per azioni. Il capitale e le sue vicende*, Dike, Roma, 2019, 13).

[21] Sul tema, A. DACCÒ, *L'accentramento della tesoreria nei gruppi di società*, Milano, 2002; L. MACCI, L. SCAPPINI, *La gestione di tesoreria tramite il contratto di* cash pooling, in *Fisco*, 2013, 9, 1282 ss.; L. RUGGERI, *Brevi note circa il* cash pooling, nota a Trib. Pistoia, 17 febbraio 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 3, 206 ss.; G.M. ZAMPERETTI, *Tesoreria di gruppo, presunzioni da consolidamento e articolazione plurisoggettiva della direzione e coordinamento*, nota a Trib. Milano, 10 novembre 2014, in *Società,* 2015, 12, 1377 ss.

Si tratta, come più volte ricordato, di accordi stipulati in fase «fisiologica» di attività, in cui una parte si impegna a fornire sostegno all'altra, solo qualora quest'ultima versi in condizioni tali da consentire l'attivazione dell'intervento precoce, e sono strettamente orientati a preservarne o ripristinarne la stabilità finanziaria, o quella del gruppo. Tale connotazione investe completamente la causa del sostegno, che di fatto può essere erogato solo in tal caso e solo con tale specifica finalità [22].

4. (Segue) *Il corrispettivo.*

Il sostegno è sinallagmatico e oneroso. Inoltre, non solo, come anticipato, è strettamente necessaria la previsione di un corrispettivo, ma deve sussistere la ragionevole aspettativa dell'effettivo rientro per l'intermediario erogante, nella forma di rimborso del prestito, o di recupero di capitale, interessi e spese dell'eventuale garanzia escussa. È profilo di cui occorre anche l'accertamento da parte dell'Autorità (art. 69-*quinquiesdecies*, primo comma, lett. d).

Esso deve inoltre essere calcolato secondo criteri rimessi all'autonomia negoziale delle parti, ma conformi ai principi generali di legge, e soprattutto predefiniti nell'accordo [23]. L'effettiva determinazione ha riguardo al momento in cui il sostegno finanziario viene fornito.

Ove necessario per conseguire le finalità dell'accordo, i criteri possono tuttavia non tenere conto del prezzo di mercato, in particolare se esso è influenzato da fattori anomali ed esterni al gruppo o se la parte che fornisce il sostegno dispone, proprio in forza dell'appartenenza al medesimo gruppo del beneficiario, di informazioni non pubbliche rilevanti.

Se in tal modo è favorita l'individuazione del valore effettivo [24], al contem-

---

[22] F.M. SBARBARO, (nota 10), 41, sottolinea la difficoltà di ricondurre la realizzazione dei presupposti ad una «condizione», stante la dubbia compatibilità con il disposto dell'art. 1359 c.c., secondo cui la condizione si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario al relativo avveramento. Maggiori dubbi tuttavia potrebbero porsi quanto alla relativa configurabilità alla stregua di una *condicio iuris* sospensiva, avente ad oggetto la sussistenza dei requisiti per l'intervento precoce. Potrebbe infatti osservarsi, sul punto, che l'applicabilità di tale norma è fortemente discussa con riguardo alla condizione legale, nonché alle condizioni cd. miste, ma è univocamente ritenuta applicabile alla sola condizione volontaria, che qui comunque non ricorrerebbe.

[23] «[…] anche ai fini della determinatezza o determinabilità dell'oggetto ai sensi dell'art. 1346 c.c.». Così F.M. SBARBARO, (nota 10), 40.

[24] Sul punto è da riscontrare una lieve differenza rispetto all'indicazione della direttiva (art. 19, settimo comma, lett. d), BRRD): «il corrispettivo della fornitura del sostegno finanziario

po è comunque offerta all'operatore una discrezionalità che potenzialmente apre ad abusi. Anche la precisazione che il perseguimento del miglior interesse di ciascuna parte possa «comportare benefici diretti o indiretti […] a motivo del sostegno finanziario» sembra confermare la possibilità di una non perfetta «proporzionalità» tra le prestazioni. La terminologia «benefici indiretti» peraltro induce al paragone con il controverso istituto dei vantaggi compensativi. A tal riguardo, pur volendo in tal senso intendere i benefici, *a fortiori* in questo contesto non potrà aversi riguardo a forme compensative non patrimonialmente valutabili [25].

Ad ogni modo, al di là delle cautele procedurali di carattere societario, il presidio ultimo per evitare che tali aperture consentano il perpetrarsi di abusi è sempre nel controllo dell'Autorità.

Possono inoltre essere previsti obblighi di sostegno reciproco. Ciò è ulteriore conferma della funzione normativa come sopra illustrata, trattandosi di regolamentazione potenzialmente applicabile ad una molteplicità di rapporti futuri

può tenere conto delle informazioni in possesso della parte che fornisce il sostegno che le derivano dall'appartenenza al medesimo gruppo della parte che riceve il sostegno e che non sono disponibili sul mercato;» ed inoltre «i principi per il calcolo del corrispettivo della fornitura del sostegno finanziario non devono necessariamente tenere conto di impatti temporanei previsti sui prezzi di mercato derivanti da eventi esterni al gruppo.» (art. 19, settimo comma, lett. e), BRRD). Tuttavia, come rilevato in dottrina, si è di fronte ad una discrepanza più apparente che reale in quanto ciò «risponde a un principio di corretta e ponderata valutazione della prestazione offerta, funzionale a individuare il valore effettivo della stessa […]». Così A. SACCO GINEVRI, *Il gruppo bancario nella direttiva BRRD*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2017, 4, 418 ss., 428.

M. LAMANDINI, *Gli accordi di sostegno finanziario nel gruppo bancario*, in *La gestione delle crisi bancarie. Strumenti, processi, implicazioni nei rapporti con la clientela*, a cura di Troiano, Uda, Padova, Cedam, 2018, 185: «La norma è coraggiosa ed assai opportuna, in prospettiva prudenziale, giacché mira a rendere la tenuta dell'accordo impermeabile a contestazioni sul giusto prezzo.». L'A. richiama peraltro taluni provvedimenti in cui la giurisprudenza di merito nazionale aveva ammesso la determinazione di un corrispettivo a fronte della prestazione di servizi infragruppo al costo o forfettariamente (Trib. Milano, 25 marzo 2013; Trib Milano, 15 aprile 2014).

[25] Il principale (tuttora «irrisolto») interrogativo riguardo l'istituto dei vantaggi compensativi (la cui fondamentale fonte normativa risiede nell'art. 2497 c.c.), consiste nella definizione del perimetro che include i vantaggi giuridicamente rilevanti. Secondo una prima lettura, più rigorosa, tale vantaggio dovrebbe essere attuale e rigidamente proporzionale al pregiudizio subito dalla società eterodiretta, alla luce di una valutazione quantitativa di stampo ragionieristico; secondo un'altra, più elastica, rileverebbero anche delle forme compensative più labili, non strettamente proporzionali e non necessariamente attuali. Rispettivamente, per la prima e la seconda ricostruzione v., per tutti, G.M. ZAMPERETTI, (nota 21), 1377 ss., e P. MONTALENTI, *Gruppi e conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in AA. VV., *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 624 ss.

il cui contenuto sarà precisato anche in ragione delle circostanze concrete (ad esempio, il ricorrere delle condizioni per l'uno o per l'altro intermediario).

5. (Segue) *Le parti dell'accordo e la partecipazione di terzi.*

Infine, sia il contratto preparatorio, sia quelli esecutivi sono potenzialmente plurilaterali, ed è ben possibile che la stipulazione dei secondi avvenga solo tra alcune delle parti originarie. La partecipazione all'accordo quadro è, in ogni caso, facoltativa [26] (salvo quanto si dirà di seguito sul rispetto da parte delle sussidiarie di eventuali direttive di gruppo [v. *infra*]).

Le parti autorizzate a prendervi parte sono un *numerus clausus* [27], sebbene le operazioni di sostegno possano aver luogo «anche tra il beneficiario del sostegno e soggetti terzi, anche esterni al gruppo e non partecipanti all'accordo» (art. 69-*duodecies*, quarto comma), secondo lo schema della promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo, ai sensi dell'art. 1381 c.c., che obbligherebbe il promittente ad indennizzare il beneficiario in caso di rifiuto o inerzia del terzo.

La posizione debitoria/creditoria non è cedibile leggendo la norma da ultimo enunciata in combinato disposto con il settimo comma dell'art. 69-*duodecies*, secondo cui «Nessun diritto, pretesa o azione derivante dall'accordo può essere esercitato da soggetti diversi dalle parti, neppure ai sensi dell'art. 2900 del codice civile».

6. *Procedimento di formazione ed esecuzione degli accordi. Possibili conseguenze applicative del relativo inquadramento.*

L'istituto presenta ulteriori profili critici, in particolare quanto al comples-

[26] «L'accordo produce effetti solo nei confronti delle società le cui assemblee abbiano approvato il progetto» (cfr. art. 69-*quaterdecies*, primo comma t.u.b.). V. E. RULLI, *sub art. 69-*quaterdecies, (nota 15), 925.

[27] V. anche F.M. SBARBARO, (nota 10), 38. *ex* art. 69-*duodecies*, primo comma t.u.b.: «Una banca italiana o società italiana capogruppo di un gruppo bancario, le società italiane ed estere appartenenti al gruppo bancario e le altre società incluse nella vigilanza consolidata indicate nell'articolo 69-ter, comma 1, lettera c)». Si tratta di un novero di soggetti riconducibili ad un perimetro più ampio rispetto al gruppo bancario in senso tecnico. Sul punto, v. A. SACCO GINEVRI, (nota 11), 85.

Si segnala peraltro che, ai termini dell'art. 55-*quater* t.u.f., la disciplina in parola è estesa, per quanto compatibile, ai gruppi di SIM di cui all'art. 11 t.u.f.

so *iter* di conclusione ed esecuzione. Tali questioni saranno esaminate sulla base dei principi esposti, ricostruendo la disciplina come risultante dalle norme europee e italiane, ed, avendo, dunque, quale primario riferimento, il Testo Unico Bancario.

Giova ripetere, il procedimento si articola in due segmenti: la stipulazione dell'accordo preparatorio, e la relativa esecuzione attraverso la conclusione di contratti esecutivi.

Nell'ambito della prima fase, il progetto di accordo (stilato dagli organi amministrativi) è sottoposto all'autorizzazione della Banca d'Italia, quale Autorità competente [28], che valuta la sua coerenza con le condizioni previste nell'art. 69-*quinquiesdecies* [29], nonché l'insussistenza, per entrambe le parti, dei presupposti per l'intervento precoce (art. 69-*duodecies*, sesto comma). Il progetto autorizzato è in seguito sottoposto all'approvazione dell'assemblea straordinaria dei soci di ciascuna società del gruppo che intenda aderire, unitamente ad un parere dei componenti indipendenti dell'organo amministrativo [30]. Sono necessarie tutte le formalità dell'assemblea straordinaria, e non solo i relativi *quorum* aggravati (verbalizzazione notarile nella forma dell'atto pubblico e iscrizione nel registro delle imprese *ex* art. 2375 c.c.) [31].

L'art. 2384 (secondo comma) c.c. risolve eventuali problemi legati all'invalidità delle delibere. Infatti, non è opponibile ai terzi la limitazione al potere di firma dell'accordo da parte del rappresentante legale, anche ove fondato

---

[28] Ovvero dalla Banca Centrale Europea, ove Autorità competente a fini di vigilanza ai sensi del regolamento SSM.

[29] Non è valutazione di discrezionalità strettamente tecnica. F.M. SBARBARO, (nota 10), 43, include nel ruolo «creativo» dell'Autorità il potere formulare osservazioni e richieste di modifica o integrazione nel merito del progetto di accordo. C. PISTOCCHI, *sub art. 69*-terdecies, (nota 9), 921, circa l'intervento dell'Autorità prima della deliberazione assembleare afferma che ciò «[…] dimostra come il ruolo dell'autorità di vigilanza in tale sede possa anche assumere funzione integrativo-modificativa delle previsioni dell'accordo in parola […]».

La valutazione del progetto avviene congiuntamente con le altre Autorità competenti sulle banche comunitarie aderenti all'accordo, ed, a seguito dell'autorizzazione, è trasmesso all'Autorità di risoluzione.

Quanto al contenuto e i criteri minimi cui l'Autorità è chiamata alla valutazione cfr. anche il regolamento delegato della Commissione 2016/1075/UE.

[30] La direttiva richiede genericamente che «il progetto di accordo sia sottoposto all'approvazione degli azionisti di ciascuna entità del gruppo che si propone di aderirvi» (art. 21). Dunque, la scelta di ricorrere all'assemblea straordinaria è nazionale. Circa le possibili ragioni ispiratrici, nel confronto con l'art. 2358 c.c., v. A. SACCO GINEVRI, (nota 11), 91.

[31] V. E. RULLI, *sub art. 69*-quaterdecies, (nota 15), 926.

sull'invalidità della deliberazione assembleare [32]. Eccezione al principio è l'eventuale «prova che questi abbiano intenzionalmente agito in danno della società» [33], che non è ipotesi del tutto infrequente in un gruppo, ferme le concrete difficoltà probatorie.

Non pare possibile configurare un'approvazione solo parziale del progetto di accordo da parte dell'assemblea [34]. La delibera, dunque, potrà solo approvare o respingere, salvo quando la parzialità dell'approvazione non alteri il sinallagma originario, svilendosi altrimenti l'intervento dell'Autorità. Tale problematica non sussisterebbe, però, nell'ipotesi in cui gli organi di gestione degli intermediari coinvolti redigessero il progetto «di concerto» e, dunque, attraverso un'attività di interlocuzione più o meno continua con l'Autorità. È soluzione che deve emergere nella prassi. Diversamente, potrebbero sollevarsi dubbi sull'opportunità della scelta legislativa di far sì che la proposta all'Autorità non abbia riguardo ad un progetto di accordo già considerabile «definitivo» per le parti predisponenti, con evidente aggravio procedimentale anche a carico dell'«Amministrazione».

L'organo amministrativo è chiamato a riferire annualmente all'assemblea dei soci in merito alla relativa esecuzione. Pare peraltro applicabile (in forza del rinvio *ex* art. 69-*duodecies*, secondo comma) l'ultimo comma dell'art. 2497-*bis*, che impone agli amministratori di indicare nella relazione sulla gestione i rapporti intercorsi con chi esercita attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette, nonché l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati.

L'approvazione assembleare è comunque condizione della «vincolatività dell'accordo» nei confronti delle società aderenti. Pertanto, al concludersi di questa fase, alla luce della formulazione del Testo Unico, si è al cospetto di un negozio perfetto, dunque valido, già prima del ricorrere dei presupposti. L'accordo, sottoscritto dai rappresentanti legali, è infatti soggetto a pubblicità [35] e

[32] G. VISENTINI, *L'amministrazione della società per azioni*, Roma, Dike, 2016, 84. È principio applicabile anche alle deliberazioni consiliari di approvazione del futuro accordo esecutivo [v. *infra*].

[33] Sul tema è stato osservato che «in presenza di un vizio che determini l'invalidità della delibera di approvazione dell'accordo da parte di una singola società, l'accordo medesimo perde efficacia nei confronti solo di questa (anche se qualche dubbio sorge sulla complessiva "tenuta" dell'accordo nell'ipotesi in cui le società costituenti il gruppo siano soltanto due)». Così C.L. APPIO, (nota 5), 724.

[34] In dottrina è stata sostenuta la soluzione positiva, apparentemente, senza procedere ad un'ulteriore comunicazione alla Banca d'Italia. Così F.M. SBARBARO, (nota 10), 46.

[35] Oltre all'iscrizione nel registro delle imprese *ex* art. 2375, è necessario che dell'accordo

informazione al mercato [36]. Giova ribadire, in questo modo le parti si impegnano tra loro e con il mercato stesso, cui è portato a conoscenza il dato «economico quanto giuridico» che il sostegno eventualmente prestato non soggiace alla disciplina ordinaria.

È comunque fatta salva la possibilità per l'assemblea straordinaria (e, dunque, nuovamente, con il rispetto delle relative formalità) di revocare l'autorizzazione, se non si sono ancora realizzati i presupposti dell'intervento precoce in capo ad una o più società aderenti all'accordo [37].

L'approvazione del progetto di accordo o la sua revoca non costituiscono cause di recesso del socio dalla società. Giova ricordare, tuttavia, che, in particolare nella società per azioni, il recesso è rimedio eccezionale per il socio assente, dissenziente o astenuto, esercitabile solo in circostanze specifiche. Nell'impresa bancaria, peraltro, una forma di *exit* che presupponga il rimborso della partecipazione al socio uscente è suscettibile di confliggere con le esigenze prudenziali di capitalizzazione (in particolare con riguardo al capitale di qualità primaria), ed infatti si rinvengono, nella relativa disciplina, svariate norme che ulteriormente limitano, secondo varie tecniche, l'esercizio di tale diritto [38]. Ad ogni modo, il recesso non è l'unica forma di *exit* dall'investimento, poiché il socio potrà ricorrere alla cessione delle partecipazioni (se liquide). È dunque previsione in ultima analisi coerente con il sistema.

Durante tale seconda fase, avviene la conclusione di un secondo negozio tra le parti aderenti (o, eventualmente, anche solo tra alcune di esse), con incontro delle rispettive volontà negoziali, seppur in coerenza del contenuto «dispositivo» del primo. Ciò è possibile solo al ricorrere, si è detto, delle condizioni per l'intervento precoce per la parte individuata come potenziale beneficiario, e della relativa assenza per l'erogante.

---

sia data evidenza nell'albo delle banche e dei gruppi bancari (cfr. Disposizioni di Vigilanza). Ampiamente E. RULLI, *sub art. 69-quaterdecies*, (nota 15), 934.

[36] Cfr. Linee Guida EBA e regolamento di esecuzione 2016/911/UE. Ivi in particolare se ne richiede la comunicazione tramite pubblicazione nel sito internet in forma che ne garantisca l'accesso al pubblico nonché nelle forme previste per la divulgazione dei bilanci di gruppo.

[37] La revoca diviene efficace solo a seguito della predisposizione di un piano di risoluzione individuale o di gruppo che tenga conto delle mutate circostanze o, in ogni caso, decorsi dodici mesi dalla revoca (art. 69-*quaterdecies*, quarto comma, t.u.b.). Condivisibilmente, F.M. SBARBARO, (nota 10), 42, richiama la figura del recesso unilaterale *ex* art. 1373 c.c. nel caso di contratto che non abbia avuto un principio di esecuzione.

[38] Ad esempio, quanto ai limiti al rimborso, l'art. 28, comma 2-*ter*, t.u.b., introdotto con la riforma delle banche popolari (d.l. 24 gennaio 2015, n. 3 convertito con l. 24 marzo 2015, n. 33). Sul tema, *ex multis*, M. MAUGERI, *Trasformazione delle popolari e limiti al rimborso delle azioni: frammenti di un diritto costituzionale delle società bancarie*, in *Rivista ODC*, 2018, 3, 23 ss.

L'art. 69-*quaterdecies*, secondo comma, attribuisce la competenza a decidere sulla «concessione o sull'accettazione» del sostegno finanziario in esecuzione dell'accordo, all'organo amministrativo [39], che motiva la decisione anche attestando la sussistenza dei presupposti. In entrambi i casi, è competenza delegabile, in assenza di espresso divieto [40].

Il citato secondo comma è, ad ogni modo, particolarmente importante proprio per l'espressa menzione di ambedue le delibere e si apre a diverse letture. Invero, non può negarsi che, anche in tale fase debba comunque realizzarsi un nuovo incontro delle volontà negoziali, anche ai fini della concreta definizione del contenuto dell'accordo finale, in attuazione dei criteri fissati da quello preparatorio [41].

Orbene, secondo la ricostruzione proposta, il contratto darebbe vita ad un diritto potestativo di ciascuna delle parti legittimate alla conclusione del contratto finale, per cui la controparte, se i presupposti ricorrono, è tenuta ad accettare. Tale «disequilibrio» di posizioni potrebbe trovare un fondamento normativo proprio nel secondo comma dell'art. 69-*quaterdecies* dove esse sono legate da una congiunzione disgiuntiva («o»). In altri termini, sembrerebbe affermarsene non una concorrenza vera e propria bensì una alternatività nella potestà di iniziativa cui la controparte deve soggiacere.

A questo punto, in linea generale, non ricorrerebbe il problema della sussistenza di una delibera negativa se fosse sufficiente l'iniziativa di una sola parte per costringere l'altra alla conclusione del contratto finale, seppur previa valutazione positiva dell'Autorità competente e nelle modalità di seguito esposte. La controparte potrebbe infatti legittimamente rifiutarsi solo eccependo la non sussistenza dei presupposti. In tal caso, sembra in ogni caso necessario procedersi al coinvolgimento dell'Autorità su iniziativa della parte interessata. Potrebbe supportare tale conclusione il riferimento ad una sola delibera oggetto di comunicazione all'Autorità ai fini dell'accertamento dei presupposti [42].

---

[39] Le parti chiamate a fornire il sostegno devono essere pienamente informate sulla condizione dei beneficiari prima della decisione di fornire il sostegno e, dunque, prima dell'esecuzione dell'accordo preparatorio. Cfr. art. 69-*duodecies*, quinto comma, lett. b) t.u.b. Sulla «pluridirezionalità» dell'informazione infragruppo disposta dalla norma citata v. M. LAMANDINI, (nota 24), 184.

[40] Inoltre, l'esclusione del recesso [v. *supra*] anche nella fase di approvazione del progetto di accordo contribuisce a inquadrare l'operazione come gestione amministrativa «ordinaria», *a fortiori* delegabile. Diversamente, A. SACCO GINEVRI, *sub art. 69-duodecies*, (nota 4), 915.

[41] Cfr. anche art. 24 BRRD.

[42] Il riferimento del Testo Unico è solo alla delibera del soggetto erogante, ma potrebbe

Quest'ultima (congiuntamente con le altre eventuali Autorità competenti), dunque, in caso di intervenuto accordo tra le parti, secondo una valutazione non di mera discrezionalità tecnica [43], potrà vietare o limitare l'esecuzione dell'accordo «definitivo» se ritiene non soddisfatte le condizioni del sostegno [44] (previste all'art. 69-*quinquiesdecies* [45]).

trattarsi di una mera «traslazione» del contenuto della direttiva. Essa, in effetti, prevede un preventivo accertamento da parte dell'Autorità dell'erogante, e solo in un secondo momento di quella del beneficiario (e di quella su base consolidata se non coincidente con una delle precedenti), seppur prontamente avvisata dell'iniziativa. Tuttavia, va rilevato che la direttiva si preoccupa di un'operazione realizzata in un contesto transnazionale e condivisibilmente si propone di privilegiare l'accertamento della non nocività dell'intervento per il sistema finanziario dell'erogante (cfr. art. 25 BRRD). Ciò, tuttavia, non esclude che, specialmente quando le due Autorità coincidono, non possa configurarsi un'iniziativa del beneficiario.

[43] In effetti, la stessa direttiva (art. 23) consente all'Autorità di fornire ugualmente l'autorizzazione, pur in mancanza dei requisiti di capitalizzazione per l'ente erogante. Come poi le Linee Guida EBA precisano, tale autorizzazione deve comunque essere limitata a circostanze eccezionali.

[44] Cfr. art. 25 BRRD cit., per l'eventuale necessità di coordinamento tra Autorità per prestazioni di sostegno transnazionali.

[45] In particolare: «a) si può ragionevolmente prospettare che il sostegno fornito ponga sostanziale rimedio alle difficoltà finanziarie del beneficiario; b) il sostegno finanziario è diretto a preservare o ripristinare la stabilità finanziaria del gruppo nel suo complesso o di una delle società del gruppo ed è nell'interesse della società del gruppo che fornisce il sostegno; c) le condizioni del sostegno finanziario, ivi compreso il corrispettivo, sono determinate in conformità dell'articolo 69-duodecies, comma 5, lettera c); d) vi è la ragionevole aspettativa, sulla base delle informazioni a disposizione dell'organo amministrativo della società che fornisce il sostegno al momento dell'assunzione della relativa decisione, che sarà pagato un corrispettivo e rimborsato il prestito da parte della società beneficiaria, qualora il sostegno sia concesso sotto forma di prestito, ovvero che, nell'ipotesi in cui il sostegno sia fornito in forma garanzia reale o personale e questa sia escussa, sarà possibile recuperare per intero, anche in via di surroga o regresso, capitale, interessi e spese; e) la concessione del sostegno finanziario non mette a repentaglio la liquidità o solvibilità della società del gruppo che lo fornisce; f) la concessione del sostegno finanziario non minaccia la stabilità del sistema finanziario, in particolare nello Stato comunitario in cui ha sede la società del gruppo che fornisce il sostegno; g) la società del gruppo che fornisce il sostegno rispetta, nel momento in cui lo fornisce, i requisiti in materia di capitale, liquidità, grandi esposizioni e gli altri requisiti specifici eventualmente imposti in conformità del regolamento (UE) 575/2013 e delle disposizioni di attuazione della direttiva 2013/36/UE, e la concessione del sostegno finanziario non è tale da determinare la violazione di questi requisiti da parte della società, fatta eccezione per il caso in cui l'autorità competente per la vigilanza sulla società abbia autorizzato una temporanea deroga a tali requisiti; h) la concessione del sostegno finanziario non pregiudica la risolvibilità della società del gruppo che lo fornisce.» (art. 69-*quinquiesdecies*).

A tale valutazione dovrebbe affiancarsi anche la verifica dell'effettiva rispondenza a

Al contrario, nel caso in cui una sola delle parti rilevi i requisiti per l'esecuzione, l'Autorità sarebbe comunque chiamata alla valutazione di tale istanza. Se da tale analisi risultasse la sussistenza dei presupposti per l'intervento precoce e l'opportunità di ricorrere al sostegno finanziario alla luce delle altre condizioni di legge, l'Autorità potrebbe imporre l'attuazione del piano di risanamento (e, dunque, degli accordi in esso contenuti, con applicazione della deroga). Ed, in effetti, sembrerebbe completare il quadro la previsione dell'art. 69-*octies*, che impone la comunicazione senza indugio alla Banca d'Italia, non solo della decisione di adottare una misura prevista nel piano di risanamento, ma altresì quella di astenersi pur ricorrendone le circostanze [46].

Come anticipato, le osservazioni formulate sono tuttavia suscettibili di trovare o meno conferma nell'evoluzione e consolidamento della prassi operativa e regolamentare dell'istituto.

In caso di inadempimento dell'accordo esecutivo, una volta perfezionato, pare invece possibile il ricorso al rimedio dell'esecuzione in forma specifica.

Restano fermi i regimi di responsabilità previsti dal diritto comune, sia quanto ai rapporti interni alle singole società, sia alla responsabilità da direzione e coordinamento. Ed invero è fatta salva la disciplina del «capo IX, titolo V, libro V del codice civile […]» (art. 69-*duodecies*, secondo comma).

7. *Prevalenza dell'interesse di gruppo sull'autonomia negoziale dei partecipanti all'accordo.*

L'accordo è sottoscritto da ciascuna parte nell'esercizio della propria autonomia negoziale ed in coerenza con le eventuali direttive impartite dalla capogruppo (art. 69-*duodecies*, quinto comma, lett. a). Da tale disposizione emerge chiaramente la dicotomia tra gli interessi propri delle singole entità partecipanti e l'interesse del gruppo nel suo complesso.

Orbene, la formulazione della norma lascia pendere l'ago della bilancia dal lato dell'interesse di gruppo, che poi, di fatto, tende a coincidere con quello

quanto convenuto nel primo accordo (ad esempio, al rispetto dei criteri di calcolo per il corrispettivo).

[46] È norma che trova riscontro altresì nella direttiva, in particolare all'art. 9, il quale ulteriormente precisa che la previsione ha riguardo all'ipotesi di astensione pur in presenza delle condizioni predefinite dal piano, ove l'organo di amministrazione dell'ente non ritenga comunque opportuno procedere all'esecuzione date le circostanze.

del soggetto etero-dirigente [47]. Una possibile *ratio* è individuabile nella presenza dell'interesse pubblico alla stabilità del sistema finanziario, che viene in questo caso perseguito valorizzando l'unitarietà dell'azione di gruppo onde favorirne la stabilità.

Va comunque rilevato che la stessa direttiva, che peraltro prevale, in caso di contrasto, sulla normativa nazionale [48], si esprime diversamente sul punto. All'art. 19 BRRD si legge infatti che «ciascuna parte deve agire liberamente nel sottoscrivere l'accordo» [49], e che «in sede di conclusione dell'accordo e di determinazione del corrispettivo per la prestazione del sostegno finanziario, ciascuna parte deve agire nel proprio miglior interesse» [50]. Si attende dunque dalla CGUE un'eventuale pronunzia dirimente sul punto, a seguito di rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 T.F.U.E. [51].

Tuttavia, la scelta legislativa si riverbera nella parte operativa della disciplina, ed è anzi coerente con altre disposizioni. La ricostruzione trova infatti ulteriore riscontro nell'esplicita esclusione di previsioni in materia di operazioni con soggetti collegati e parti correlate (art. 53, quarto comma, t.u.b. ed art. 2391-*bis* c.c.). In particolare, attraverso l'esclusione del secondo periodo dell'art. 53, quarto comma, t.u.b., i soci e gli amministratori in conflitto di interessi (per conto proprio o di terzi) non saranno tenuti ad astenersi dal voto [52].

Ciò potrebbe escludere, in caso di conflitto, l'epurazione dei voti che sono espressione del soggetto eterodirigente [53]. Dunque, allo stato della legislazio-

---

[47] Sul punto, la dottrina è concorde. V. *ex plurimis*, F.M. SBARBARO, (nota 10), 50.

[48] Evidenzia tale criticità C.L. APPIO, (nota 5), 736.

[49] Art. 19, settimo comma, lett. a), BRRD.

[50] Art. 19, quinto comma, BRRD.

[51] Come suggerito da M. LAMANDINI, (nota 24), 184.

[52] Rileva richiamare sul punto anche l'art. 11, terzo comma, regolamento CONSOB 17221/2010 («Regolamento recante disposizioni in materia di operazioni con parti correlate» – adottato altresì ai sensi del citato art. 2391-*bis* c.c.), con riferimento alle cd. «operazioni di maggiore rilevanza». Ivi, in relazione alla proposta di deliberazione da sottoporre all'assemblea approvata in presenza di un avviso contrario degli amministratori o dei consiglieri indipendenti, si richiede che la maggioranza dei soci non correlati approvi l'operazione (cd. *whitewash*).

[53] Cfr. Art. 69-*septiesdecies*, t.u.b. Nella dottrina v. M. LAMANDINI, (nota 24), 184. Diversamente, A. SACCO GINEVRI, (nota 11), 88, dirime la questione attraverso un'interpretazione restrittiva della norma, escludendo dall'esenzione i partecipanti alla deliberazione (dell'organo di gestione e dell'assemblea) in conflitto di interessi, i quali devono pertanto ugualmente astenersi dal voto (art. 53, quarto comma, ultimo periodo t.u.b.).

ne, le deliberazioni della figlia potranno rispecchiare l'interesse della madre che, tuttavia, ben potrebbe essere in posizione di conflitto (ad esempio relativamente ai finanziamenti cd. *upstream*).

La pratica accerterà l'effettività dei contrappesi, quali la predisposizione di un parere dei componenti indipendenti dell'organo amministrativo, l'obbligo di motivazione della delibera di esecuzione, il relativo monitoraggio, il permanere dei rimedi societari contro eventuali abusi, ed infine, la supervisione dell'Autorità di Vigilanza.

8. *Cenni conclusivi sulle criticità applicative degli accordi in una dimensione transnazionale.*

Come in parte anticipato, la rilevanza, nonché le criticità, dell'istituto emergono altresì relativamente ai gruppi transnazionali, in particolare sotto due profili.

Da un lato, l'intervento del legislatore europeo si spiega come tentativo di armonizzazione della disciplina applicabile. Come anche le Linee Guida EBA precisano, infatti, la disomogeneità di regolamentazioni in tema di supporto finanziario infragruppo [54] costituisce un ulteriore ostacolo agli obiettivi della direttiva, ed, in generale, alla realizzazione dell'Unione Bancaria. Tuttavia, come anticipato, la disciplina europea, non chiarificando, in tutte le sue parti, la natura giuridica dell'istituto, lascia comunque aperte problematiche di interpretazione e coordinamento che dovranno essere risolte tenuto conto delle specificità degli ordinamenti coinvolti.

Dall'altro lato, la previsione di un sistema di raccordo e cooperazione risulta altresì fondamentale con riguardo ai possibili conflitti tra diverse Autorità competenti relative ai flussi transnazionali di sostegno finanziario [55]. Esemplificando, un eventuale diniego da parte dell'Autorità cui è soggetto l'erogante potrebbe ostacolare la realizzazione di interventi di sostegno in favore di soggetti stabiliti in altri Stati Membri, con possibili impatti negativi sulla stabilità dei relativi sistemi finanziari. È problematica su cui il legislatore europeo si è già mostrato attento, come dalla stessa direttiva emerge, attraverso l'individuazione di meccanismi che favoriscano per quanto possibile decisioni con-

[54] Sul punto si segnala tuttavia l'iniziativa UNCITRAL, *Model Law on Cross-Border Insolvency*, 2014. In tema, ampiamente, E. RICCIARDIELLO, (nota 10), 453.

[55] G. BOCCUZZI, *The European Banking Union: supervision and resolution*, Palgrave Macmillan, 2016, 58.

giunte e ponderate in tema di autorizzazione o comunque di intervento nelle varie fasi di adozione ed esecuzione degli accordi. Resta, tuttavia, in ultima analisi fondamentale che tale organizzazione regolamentare ed istituzionale atta ad evitare, o, comunque, comporre eventuali conflitti tra Autorità sia dotata di effettività.

Tale esigenza si connota per una portata ben più ampia rispetto all'istituto qui discusso, che ne costituisce una possibile manifestazione, potendo su di esso sortire effetti rilevanti. Ed invero, è tuttora oggetto di dibattiti, anche sul piano istituzionale, l'individuazione di rimedi e strumenti di efficientamento finalizzati a dirimere tali criticità, che, altrimenti, rischiano di rappresentare un ostacolo alla concreta operatività del sistema nel suo complesso [56].

[56] J. DESLANDES, C. DIAS, M. MAGNUS, *Banking Union: Defusing the "home/host" debate*, July 2019, https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/634373/IPOL_BRI(2019)634373_EN.pdf.

Letture

Passato e presente del diritto commerciale. A proposito di tre libri recenti *

Past and present of commercial law. About three recent books

Mario Libertini **

ABSTRACT:

Dopo l'ampia recensione di tre libri recenti, che trattano diversi profili di storia del diritto commerciale, l'autore formula alcune riflessioni sullo "stato dell'arte" in materia. Egli sostiene che lo studio degli istituti giuridici commercialistici dovrebbe essere programmaticamente integrato nella storia dell'impresa capitalistica e dell'affermazione ed evoluzione dell'economia di mercato. Punto cruciale di questa storia è comunque che il diritto commerciale è vissuto per secoli senza una dottrina giuridica propria e senza essere riconosciuto come disciplina accademica. Il punto di svolta si ha nel XIX secolo, quando si percepisce l'anacronismo di non comprendere, come momento essenziale degli studi giuridici, lo studio degli istituti dell'economia di mercato capitalistica. Il diritto commerciale viene così cooptato a livello accademico e, con ciò, sorge rapidamente una generazione di cultori di questa disciplina che si pone un ambizioso programma di modernizzazione degli studi giuridici e dei codici. Secondo l'autore, questo programma non si è pienamente realizzato ed oggi la disciplina, che dovrebbe essere denominata "diritto delle imprese e dei mercati" appare priva di una sicura unità sistematica e tendenzialmente articolata in diversi filoni specialistici.

Parole chiave: storia del diritto commerciale

After an extensive review of three recent books, which deal with different profiles of the history of commercial law, the author makes a few comments on the "state of the art" in this subject. He argues that the study of commercial legal institutions should be programmatically integrated into the history of the capitalist enterprise and the affirmation and evolution of the market economy. A crucial point of this story is however that commercial law has lived for centuries without its own legal doctrine and without being recognized as an academic discipline. The turning point came in the nineteenth century, when we perceive the anachronism of not understanding, as an essential moment of legal studies, the

* Questo scritto è destinato ai *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno.* Si ringrazia la direzione dei *Quaderni* per averne consentito la ripubblicazione in questa rivista.

** Professore emerito della Sapienza Università di Roma; e-mail: mlibertini@liblex.it.

study of the institutions of the capitalist market economy. Commercial law is thus co-opted at an academic level and, with this, a generation of enthusiasts of this discipline quickly arises, setting an ambitious program for the modernization of legal studies and codes. According to the author, this program has not been fully implemented and today the discipline, which should be called "business and market law", appears to lack a sure systematic unity and tends to be divided into different specialist areas.

***Keywords**: history of commercial law*

SOMMARIO:

1. Premessa. – 2. La *Historia del derecho mercantil* di Carlos Petit. – 3. *La modernización del derecho mercantil*, a cura di Jaime Alcalde Silva e José Embid Irujo. – 4. *"Non più satellite". Itinerari giuscommercialistici tra Otto e Novecento*, a cura di Italo Birocchi. – 5. Storia e prospettive del diritto commerciale: una riflessione sullo stato dell'arte.

1. *Premessa.*

Questo commento nasce dalla lettura di tre libri recenti, diversi per impostazione ma accomunati dall'interesse verso la storia del diritto commerciale, inteso sia come insieme di norme destinate alla disciplina delle imprese e dei mercati sia come disciplina accademica [1].

I tre libri di cui si discute esaminano la materia da tre prospettive diverse: il libro di Petit contiene un'ampia trattazione della storia del diritto commerciale, nei due aspetti sopra indicati, dal Medio Evo a fine Ottocento; il volume collettaneo commemorativo del 150° anniversario del codice di commercio cileno contiene una riflessione comparatistica, di ampio raggio, sull'evoluzione (soprattutto, ma non solo legislativa) del diritto commerciale, con particolare riguardo ai secoli XIX e XX; il volume curato da Birocchi è incentrato su un'esperienza culturale prettamente italiana, che è quella della formazione, negli ultimi decenni del sec. XIX, di un orientamento dottrinale volto a rivendicare l'autonomia scientifica della disciplina, emancipandola da una posizione "satellitare" rispetto al diritto civile.

L'intreccio delle riflessioni provenienti da queste tre diverse angolature

[1] C. PETIT, *Historia del derecho mercantil,* Madrid, Marcial Pons, 2016; *La modernización del derecho mercantil. Estudios con ocasión del sesquicentenario del Código de Comercio de la República de Chile (1865-2015)*, J. Alcalde Silva, J.M. Embid Irujo (dirs.), Madrid, Marcial Pons, 2018; *"Non più satellite". Itinerari giuscommercialistici tra Otto e Novecento,* a cura di I. Birocchi, Pisa, ETS, 2019.

consente di compiere passi avanti nella comprensione della vicenda della nascita ed evoluzione della disciplina del diritto commerciale ed anche di formulare qualche riflessione più matura sull'attuale stato della stessa.

Prima di giungere alle conclusioni, è però opportuno dare conto brevemente dei temi trattati in ciascuno dei tre volumi.

2. *La* Historia del derecho mercantil *di Carlos Petit.*

Il libro di Carlos Petit, che ha già suscitato commenti e apprezzamenti anche in Italia [2], si presenta, nel titolo, come una storia "classica" del diritto commerciale, cioè come espressione di un genere letterario il cui modello è stato disegnato dalla *Universalgeschichte* di Levin Goldschmidt (1864). In realtà, il "genere" è declinato da P. in modo originale: anzitutto si tratta di una storia incentrata (anche se non esclusivamente) sull'esperienza spagnola (scelta di grande interesse, se si considera che, per alcuni dei secoli trattati, la Spagna era forse la maggiore potenza economica mondiale); in secondo luogo, l'esposizione di P. non vuol presentare una storia lineare, ma rappresenta vividamente, in una serie di capitoli monografici, momenti cruciali di evoluzione della disciplina, con l'intento di metterne in luce elementi di continuità e, soprattutto, di discontinuità.

2.1. La prima parte del libro contiene una brillante rappresentazione della cultura dei mercanti all'epoca dell'*Ancien Régime*; questa parte è costruita sull'esame di diversi "libri di commercio" italiani, francesi, inglesi, spagnoli, ma anche di epistolari privati di commercianti. Da queste fonti si evince che lo *ius mercatorum* era espressione di una cultura propria del ceto mercantile, comune in tutta l'Europa cristiana; quindi di un contesto culturale molto diverso da quello che, secoli dopo, diede vita al "diritto mercantile". Lo *ius mercatorum* si inseriva in una visione di ordine naturale delle cose, in un contesto culturale che non separava il diritto dall'etica e dalla religione cristiana. Giu-

[2] V., in particolare, F. MIGLIORINO, *Storie d'arte e di carte. La tavola messicana della "Virgen del Carmen" di un mercante e la biblioteca di un codificatore dell'età liberale (A proposito di Carlos Petit*, Historia del derecho mercantil), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2017, 995 ss.; nonché A. MONTI, *La prospettiva storica nel diritto commerciale. Osservazioni a margine di un incontro di studio*, in *Riv. soc*., 2019, 881 ss., che dà conto non solo del libro di Petit, ma anche delle recensioni ad esso dedicate in vari Paesi, nonché della discussione sull'opera svoltasi nel seminario milanese richiamato nel titolo (recensioni e discussioni molto elogiative). Lo scritto di Migliorino sottolinea altresì, particolarmente, la permanente attualità dell'attenzione della dottrina giuscommercialistica verso i profili storici della disciplina.

snaturalismo e carattere universale della *lex mercatoria* accompagnano dunque il diritto commerciale delle origini (e, potrebbe dirsi, hanno fornito radici, mai completamente recise, alla storia successiva della disciplina).

In quel contesto la consuetudine mercantile era *ius proprium*, contrapposto allo *ius commune* romano-canonico ma anche al diritto regio, "comune" anch'esso in tutto il territorio del Regno. In questo assetto consuetudinario, un peso centrale era dato al processo mercantile, concepito come rito informale e di equità, caratterizzato dal rifiuto della *justicia letrada.* Sul piano sostanziale, un peso centrale era attribuito alla *amistad mercantil*, cioè alla solidarietà e lealtà corporativa, come principio ordinante posto al di sopra delle regole giuridiche vere e proprie (particolarmente interessante la sottolineatura di questo fondamento etico solidaristico, di fiducia reciproca interna al ceto mercantile, come base delle regole della circolazione cambiaria). In tale contesto il ricorso ai tribunali, ancorché corporativi, appariva, in linea di principio, disdicevole. L'idea dominante era che le controversie andassero risolte mediante formule flessibili e compromessi.

Questa cultura dello *ius mercatorum* – ordinata, religiosa, corporativa, ancora estranea alla formazione universitaria – vedeva la società commerciale come una versione mercantile del governo domestico (significativo anche l'uso plurisecolare del termine "casa di commercio"). P. sviluppa in modo brillante una tesi già nota, secondo la quale quella che oggi chiamiamo impresa familiare costituisce l'archetipo della società (compagnia) mercantile, anche per ciò che riguarda il ruolo del capo – *pater familias* (ancora nelle Ordinanze di Bilbao del 1737 l'accomandita era peraltro la forma tipica principale di società commerciale). L'*intuitus personarum* rispondeva ad una logica familiare. Il termine *affectio* (*societatis*) esprimeva in modo appropriato il vincolo fra soci, piuttosto che il termine *consensus*, proprio degli scambi contrattuali.

Negli scritti mercantili dell'epoca si esprime anche una tensione fra la cultura del commercio e quella nobiliare (con un'attestazione di superiorità morale della prima, di contro all'altra, fondata sulla percezione di rendite, con le relative inclinazioni dissipatorie).

Un altro aspetto peculiare della cultura dei mercanti era costituito dal fatto che la loro era comunque una professione "colta" (che non poteva fare a meno della scrittura, dei numeri e delle lettere), anche se il patrimonio di cultura professionale di base era allora acquisito, dagli esponenti del ceto, al di fuori dei circuiti educativi universitari.

2.2. La seconda parte del libro di Petit è tesa a dimostrare come la cultura dello *ius mercatorum* si mantenne a lungo per la solidità di alcune strutture giuridiche, che erano state concepite in un contesto in cui il diritto era ancora

un fenomeno non statale. Da questa seconda parte in poi, l'indagine si basa quasi esclusivamente su fonti spagnole.

Una struttura normativa fondamentale era costituita dalla condanna dell'usura, e in genere dello scambio di una cosa per un corrispettivo superiore al giusto prezzo. Si affermava però progressivamente l'idea della compatibilità con il divieto delle usure di un equo interesse nelle negoziazioni mercantili.

Un'altra struttura fondamentale era la corporazione d'arti e mestieri. L'appartenenza alla corporazione era un inquadramento necessario per l'esistenza stessa della figura sociale del mercante. È interessante qui la descrizione della rivitalizzazione delle corporazioni, in Spagna, in piena età moderna (XV e XVI sec.), e proprio per impulso della monarchia nazionale, che nel frattempo si affermava. Fenomeno che, apparentemente, è in controtendenza con la narrazione corrente, che descrive l'affermarsi dello Stato moderno, nello stesso arco temporale, come causa del progressivo declino delle corporazioni.

Aspetto centrale dell'ordinamento corporativo era la costanza del privilegio di una giurisdizione speciale per gli affari dei mercanti [3]. Il giudice mercantile non era certo un "servo della legge", ma piuttosto un interprete autonomo dell'equità, cioè di una ritenuta essenza normativa insita nella natura delle cose. Il foro mercantile consentiva procedure molto rapide e tendenzialmente orali, svolte senza ausilio di difesa tecnica e concluse con ordinanze sintetiche. Il processo di inserimento di giuristi di professione nei collegi consolari, a cominciare dalle cause di appello, si affermò lentamente.

Questa parte della trattazione si arricchisce di descrizioni analitiche della storia di alcune istituzioni (amministrative e giudiziarie insieme), che svolsero un ruolo centrale nei secoli di maggior successo del dominio coloniale spagnolo. Tale la *Casa de la Contratación de Indias* di Siviglia (1503-1790) e il *Consulado y Casa de la Contratación* di Bilbao, istituito nel 1511 e destinato ad avere un ruolo centrale per la pubblicazione delle *Ordenanzas de Bilbao* (1737), che svolsero, in pratica, la funzione di prima codificazione del diritto commerciale per la Spagna e le colonie (e, come tali, sono ampiamente descritte nel libro), fino all'emanazione del codice di commercio statale nel 1829.

2.3. La terza parte del volume illustra le iniziative svolte dalla Corona spagnola nell'ambito della politica mercantilista dei secoli XVII e XVIII.

---

[3] Il libro di Petit insiste felicemente sul punto. Malgrado ciò, è probabilmente ancora attuale il giudizio di A. CARACAUSI, *Procedure di giustizia in età moderna: i tribunali corporativi*, in *Studi storici*, 2008, 323 ss., secondo cui "*la pratica giudiziaria adottata nei tribunali commerciali rimane ancora nell'ombra ... [e] gli studi inerenti la procedura ivi applicata sono pressoché inesistenti*".

In questo periodo alle società, modellate sull'esempio delle imprese familiari, si affiancano "reali compagnie" create dal governo centrale: veri e propri enti morali, governati sulla base degli atti fondativi. La trattazione di P. si svolge con dettaglio filologico, illustrando la varietà di regole applicate a queste nuove figure. In particolare, l'affermazione della responsabilità limitata si ebbe solo sotto l'influenza francese, nell'Ottocento (ancora nel 1843 una decisione governativa negava il beneficio della responsabilità limitata ad una s.p.a. di nuova costituzione, perché la stessa risultava avere uno scopo puramente speculativo).

Nel corso del XVII e del XVIII secolo si attua inoltre un movimento di sostituzione delle tradizionali corporazioni con nuove entità associative (consolati): sorta di camere di commercio, costituite nelle sedi di maggiore importanza commerciale e poste sotto il controllo della Corona. In esse si attua anche un'evoluzione della giurisdizione mercantile, con l'inserimento di "assessori" di formazione giuridica (ma ancora con un processo informale).

Lo spirito mercantilista si manifesta pienamente con la costituzione del Banco de San Carlos, società per azioni a controllo pubblico con finalità di raccolta di capitali (non di depositi) e di esercizio del credito. La storia di questo istituto è analizzata in modo dettagliato.

Questa parte del libro si conclude con un capitolo (XI), un po' eterogeneo rispetto ai precedenti, perché volto a illustrare non tanto le iniziative mercantilistiche del Regno, ma un fenomeno di mercato di dimensione europea; cioè il fatto che, negli stessi secoli XVII e XVIII, si realizza il massimo impiego della circolazione di effetti cambiari, anche al di fuori delle negoziazioni mercantili. La narrazione accompagna il progressivo affermarsi delle regole di protezione della circolazione cambiaria, a cominciare dal fatto che, tra la fine del XVI secolo e l'inizio del successivo, si era affermata con varie fonti, in tutta Europa, la regola per cui i giranti rispondevano personalmente nei confronti del portatore del titolo. Anche se ricco di riferimenti tecnico-giuridici, si tratta comunque di un capitolo che, come la prima parte del libro, è brillante nell'impiego di fonti letterarie e cronachistiche (con l'illustrazione di disavventure in cui incorsero, per aver girato cambiali, Giacomo Casanova e Lorenzo Da Ponte).

2.4. La quarta, e ultima (nonché più lunga) parte del volume è destinata alla formazione del moderno diritto commerciale in Spagna.

Con il XIX sec. l'antico *ius mercatorum* cede il passo al diritto commerciale contemporaneo, inteso come insieme di norme speciali nell'ambito dell'unitario ordinamento statale.

Questo passaggio viene illustrato, in primo luogo, sul piano costituzionale. La carta costituzionale americana (1787), e poi quelle francesi (1791-3), ave-

vano sancito la libertà di commercio. Il principio fu importato in Spagna nella carta costituzionale napoleonica di Bayona (1809) e in quella monarchica successiva (Cadiz, 1812). Ma, a differenza della Francia, non furono abolite formalmente corporazioni e giustizia consolare. Dopo la parentesi della Restaurazione, la libertà di commercio fu ripristinata nel 1836.

In quel momento il diritto commerciale spagnolo aveva già una solida tradizione normativa, sancita dalle Ordinanze di Bilbao, e questa trasmigrò nel nuovo ordine. Per questo aspetto P. ridimensiona l'idea – a suo tempo accreditata, per esempio, da Galgano – di una *lex mercatoria* spontanea, che, a un certo punto della storia, viene assorbita e sostituita dall'ordinamento statale con le sue fonti rigide. L'organizzazione corporativa e la giurisdizione speciale furono infatti mantenute per parecchio tempo, pur essendo difficilmente compatibili con l'affermata unità dell'ordinamento.

In questo clima maturò rapidamente il codice di commercio spagnolo del 1829, facilitato dal fatto che il diritto commerciale godeva già di una sua forte tradizione tecnico-normativa in Spagna e che, per altro verso, era a tutti presente il modello del *code de commerce* francese del 1807. Il progetto di codice di commercio spagnolo fu commissionato, con decreto reale, a Pedro Sainz de Andino, dipinto da P. come giurista mediocre e personaggio opportunista (numerose pagine sono però dedicate a descriverne la formazione culturale e la biblioteca). Il codice fu oggetto di parecchi giudizi elogiativi, in patria e all'estero (fra l'altro, ebbe i complimenti di Pardessus); ma ciò, secondo P., più per il fatto stesso della sua esistenza che per meriti intrinseci.

Ben presto, poi, il codice cominciò ad essere criticato, in primo luogo per il compromesso fra libertà di commercio e mantenimento di tradizionali privilegi. Inoltre, il codice era viziato da arcaismo: conteneva disposizioni troppo minute sul traffico marittimo, ma ignorava istituti più moderni, come la negoziazione di borsa o le privative industriali. Altri istituti erano disciplinati in modo antiquato, come la cambiale (per la quale rimaneva il requisito della *distantia loci*) o l'assicurazione (limitata a poche figure speciali). La stessa acquisizione della qualità di commerciante dipendeva ancora dall'iscrizione nella matricola.

Per certi versi il Codice compieva anche scelte originali. Sul piano delle fonti, non attribuiva peso all'uso commerciale. Nella disciplina della società anonima non erano previste azioni al portatore e non era richiesta l'autorizzazione governativa per la costituzione, ma solo l'omologazione degli statuti da parte del Tribunale di Commercio. Nel 1848, con legge speciale, fu introdotta tardivamente l'autorizzazione governativa per la costituzione di s.p.a. (con la motivazione di volersi adeguare al regime allora vigente negli altri paesi euro-

pei; regime che però, proprio in quel tempo, cominciava ad essere soggetto a forti critiche, che nei decenni successivi portarono alla sua abrogazione).

Nel 1855 fu emanato il Codice di procedura civile spagnolo. La questione del mantenimento della giurisdizione mercantile speciale fu tra le più dibattute (come del resto avveniva in altre parti d'Europa). Anche in Spagna appariva anacronistico un foro privilegiato dei commercianti. Fu imposta dunque la presenza, in ogni collegio giudicante, di un giurista di professione, fino a che si giunse all'abolizione definitiva dei tribunali di commercio nel 1868 (vent'anni prima che in Italia).

Con l'abolizione dei tribunali di commercio, anche la giustizia mercantile entrava nell'ambito del monopolio dei giuristi di professione. Si compiva così il passaggio dallo *ius mercatorum* al diritto mercantile statale e questo veniva cooptato fra le discipline giuridiche insegnate nelle Università (anch'esse divenute, nel frattempo, statali).

L'ultimo capitolo del libro di P. è dedicato proprio ad una descrizione, analitica ma vivace, dei primi manuali spagnoli di diritto commerciale ottocenteschi (con particolare attenzione a quello di Edoardo Soler[4]) e dei primi procedimenti di assegnazione di cattedre universitarie di diritto commerciale, che andarono a giuristi già esperti in altre materie, che alla nuova disciplina si avvicinavano con approccio legalista, ma anche con una crescente attenzione verso le dottrine straniere, fra cui, in posizione di evidenza, quella italiana (in quei primi concorsi il candidato doveva produrre, come titoli, la conoscenza di una serie di opere riguardanti la disciplina da insegnare).

3. La modernización del derecho mercantil*, a cura di Jaime Alcalde Silva e José Embid Irujo.*

Il volume cileno sulla *Modernización del derecho mercantil* si fa apprezzare, anzitutto, per l'ampiezza del suo programma, che è quello di una ricerca comparatistica a 360° sull'evoluzione del diritto commerciale. La trattazione, pur non mancando di riferimenti alla storia precedente del diritto commerciale, è principalmente rivolta alla storia contemporanea della materia. In questo

[4] Il tema è stato oggetto di approfondimento in C. PETIT, *Egoismo e diritto commerciale. Testi e contesti del* Manual *di Edoardo Soler (1882)*, in "*Non più satellite*" (nt. 1), 359 ss. P. nota ed apprezza, nel manuale di Soler, "un approccio che non si fermava alle fonti, giacché Soler rimproverava agli autori che lo avevano preceduto la prospettiva legalista, l'indifferenza di fronte alle questioni teoriche, l'omissione degli usi di commercio, l'oblio della bibliografia specializzata e della giurisprudenza dei tribunali".

senso va intesa l'espressione *Modernización*, che esprime un programma di ricerca sul "presente come storia" del diritto commerciale.

Ne è venuto un volume collettaneo, frutto del lavoro di 32 autori (14 dei quali docenti in università cilene). L'intento di onorare l'anniversario del codice di commercio cileno è stato dunque perseguito nel migliore dei modi, con il duplice messaggio di collocare quel codice in un processo mondiale di affermazione della disciplina nel XIX secolo ed insieme di storicizzarne carattere e ruolo, come testo formalmente sopravvissuto in un contesto, sempre mondiale, di continua e profonda evoluzione.

Naturalmente, in un volume collettaneo di questa portata, non poteva mancare qualche squilibrio. Così, alcuni (pochi) contributi nazionali si riducono a semplici sintesi della disciplina legale relativa. Qualche contributo è poi eccentrico rispetto alla linea generale del volume (per esempio, un lungo e minuzioso – e pur interessante – saggio sul progetto di legge-modello per la società per azioni semplificata nell'America Latina). Ciò non sminuisce, tuttavia, il merito dell'opera, che fornisce un ampio quadro, che oggi non sembra trovare paragonabili riscontri, a livello comparatistico. Si tratta di un'opera che, dunque, va a sicuro merito dell'Università cilena [5].

3.1. La prima parte del volume è volta ad inquadrare il codice di commercio cileno, nella sua origine storica e nella sua attuale vigenza, nel quadro complessivo dell'evoluzione del diritto commerciale.

Il capitolo inizia con una sintesi generale della storia della disciplina, dal Medio Evo alle codificazioni ottocentesche (Perona Tomás) e con un saggio sui principi cardinali dei codici di commercio (Carvajal Arenas), invero riduttivamente individuati nell'autonomia della volontà e nella buona fede.

Prosegue poi con un interessante saggio (Zuloaga Ríos) sulle tendenze generali (a livello mondiale) della legislazione mercantile, ove si segnala come prevalente la tendenza all'armonizzazione sovranazionale (con strumenti di *hard* o di *soft law*), ma si riconosce anche una vivace tendenza alla codificazione o ricodificazione della materia. Da questo punto di vista l'alternativa fra codice unico civile/commerciale e codice separato si divide il campo, senza presentare però riflessi precisi di differenziazione, sul piano delle discipline sostanziali dettate.

---

[5] Qui può ricordarsi che la storiografia giuridica cilena ha un'elevata reputazione ed ha espresso opere importanti, come la monumentale *Historia de la codificación civil en Iberoamérica* di A. Guzmán Brito (2006), che, tuttavia, non risulta particolarmente valorizzata nei saggi raccolti nel volume in commento.

Devo questa segnalazione alla cortesia del prof. G.B. Portale.

Questa prima parte si conclude con un capitolo sui contributi Uncitral all'armonizzazione internazionale del diritto commerciale e con un contributo (Bercovitz Rodríguez-Cano) sui lavori in corso per la ricodificazione del diritto commerciale in Spagna, che dovrebbe essere incentrata sullo statuto dell'imprenditore e sulle regole di funzionamento dei mercati. Interessanti le notazioni sull'ampiezza della materia, oggi ben maggiore, sotto il profilo della dimensione dei fenomeni sociali regolati, di quella costituente oggetto di norme di puro diritto civile. Interessante anche la notazione secondo cui una codificazione chiara e coerente con la realtà economica è tuttora preziosa per l'attività delle imprese.

3.2. La seconda parte del volume è dedicata alla *Modernización* del diritto commerciale in Europa.

La sezione inizia con un saggio di contenuto generale (Embid Irujo), che muove dalla riflessione secondo cui la continuità storica della disciplina, dal Medio Evo ai giorni nostri, può cogliersi solo ad un livello generalissimo di riconoscimento della necessità di norme proprie per le imprese e i mercati, mentre per tutto il resto prevalgono gli elementi di discontinuità. In questo quadro si nota attualmente, come tendenza generale, quella alla frammentazione della disciplina in diversi segmenti, ciascuno dei quali di complessità crescente, con relativa tendenza alla specializzazione estrema degli studi dottrinali.

Poste queste premesse, l'a. nota come la stessa denominazione "diritto mercantile" abbia ormai un sapore arcaico e come da più parti si sia tentato di sostituirla con altre (*Droit des affaires, Unternehmensrecht*, ecc.), nessuna delle quali si è però affermata, neanche al livello di singole nazioni [6]. In qualche paese l'espressione originaria (*Commercial law, Handelsrecht*) ha subito una restrizione di significato, riferendosi solo ad una parte (per lo più, la contrattazione commerciale) del contenuto complessivo tradizionale della disciplina.

Nella maggior parte dei paesi europei si tiene ferma però, almeno a livello dottrinale, l'unità della disciplina. Il centro organizzatore di questa è ormai passato, da tempo, dal "commercio" alla "impresa". L'a. nota, tuttavia, che nessuna dottrina è riuscita a costruire una "parte generale" del diritto commerciale incentrata sul concetto di impresa. Piuttosto si deve osservare che l'im-

[6] Per ulteriori informazioni sul punto, v., nella dottrina italiana, G.B. PORTALE, *Dal Codice civile del 1942 alle (ri)codificazioni: la ricerca di un nuovo diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, 79 ss. (specie, sul tema della denominazione della disciplina, 91 ss.). Nel saggio di P. il tema delle ricodificazioni della materia giuscommercialistica è approfondito, anche con la considerazione di paesi (come Belgio, Olanda, Austria e altri) che non sono oggetto di trattazione nel volume qui commentato.

presa non è più da sola un concetto sufficiente a costituire il centro organizzatore della disciplina, perché altrettanta, se non maggiore, importanza è ormai assunta dal mercato e dalla concorrenza.

Può dirsi dunque che oggi, in Europa, il diritto commerciale è diritto delle imprese e dei mercati.

Tra le fonti continua ad essere predominante la legge, tendenzialmente sempre più dettagliata, anche per il flusso di normazioni secondarie; fa eccezione solo il commercio internazionale, ove continua a prevalere la consuetudine. In tutti i campi si nota però un protagonismo crescente della *soft law.*

Sul piano del metodo, il diritto commerciale continua ad essere caratterizzato, secondo tradizione, da una specifica attenzione alla realtà economica dei fenomeni studiati; ciò avrebbe consentito anche – secondo E.I. – una facile assimilazione degli strumenti dell'analisi economica del diritto da parte dei cultori della disciplina.

Sotto altro profilo, si deve ritenere invece ormai superata la consueta qualificazione del diritto commerciale come diritto speciale rispetto al civile; ciò non solo perché, sul piano dei contenuti, il primo ha ormai una maggiore ricchezza normativa e istituti completamente estranei alla normativa civilistica, ma anche per la crescente inserzione, nella disciplina delle imprese e dei mercati, di elementi di diritto pubblico.

Il saggio di E.I. si conclude con l'osservazione secondo cui il futuro della disciplina si presenta incerto, a fronte della frammentazione dei contenuti e della mancanza di una elaborazione sistematica condivisa.

3.3. La sezione dedicata al diritto europeo prosegue con diverse relazioni nazionali.

Quella tedesca (Spindler), dopo aver tracciato la storia della codificazione mercantile unitaria tedesca nel corso del XIX secolo, nota come lo *Handelsgesetzbuch* del 1900, tuttora vigente, copra ormai una parte residuale della disciplina, che oggi è contenuta in una pluralità di norme speciali, molte delle quali di derivazione europea. Secondo S. sono però rimasti in vigore alcuni principi generali del diritto commerciale codificato, che a loro volta erano radicati in quello del XVIII secolo: rapidità e affidabilità delle transazioni commerciali (cioè riduzione dei costi transattivi), bassi *standard* di protezione del contraente a favore della sicurezza dei traffici (a differenza di quanto poi avvenuto con la legislazione speciale più recente, in particolare quella a tutela dei consumatori).

La relazione spagnola (Esperanza Sobejano) muove anch'essa dalla considerazione che il vigente codice di commercio (1885) è nato vecchio e non è stato migliorato con gli anni; anzi, ha perduto col tempo buona parte dei suoi contenuti originari. Nel 2006 è stata costituita una commissione per un nuovo

codice di commercio che dovrebbe ricomporre in sé – come è avvenuto in Francia nel 2000 – materie oggi sparse in corpi legislativi separati. Dovrebbe nascere un nuovo diritto privato del mercato. Tuttavia, la dottrina civilistica (e il Consiglio di Stato) hanno fatto resistenza contro l'idea di un diritto privato del mercato che farebbe venir meno la centralità della disciplina civilistica del contratto, per cui si è creata una *impasse*, il cui superamento è ancora incerto.

La relazione francese (Conac) muove dalla descrizione del lungo processo di decodificazione, che aveva ridotto il *Code de commerce* del 1806 a contenitore semivuoto, e del successivo processo di ricodificazione, che ha portato al *Code de commerce* del 2000 (dal quale però è rimasto fuori il *Code monétaire et financier*). L'a. nota come il nuovo codice unitario sia costituito piuttosto da un assemblaggio di leggi speciali precedenti, con tenui legami fra le diverse parti del Codice stesso. Questo manca dunque di unità intellettuale e la sua approvazione non ha rallentato il processo di continua riforma della legislazione vigente.

La relazione italiana è stata affidata ad Alfredo Ferrante (giurista di formazione italiana, professore di Diritto privato nell'*Universidad Alberto Hurtado* di Santiago del Chile). Il saggio inizia con un *excursus* storico, che va dalle origini al codice di commercio del 1882. A quella data il diritto commerciale italiano aveva acquistato una forte identità per il confluire di tre fattori: pratico, ideologico ed accademico. La seconda fase del diritto commerciale italiano contemporaneo è quella che si conclude con il Codice civile unitario del 1942. Questo ha unificato le fonti ed ha così indebolito la precedente autonomia "giuridica" del diritto commerciale. Dopo il 1942 si assiste, nella dottrina italiana, ad una rivendicazione del primato del diritto civile (qualificato come diritto "primo" rispetto ad altri diritti "secondi"). Per contro, non mancano rivendicazioni di attualità ed autonomia di un diritto commerciale divenuto "diritto dell'impresa". Tuttavia, le norme su impresa e società soffrono di un continuo cambiamento legislativo, divenuto – secondo F. – una sorta di patologia giuridica. Elevato tecnicismo e legislazione alluvionale caratterizzano la materia, finendo per sminuire il ruolo della giurisprudenza, rispetto a quanto accede per il diritto civile. Il collegamento fra diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia, affermatosi negli anni Settanta, è stato progressivamente abbandonato. Oggi il diritto commerciale italiano – secondo F. – ha una grande forza pratica, ma si è indebolito sul piano accademico, avendo ceduto molti dei suoi contenuti ad altre discipline.

3.4. La terza parte del volume è dedicata alla *Modernización* del diritto mercantile in America.

La sezione inizia con un saggio di carattere generale (Morles Hernández),

che è soprattutto uno studio di storia della legislazione. L'a. nota come, in tutti i paesi latinoamericani, si assista ad uno smembramento in leggi speciali delle materie regolate dai codici di commercio ottocenteschi. Tuttavia, accanto al prevalente fenomeno della decodificazione, si assiste anche a fenomeni in controtendenza: l'unificazione dei codici di diritto privato, secondo il modello italiano, e il tentativo di rilanciare un codice di commercio onnicomprensivo, secondo il modello francese. Queste tendenze meritano apprezzamento, secondo l'a., che trae, anche dalle esperienze europee, la convinzione della attualità del processo di codificazione del diritto mercantile. Questo – secondo M.H. – conserva comunque, in tutti i paesi, la sua vocazione storica di pioniere di innovazioni normative e di complesso di regole di carattere internazionale.

La relazione argentina (Cracogna) muove dal codice di commercio del 1862, costruito secondo il modello dell'epoca, di derivazione francese, e adottato anche in Paraguay e Uruguay. Nel sec. XX anche questo codice era stato investito da una marcata tendenza alla decodificazione commerciale. Tuttavia, sin dalla metà del secolo, una forte corrente della dottrina, soprattutto giuscommercialistica, proponeva l'unificazione del diritto privato, secondo l'esperienza svizzera e italiana. Questa proposta è lentamente maturata, fino a trovare sostanziale accoglimento nel nuovo *Código Civil y Comercial*, entrato in vigore nel 2016. Il codice argentino ha unificato soprattutto la disciplina dei contratti, eliminando altresì alcuni capisaldi della vecchia legislazione commerciale (come gli atti di commercio). Come in Europa, si tende a riconoscere che l'impresa è il nuovo asse portante del diritto commerciale. Le discussioni dottrinali oscillano – secondo uno schema ben noto in Europa – fra chi parla di perdita di identità di un diritto commerciale ormai assorbito nel diritto civile e chi parla di commercializzazione del diritto privato. In ogni caso, il codice argentino – secondo C. – è una importante testimonianza di fiducia, ancora attuale, nella codificazione razionalista di tipo ottocentesco [7].

La relazione brasiliana (Maffioletti) descrive un processo analogo. Il Brasile è passato dal Codice di commercio del 1850 ad un Codice civile unitario secondo il modello italiano (2002). L'unificazione del diritto delle obbligazioni non ha portato alla soppressione dell'autonomia delle regole sulla contrattazione mercantile. I contenuti giuscommercialistici del nuovo codice hanno suscitato diverse critiche di dettaglio, tanto che alcuni propongono il ritorno ad un codice di commercio separato. Secondo M. è preferibile pensare ad alcune

[7] Per ulteriori riferimenti alla discussione sul codice argentino v. G.B. PORTALE (nt. 6), 87-8, che manifesta apprezzamento per l'opinione secondo cui questo codice costituisce un interessante tentativo di codificazione "per principi".

riforme parziali di alcuni contenuti, con il mantenimento dell'assetto attuale. Il problema principale è dato dall'esigenza di ammodernare continuamente la disciplina, per tener dietro al crescente dinamismo dei mercati [8].

La relazione statunitense (White) contiene una dettagliata storia dell'*Uniform Commercial Code* americano, la cui prima versione fu completata, dopo lunga gestazione, nel 1951. Interessante il rilievo per cui, nei decenni precedenti, ad una spinta favorevole degli ambienti imprenditoriali interessanti, si contrappose l'opposizione iniziale del ceto forense (che temeva una perdita di ruolo degli avvocati nel mondo degli affari).

Alla Colombia sono dedicati due saggi (Albán e Albán – Camargo Agudelo), alquanto eccentrici perché aventi ad oggetto problemi di diritto applicato colombiano. Gli scritti si notano però anche per l'insistita professione di fede nel libero mercato, con critiche aspre contro la tendenza al dirigismo e alla moltiplicazione di norme imperative.

La relazione messicana (Méjan Carrer) nota come il Codice di commercio del 1890, ancora formalmente in vigore, sia stato quasi completamente svuotato dalla legislazione speciale successiva. La situazione è complicata dal riconoscimento della competenza concorrente dei singoli Stati in diverse materie. Lo scritto si chiude con la rilevazione di alcune tendenze evolutive attuali: il crescente intervento pubblico (soprattutto in materia ambientale); la contrattazione di massa; l'uso crescente delle tecnologie informatiche nella contrattazione; la globalizzazione e l'internazionalizzazione, che richiama le radici storiche del diritto mercantile.

La relazione peruviana (Carbonell O'Brien) nota in avvio come il commercio, sin dalle origini della sua storia, sia stato intrecciato con il diritto, nel senso che sempre ha avuto bisogno di norme giuridiche di regolazione degli scambi. Tuttavia, solo con le corporazioni medievali il diritto commerciale comincia ad apparire come un fenomeno dotato di caratteristiche proprie, e solo nel XIX secolo è riconosciuto come disciplina giuridica autonoma. In quel torno di tempo il Perù si emancipa formalmente dal diritto spagnolo e si dota di codici di commercio propri (1853, 1902), scritti però secondo la falsariga dei codici spagnoli allora vigenti. Ambedue questi codici hanno presto perduto gran parte della loro attualità, per il sopravvenire di leggi speciali. In realtà, il diritto commerciale moderno, come diceva Joaquín Garrigues, non è più il diritto del commercio, ma un aggregato di diverse materie eterogenee. In Perù sono avviati i lavori per un codice rinnovato, incentrato sul concetto di impre-

[8] Per una trattazione più approfondita sul tema, v. G.B. PORTALE (nt. 6), 83 ss.; e, ancor più, ID., *Il diritto privato dell'impresa tra "fusioni" e "scissioni" dei codici*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, 1 ss.

sa, che – secondo l'a. – dovrebbe essere intesa non tanto come attività quanto come istituzione. I principi generali tradizionali del diritto commerciale (rapidità delle contrattazioni, *favor creditoris*) rimangono validi, ma la nuova codificazione dovrebbe tenere conto del fatto che molti princìpi nati nel campo giuscommercialistico (p.e. produzione automatica di interessi nelle obbligazioni pecuniarie, correzione di contratti squilibrati) sono oggi contenuti nel Codice civile del 1984. La nuova codificazione dovrebbe dunque prendere atto di un fenomeno mondiale (con l'eccezione del Messico), qual è quello della generalizzazione delle regole commercialistiche nell'ambito del diritto privato, e dovrebbe lasciare il dovuto spazio alla tendenza ineluttabile all'internazionalizzazione delle regole.

Concludono questa parte due capitoli di carattere informativo sulla legislazione in materia commerciale in Cina e in Giappone.

3.5. La quarta parte del volume ritorna sul Codice di commercio cileno, soprattutto per esaminare l'evoluzione dei suoi diversi contenuti normativi, nei 150 anni di vigenza dello stesso.

La sezione è introdotta da due saggi di carattere generale. Il primo (Barrientos Grandon) torna sulla storia della formazione del Codice di commercio cileno, rilevando come lo stesso sia stato parte di un più generale processo di codificazione concepito dal governo cileno dell'epoca, in un quadro che riconosceva pienamente la centralità del Codice civile. Il secondo (Guerrero Valenzuela) si sofferma sul processo di decodificazione, accentuatosi negli ultimi decenni, soprattutto con norme di protezione di consumatori e risparmiatori. Secondo G.V. il diritto commerciale attuale è irrigidito da troppe norme imperative, in contrasto con l'esperienza storica che ha visto nascere da consuetudini tutti gli istituti del diritto commerciale. Secondo l'a. le norme limitanti l'autonomia di chi ha investito nell'impresa e se ne è assunto il rischio sono divenute eccessive (la critica si estende anche all'asserito eccesso di norme a tutela delle minoranze azionarie). La sfida del diritto commerciale contemporaneo dovrebbe essere quella di tornare alla sua vocazione storica.

La sezione prosegue con capitoli, interessanti e approfonditi, su diverse materie (società, banche, assicurazioni, concorrenza, procedure concorsuali) e su un capitolo finale informativo sulle proposte di redazione di un nuovo codice di commercio.

4. “Non più satellite”. Itinerari giuscommercialistici tra Otto e Novecento, *a cura di Italo Birocchi.*

Il terzo dei libri qui commentati, cioè quello curato da Italo Birocchi, si distingue nettamente dagli altri due perché ha carattere propriamente monografico. Esso è dedicato ad una specifica vicenda della cultura giuridica italiana: quella che, a cavallo fra gli ultimi decenni del XIX secolo e i primi del XX secolo, vide nascere una dottrina giuscommercialistica volta ad affermare, in senso forte, l’autonomia della disciplina.

Il libro contiene saggi di otto diversi autori, tutti storici di professione (con la formale eccezione di Mario Stella Richter, giurista positivo ma impegnato da diversi anni nella costruzione di una biografia di Tullio Ascarelli, condotta con rigore filologico degno di uno storico di professione). Il volume, certo anche per merito del curatore, contiene una trattazione più omogenea di quanto solitamente accada nei lavori collettanei; sicché può dirsi che il programma monografico si è felicemente realizzato e che l’opera fornisce un sicuro progresso nelle conoscenze della materia studiata.

4.1. Il volume inizia con due saggi introduttivi, che inquadrano il tema principale nella più generale storia della disciplina.

Il saggio introduttivo di Italo Birocchi muove dalla considerazione del fatto che il diritto commerciale è stato l’unico diritto speciale sopravvissuto alla statalizzazione del diritto francese nel XVII secolo [9]. In quel tempo, il diritto commerciale non si insegnava ancora nelle Università, ma era considerato, tutt’al più, un insegnamento tecnico-professionale. È questo il punto di partenza – collocato verso la metà del sec. XIX – dell’indagine svolta nel volume. Nel presentarne i diversi saggi, B. anticipa vari temi: la conquista dell’autonomia della disciplina, caratterizzata dalla rivendicazione di fonti, princìpi e metodi propri; il problema dell’inquadramento del diritto commerciale in quella che, all’epoca, era l’idea fondamentale di unità dell’ordinamento giuridico (nota B. che qualcuno [Thaller] propugnò l’idea di un diritto commerciale assorbito in un diritto civile modernizzato, in una linea di pensiero che porterà alla formula della “commercializzazione del diritto privato”, mentre altri insistevano invece su una concezione separatista); il superamento dell’idea che la storia del diritto commerciale sia segnata da un *continuum* evolutivo.

[9] “L’*Ordonnance de commerce* è l’unica tra quelle di Luigi XIV che non conteneva la clausola abrogatoria delle norme previgenti: appunto per denotare che si innestava su una prassi e si poneva dialetticamente con essa senza pretendere di farne a meno” (p. 11).

Nel secondo saggio introduttivo, Pio Caroni afferma che si deve superare la corrente concezione del diritto commerciale come diritto speciale rispetto al diritto civile. Il diritto commerciale è strutturalmente diritto settoriale, in quanto disciplina delle attività economico-produttive, che come tali non esauriscono l'intera realtà sociale, mentre il diritto civile si esprime per norme e categorie generali; ma anche queste denotano la loro parzialità, nel momento in cui si applicano a soggetti sostanzialmente diseguali. La collocazione del diritto commerciale nel sistema giuridico dipende dalla posizione, storicamente prima marginale e poi progressivamente centrale, che le attività economiche produttive hanno assunto nella vita sociale. È impossibile leggere nel segno della continuità la storia del diritto commerciale. Il diritto commerciale e la dottrina che se ne occupa hanno uno statuto strutturalmente provvisorio e mutevole.

L'ultima parte del saggio è dedicata all'opzione svizzera per il codice unico delle obbligazioni (1909). Questa fu spiegata, a suo tempo, in termini di modernizzazione e di democratizzazione del diritto. In realtà, l'unificazione del diritto delle obbligazioni non faceva certo diminuire le diseguaglianze sociali. Il vero è che codice unico o codici separati sono opzioni non decisive: il diritto commerciale rimane necessariamente un diritto settoriale, perché non tutta la vita sociale si riduce ad attività economico-produttive.

4.2. La parte più propriamente monografica del volume inizia con un denso saggio di Eloisa Mura, dedicato alla conquista dell'autonomia scientifica del diritto commerciale. A metà Ottocento si era già affermata l'idea del diritto commerciale come diritto di formazione sostanzialmente spontanea, particolarmente permeabile ai cambiamenti dettati dallo sviluppo economico e caratterizzato da una forte vocazione internazionale. Tuttavia, fino alla legge Casati (1859), prevaleva l'idea che il diritto commerciale non meritasse l'onore di un peculiare insegnamento nel *curriculum* universitario degli studi di giurisprudenza. Esso era considerato, dai giuristi colti, alla stregua di un insieme di aggiunte ed eccezioni alle norme di diritto civile, le quali dettavano i principi e le regole generali.

Dal momento in cui, con la legge Casati, la materia entrò nel *curriculum* ufficiale degli studi, i docenti dovettero improvvisarsi, provenendo da altre discipline. M. mette in luce, negli insegnamenti di questi primi docenti, dai nomi dimenticati (salvo Giuseppe Montanelli), spunti importanti: dalla superiorità della consuetudine commerciale sul diritto civile nella gerarchia delle fonti, alla necessità dell'ausilio delle scienze sociali nell'interpretazione delle norme di legge, all'inutilità della ricerca a tutti i costi di radici romanistiche negli istituti del diritto mercantile. Ben presto si disegnò la rivendicazione di una vera e

propria autonomia scientifica del diritto commerciale (Ellero 1868, Vidari 1870 [10]). L'idea di fondo fu quella di un diritto radicato nelle leggi "naturali" dell'economia, ma anche bisognoso di interventi riformatori del legislatore (Borsari, nel 1868, preannuncia quella che sarà la posizione di Vivante, trent'anni dopo).

4.3. I decenni successivi, che segnarono il maggior successo del programma di costruzione dell'autonomia della disciplina, sono illustrati in due capitoli di Italo Birocchi, che costituiscono, in certo senso, il nucleo centrale del volume.

Nota B. che gli ultimi decenni dell'Ottocento furono dedicati a "fare uscire la materia dal suo stato di minorità rispetto al civile, ma anche dalla sua tradizione pratica e corporativa". Si delineava così una visione mobile ed espansiva, collocata in una prospettiva internazionale, ma attenta anche ai risvolti sociali, che richiedevano elaborazione e progettualità normativa. Il processo di costruzione dell'autonomia disciplinare impiegò qualche decennio e fu – scrive B. – faticoso, anche sul piano strettamente accademico (ma direi che, visto con occhi odierni, quel processo può dirsi maturato in tempi piuttosto rapidi). Un ruolo centrale va riconosciuto al "manifesto" di Vidari (1870), che rivendicò con forza l'autonomia scientifica della disciplina rispetto alla tradizione romanistica. Fra i suoi seguaci si segnalano Enrico Galluppi, le cui *Istituzioni di diritto commerciale* (1873) criticano l'idea del diritto commerciale come insieme di norme di eccezione ed affermano l'indipendenza reciproca fra diritto civile e commerciale; e Adolfo Sacerdoti, che teorizza (1874) l'idea che il diritto civile ha il suo concetto centrale nella "persona" e il diritto commerciale nell'"affare". In ogni caso, la dottrina giuscommercialistica italiana di fine Ottocento aveva acquisito un'idea forte di autonomia della disciplina, pur senza mai mettere formalmente in discussione la concezione positivistica ortodossa dell'ordinamento. Quella dottrina, su cui si formò il codice di commercio del 1882, attribuiva centralità, sulla scorta della dottrina giuridica tedesca, all'oggettivizzazione della disciplina, in contrasto con l'antica matrice corporativa. Il diritto commerciale appariva così come espressione della modernità, ma anche della socialità crescente.

[10] La centralità dello scritto di Ercole Vidari del 1870 (*Rapporti del diritto commerciale colla pubblica economia e col diritto civile*, in *Archivio giuridico*, 1870, 92 ss.), come "manifesto" dell'autonomia scientifica del diritto commerciale, è unanimemente riconosciuta dalla dottrina. Sull'autore v. ora l'accurato studio di E. FUGAZZA, *Tra liberismo e solidarismo: il lungo percorso scientifico di Ercole Vidari*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2018. V. anche M. LIBERTINI, *Ercole Vidari*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, a cura di I. Birocchi, Bologna, Il Mulino, 2013.

Questo processo matura con Cesare Vivante, che esprime la consapevolezza del ruolo-guida che la disciplina giuscommercialistica può ormai rivestire nell'ambito della scienza giuridica. Nasce così il programma di egemonia culturale della "*Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*" (programma che parve in effetti realizzarsi, per qualche decennio). Ma forse ancor più di Vivante, secondo B., è Angelo Sraffa, che esprime al meglio il tratto comune dei giuscommercialisti postrisorgimentali: ideologia della costruzione dell'unità nazionale e coscienza di svolgere una funzione importante, quasi un pilastro dell'ordine economico (capitalistico) e del sistema politico che gli era connesso.

Il saggio di B. prosegue con un'accurata trattazione dell'esperienza della generazione post-vivantiana, in cui emergono le due personalità di Lorenzo Mossa e di Alberto Asquini. In particolare, del primo si segnala la peculiarità di un dichiarato (e isolato) approccio giusliberistico, accompagnato dall'interesse verso materie nuove, che presto saranno considerate estranee alla disciplina giuscommercialistica (dal diritto del lavoro ai contratti dei consumatori).

Dalla generazione precedente rimane il retaggio di una visione alta del ruolo del giurista, come intellettuale impegnato nella costruzione di un diritto moderno, in grado di rispondere alle esigenze di sviluppo economico del Paese. Nella prima metà del secolo XX si era anche costruito un forte senso di appartenenza unitaria all'interno dell'ambiente accademico, che si manifestava anche nel momento della selezione dei nuovi titolari di cattedre universitarie.

4.4. Il disegno del volume prosegue con alcuni capitoli, non del tutto omogenei fra loro, che trattano diversi aspetti di grande interesse dell'esperienza giuscommercialistica della prima metà del sec. XX.

Uno studio molto accurato di Annamaria Monti è incentrato sulla didattica del diritto commerciale nel primo quindicennio del sec. XX. Mette in luce grandi personalità (Bolaffio, Sraffa, Rocco) e, insieme, la ricchezza di contenuti culturali e professionali di quegli insegnamenti.

Il saggio successivo, di Mario Stella Richter, intitolato *Il giovane Ascarelli*, descrive accuratamente la fase iniziale della brillante carriera universitaria di Tullio Ascarelli, destinato a divenire la personalità eminente della dottrina giuscommercialistica italiana nella generazione postvivantiana. A parte il pregio della ricostruzione storiografica, il saggio mette in luce come, già nella prima produzione dottrinale di A., si manifestassero le idee di fondo del suo insegnamento della maturità: la concezione del diritto commerciale come categoria storica ("diritto del capitalismo"); la visione unitaria dell'ordinamento (donde anche l'interesse dottrinale per temi e problemi non ristretti entro i confini tradizionali della disciplina e la spinta al contributo dei giuscommercialisti all'ammodernamento della trattazione di temi di diritto civile); la con-

sapevolezza del ruolo autonomo e creativo dell'interprete.

Questa parte del volume si chiude con un pregevole saggio di Giovanni Chiodi, redatto sulla base di fonti inedite dell'archivio Vassalli, su alcuni momenti del lavoro preparatorio del progetto di codice italo-francese delle obbligazioni (1930-5). Di particolare interesse, per ciò che riguarda il ruolo della dottrina giuscommercialistica italiana, il contributo dato da Lorenzo Mossa al progetto di disciplina del contratto di assicurazione (contributo che, nel saggio, è analizzato con somma cura).

4.5. Il volume si conclude con tre saggi miscellanei, che arricchiscono, da prospettive differenti, i temi trattati nella parte principale. Il primo è un saggio di Pio Caroni, che riprende, in modo più analitico, i temi dell'ultima parte del suo saggio introduttivo, relativo alla nascita e al ruolo del codice unico delle obbligazioni svizzero. Il secondo, di Carlos Petit, si sofferma sul manuale di Edoardo Soler (1882), con particolare attenzione alle sue premesse ideologiche. Il terzo, di José Reinaldo de Lima Lopes, tratta del diritto commerciale brasiliano agli inizi del sec. XX. Il saggio illustra soprattutto la personalità di José Xavier Carvalho de Mendonça, autore del primo trattato di diritto commerciale brasiliano (apprezzato anche a livello internazionale), collocandolo in un vivace quadro della cultura giuridica ed economica del tempo. La dottrina giuridica brasiliana aveva, a quel tempo, assimilato il dibattito europeo e, in grande maggioranza, riteneva superata l'idea di eccezionalità o anche specialità del diritto commerciale ed auspicava l'adozione di un codice unico. Questa idea non si realizzò, all'epoca: nel 1916 fu adottato un Codice civile (il primo della storia giuridica brasiliana) distinto dal codice di commercio (l'unificazione avverrà un secolo dopo). L'autonomia del diritto commerciale era comunque generalmente riconosciuta, anche sul piano del metodo. In particolare, Carvalho de Mendonça riconosceva tanto l'importanza del "diritto pubblico commerciale" (quello che in Europa si preferì chiamare "diritto dell'economia"), quanto lo stretto legame fra diritto commerciale ed economia politica.

5. *Storia e prospettive del diritto commerciale: una riflessione sullo stato dell'arte.*

La grande quantità di informazioni e di opinioni, sopra riassunte, induce ad una riflessione finale sui diversi profili della storia del diritto commerciale e del suo presente, che sono stati in vario modo prima richiamati.

5.1. In primo luogo, può notarsi come questa storia sia segnata, per solito,

da un paradigma che penso possa riassumersi in tre fasi [11], a cui si può aggiungere una quarta, che riguarda il presente:

(*i*) Nelle origini medievali, e poi per diversi secoli, si ha uno *ius mercatorum*, dotato di contenuti normativi originali, formatosi spontaneamente come diritto corporativo del ceto dei mercanti, e tendenzialmente uniforme, al di là dei confini politici del tempo.

(*ii*) Con l'affermarsi degli stati sovrani, si avvia una seconda fase in cui il diritto mercantile diviene statale. In questa fase il diritto commerciale rimane però complesso di norme proprie di un ceto sociale: i mercanti conservano i loro privilegi corporativi e i loro tribunali, anche se perdono la loro autonomia; in più lo Stato sovrano protegge le imprese inventando nuovi strumenti di privilegio (privative industriali, ecc.).

(*iii*) In una terza fase, nel sec. XIX, il diritto commerciale statale, abolite le corporazioni, diviene diritto a base oggettiva, formalmente aperto a tutti per via del riconoscimento della libertà di commercio, e inquadrato in codici paralleli a quelli civili. In questa fase, all'accentramento delle fonti (e, con un processo variamente sviluppato nei diversi paesi nel corso del XIX sec.) si accompagna anche, più tardi, un'evoluzione dottrinale, che vede la formazione di una forte corrente di pensiero, volta ad affermare l'autonomia scientifica della disciplina. Sul piano dottrinale, e più tardi anche su quello legislativo, il centro della materia si sposta poi dal commercio in senso stretto all'impresa e ai mercati, in sostanza all'insieme di norme giuridiche che presiedono al funzionamento dell'economia di mercato capitalistica nella sua interezza.

(*iv*) Nella quarta, ed attuale, fase, si assiste, in primo luogo, al dilagare della produzione normativa, spesso "multilivello", in materia di imprese e di mercati, con collegata decodificazione e frammentazione della disciplina; contemporaneamente, si assiste ad una ripresa, per effetto della globalizzazione economica, di prassi negoziali di carattere sovranazionale. Tutto ciò determina una marcata tendenza alla specializzazione, all'interno di quella che, nella fase precedente, era stata una disciplina accademica unitaria, e con ciò un ripiegamento del tema dell'autonomia scientifica della stessa. Il futuro della disciplina del diritto commerciale appare, comunque, obiettivamente incerto.

5.2. I libri commentati contribuiscono bene all'arricchimento di questo

[11] V., per tutti, V. PIERGIOVANNI, *Diritto commerciale nel diritto medievale e moderno,* in *Digesto delle dottrine privatistiche – Sezione commerciale*, IV, Torino, Utet, 1989, 333 ss. L'a. tende a vedere la seconda fase come momento conclusivo della prima, ma ne scandisce nitidamente le peculiarità.

schema interpretativo, ma offrono anche spunti per ulteriori riflessioni, che non intaccano le linee di fondo di quella ricostruzione, ma consentono di mettere meglio in luce aspetti, talora non secondari, della stessa.

Cominciando dalla prima fase, il ruolo centrale svolto, per secoli, dallo *ius mercatorum* corporativo, non può essere messo in dubbio.

Non si deve però trascurare una linea di pensiero (rappresentata in Italia, in primo luogo, da Ascarelli) che, sul piano storiografico, ha ritenuto doversi valorizzare maggiormente l'idea secondo cui il diritto commerciale dovrebbe essere studiato come categoria storica, come "diritto del capitalismo", piuttosto che solamente come "diritto del commercio". In questa prospettiva, la storia del diritto commerciale potrebbe utilmente staccarsi dallo schema iperspecialistico goldschmidtiano e meglio integrarsi negli studi di storia dell'impresa, che sembrano in promettente crescita in vari Paesi.

Potrebbe allora tenersi conto del fatto che imprese capitalistiche (cioè imprese caratterizzate dal marxiano ciclo D-M-D, cioè dall'esigenza di raccolta iniziale di capitali destinati alla realizzazione di un progetto lucrativo, spesso soggetto ad alto rischio) si sono avute sin dall'Antichità, e non soltanto nel settore del grande commercio d'oltremare (destinato a svolgere il ruolo costituente dello *ius mercatorum*), ma anche nell'attività bancaria in senso lato o in attività manifatturiere che si evolvevano verso dimensioni industriali [12] (attività regolate da corporazioni diverse da quelle dei mercanti) e in quella di forniture di beni e servizi al potere pubblico, cioè l'attività dei *publicani* (con le relative *societates publicanorum*, antenate parziali delle moderne società di capitali).

Tutte queste attività hanno richiesto, sin dall'Antichità, norme giuridiche dettagliate e tribunali speciali[13]. È noto, inoltre, che un filone di dottrina romanistica (Di Porto, Cerami) ha cercato di sostenere l'esistenza di istituti giuscommercialistici ben operanti in epoca romana.

Certo è però che su queste norme non si formò una giurisprudenza colta. Si trattava, infatti, di norme regolanti attività considerate socialmente marginali, e spesso anche socialmente riprovate. La giurisprudenza colta, da quando si formò come tale, nella civiltà romana, concentrava la sua attenzione sugli isti-

[12] Interessanti informazioni sui tribunali corporativi delle arti dei lanieri, in alcune città italiane nel XVI sec., in A. Caracausi (nt. 3).

[13] Cfr. M. CIAN, *Le antiche leggi del commercio. Produzione, scambi, regole*, Bologna, Il Mulino, 2015. Su un piano teorico può giustamente affermarsi che "il codice genetico del capitale è un codice giuridico" (così M.R. FERRARESE, *Il capitale e il tocco magico del diritto. Storie e attuali protagonisti secondo Katharina Pistor*, in *Politica del diritto*, 2019, 660).

tuti centrali nella vita delle classi dominanti, e quindi in primo luogo la proprietà immobiliare e la sua trasmissione [14].

Nell'Europa medievale la corporazione dei mercanti accrebbe il suo peso sociale e politico e così le sue regole corporative furono riconosciute e protette dai diversi poteri politici allora esistenti. Nacque così lo *ius mercatorum*, ricco di contenuti originali e dotato di piena effettività, ma ancora lontano dalle attenzioni della giurisprudenza colta.

Nella ideologia interna agli ambienti corporativi, che influenzerà le trattazioni dottrinali dei secoli successivi, lo *ius mercatorum* viene concepito come diritto spontaneo, tutto a base consuetudinaria. In realtà, fin dall'Antichità, fiere e mercati (con le relative, necessarie, regole e tribunali) sono sempre vissuti sotto la protezione di qualche potere politico che ne garantiva il regolare svolgimento e, spesso, riconosceva un potere normativo e giurisdizionale privilegiato agli operatori economici.

Anzi, se si guarda più attentamente alla storia dell'impresa capitalistica in generale, ci si avvede che questa, nelle più diverse esperienze storiche in cui si è affermata, ha sempre goduto di un forte sostegno iniziale di un potere politico, che dava garanzia di effettività alle norme giuridiche di funzionamento di fiere e mercati, come tali sempre necessarie per l'esistenza degli stessi, e in più forniva strumenti giuridici di diretto sostegno dell'impresa (sotto forme varie: commesse, finanziamenti privilegiati, dazi doganali, diritti di esclusiva, concessione di locali, ecc.). In altri termini, le imprese capitalistiche non nascono storicamente dall'assestamento "spontaneo" di fenomeni di libero scambio, ma dalla combinazione fra iniziative innovative e rischiose di individui e gruppi dotati di particolare talento e dalla protezione che tali iniziative ricevono – in vario modo e con diversi mezzi giuridici – da parte del potere politico [15].

La stessa consuetudine mercantile non è certo ritualità primitiva, ma consuetudine evoluta, costruita su documenti negoziali e decisioni di tribunali.

Ciò che caratterizza il diritto commerciale medievale è che, nei primi secoli di vita dello *ius mercatorum*, gli imprenditori dell'epoca dovevano instaurare

---

[14] Cfr. G. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La costruzione del diritto privato romano*, Bologna, Il Mulino, 2016.

[15] La diretta protezione del potere politico, come requisito iniziale della costituzione di imprese lucrative, è ravvisata fin dai primordi della storia economica occidentale (cfr. M. HUDSON, *Entrepreneurs: From the Near Eastern Takeoff to the Roman Collapse*, in *The Invention of Enterprise. Entrepreneurship From Ancient Mesopotamia to Modern Times*, ed. by D.S. Landes, J.Mokyr, W.J. Baumol, Princeton University Press, 2010, 11 ss.). Allo stesso modo, essa è sempre presente nei "paesi emergenti" di nuovo capitalismo (cfr. W.K.K. CHAN, *Chinese Entrepreneurship since Its Late Imperial Period*, *ivi*, 494-5).

rapporti con un potere politico diviso in una pluralità di istituzioni locali, spesso di livello municipale. In quel contesto la sfera di interessi e di attività del mercante era spesso più ampia di quella del potere politico di riferimento. Ciò ha favorito un fenomeno di formazione internazionale di una cultura mercantile, con le sue regole tendenzialmente uniformi e il sostanziale recepimento di tali regole da parte del potere politico che, di volta in volta, tutelava la corporazione dei mercanti e i suoi tribunali. Dunque, sostanzialmente una delega del potere normativo alle corporazioni dei mercanti; e quindi l'idea di un diritto di formazione spontanea.

5.3. Dal momento dell'affermazione degli Stati sovrani, il ceto mercantile – che mantiene il suo orgoglio di ceto anche nella nuova situazione politica [16] – doveva ottenere il riconoscimento da parte di un potere centrale unitario, pur nel quadro del mantenimento di una solida alleanza tra potere politico e ceto mercantile. La differenza principale riguarda l'unificazione su base nazionale delle regole mercantili, il cui contenuto rispettava generalmente un quadro di continuità con la tradizione corporativa (ivi compreso, almeno fino alla seconda metà dell'Ottocento, il mantenimento dei tribunali speciali di commercio).

L'aspetto più significativo del nuovo quadro istituzionale e normativo è – come messo in luce da Petit per l'esperienza spagnola – non soltanto l'assimilazione delle regole mercantili da parte degli Stati sovrani, ma soprattutto la possibilità che questi acquisivano, in una cornice mercantilistica, di rafforzare l'economia capitalistica mediante l'introduzione di istituti che la tradizione corporativa, come tale, non sarebbe stata in grado di creare (come le società di capitali; o le privative industriali, a cui, per la verità, i libri qui commentati non prestano particolare attenzione).

La terza fase dello schema sopra accennato (cioè quella delle codificazioni) si innesta su questa situazione portando con sé l'affermazione di una concezione oggettiva del diritto commerciale ed una tendenziale normalizzazione dello stesso, all'interno di un ordinamento giuridico ormai ovunque concepito come unitaria espressione della sovranità statale.

Questa fase storica è forse quella più studiata e nota. Gli studi qui commentati forniscono puntuali ricostruzioni di esperienze nazionali, che ovunque vedono gli Stati impegnati nel processo di codificazione del diritto commerciale.

Ciò che particolarmente viene messo in luce, e va segnalato per la sua im-

[16] Cfr. V. PIERGIOVANNI, *Il diritto dei mercanti e la dottrina giuridica in età moderna. Considerazioni comparative tra Benvenuto Stracca e Gerard Malynes*, in ID., *Norme, scienza e pratica giuridica tra Genova e l'Occidente medievale e moderno – Atti della Società Ligure di Storia Patria*, Genova, 2012, 1315 ss. (con particolare riguardo all'opera di Malynes).

portanza, è però l'importanza assunta dall'affermazione del diritto commerciale come disciplina accademica.

5.4. Sul piano della storia delle idee, questo passaggio non può essere sottovalutato.

Per i secoli precedenti, il quadro disegnato da Petit è brillante, nel rilevare la distanza socioculturale fra il mondo dei mercanti e dei loro tribunali e quello della giurisprudenza colta dell'epoca; ed è notevole la sottolineatura della considerazione, nella cultura mercantile, del ricorso ai tribunali come *extrema ratio*, a fronte di una via maestra costituita dalla soluzione amichevole dei conflitti alla luce della solidarietà mercantile [17].

Può sorgere il dubbio che la sottolineatura di questa separazione sia, nel libro di P., troppo netta. Mancano, per esempio, riferimenti – usuali nelle storie del diritto mercantile – ad autori (Stracca, Scaccia, Ansaldi, Casaregis, ecc.) che, dal tardo diritto comune fino all'età delle codificazioni, produssero una letteratura giuridica colta dedicata al diritto mercantile, destinata ad influire sulla futura legislazione [18]. Anche se la celebre frase di Bartolo ("*in curia mercatorum debet iudicari de bono et aequo omissis iuris solemnitatibus*") fa pensare ad una cesura profonda, è difficile negare che anche la cultura giuridica romanistica abbia svolto un ruolo importante nella costruzione del diritto commerciale moderno [19].

Ciò che può rimarcarsi è comunque che quegli autori erano certamente giuristi colti, ma erano soprattutto giudici ed avvocati e non professori di università. La giurisprudenza commerciale era stata elevata all'attenzione della letteratura giuridica ma, fino all'Ottocento, non era ancora legittimata a livello accademico.

---

[17] È difficile ipotizzare – malgrado la legittima curiosità – un legame tra queste antiche espressioni della cultura mercantile, peraltro segnalate dagli storici anche per epoche successive (cfr. J. MOKYR, *Entrepreneurship and the Industrial Revolution in Britain*, in *The Invention of Enterprise* [nt. 11], 183 ss.), e le prese di posizione di giuscommercialisti dei nostri giorni, che sottolineano l'inefficienza del ricorso ai tribunali ai fini della risoluzione delle controversie commerciali (V. DI CATALDO, *A che cosa serve il diritto*, Bologna, Il Mulino, 2017; P. LUCARELLI, L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata*, Utet, Torino, 2016).

[18] Per una vivace sintesi v. F. MIGLIORINO, *Diritto mercantile*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero – Diritto*, Roma, Ist. Enc. Ital., 2012.

[19] Circa il permanere di questa importanza sino a fasi più recenti di sviluppo della dottrina giuscommercialistica, v. A. MONTI, *Uso e riuso delle citazioni romane, medievali e di età moderna nel discorso dottrinale dei giuscommercialisti italiani (XIX-XX sec.)*, in *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, a cura di P. Bonin e altri, Torino, Giappichelli, 2019, 249 ss.

In questa prospettiva, i volumi commentati (soprattutto, naturalmente, quello curato da Birocchi, ma anche quello di Petit) mettono in luce l'importanza storica della cooptazione a livello accademico, nel corso del sez. XIX, del diritto commerciale.

Il fenomeno si realizzava in un tempo caratterizzato da fiducia nel progresso economico e culturale, ma anche dall'affermazione e crescita del prestigio delle Università pubbliche, nonché di grande autostima dei titolari di cattedre universitarie. L'introduzione del diritto commerciale fra le discipline accademiche non era, peraltro, frutto di un processo autonomo di modernizzazione delle Facoltà universitarie: furono piuttosto gli Stati dell'epoca, nel quadro della gestione centralistica delle Università pubbliche, ad imporre la materia fra quelle obbligatorie, a fini di necessaria modernizzazione degli studi giuridici. Ciò produsse una leva di docenti che non provenivano dagli ambienti commerciali o dall'esperienza dei Tribunali di commercio, ma erano (il primo fu Pardessus) giuristi colti, di formazione generalista; più tardi anche giuristi che si avvicinavano da autodidatti alla materia, attratti da un genuino interesse per la stessa (il caso più significativo fu quello di Vivante).

Il bisogno di legittimazione culturale della disciplina portò anche i padri fondatori (in primo luogo Goldschmidt) a costruire una storia del diritto commerciale autonoma e distinta dal filone centrale del diritto privato europeo ed a valorizzare – pur in un periodo di dominante giuspositivismo statalistico, e senza contestare direttamente quest'ultimo – la proiezione internazionale della disciplina.

5.5. Questo tipo di formazione dei giuristi che sono entrati nella storia come fondatori della disciplina a livello accademico spiega alcuni fenomeni che, nella ricerca curata da Birocchi, sono messi in luce:

(*i*) la valorizzazione, da parte dei cultori del Diritto commerciale, della novità culturale (sotto il profilo dei metodi e delle fonti: da ciò le formule sull'autonomia "giuridica" e "scientifica") di una disciplina che era riconosciuta meritevole della massima considerazione proprio perché forniva gli strumenti giuridici centrali a supporto del progresso economico del tempo; una disciplina che, inoltre, mostrava grande capacità evolutiva ed espansiva, e spesso aveva bisogno di strumenti giuridici non inquadrabili nella tradizione romanistica;

(*ii*) l'indipendenza sostanziale di questi fondatori della disciplina rispetto agli ambienti imprenditoriali dell'epoca e ai loro immediati interessi; ciò anche per via di un esercizio limitato della professione legale [20] (il che non impe-

[20] Il punto è sottolineato, anche con riferimento ad esperienze straniere, da T. ASCARELLI, *Scienza e professione* [1956], in ID., *Problemi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1961, II, 854 ss.

diva poi, a quegli studiosi, di usare un metodo molto attento allo studio della realtà socioeconomica); da qui la vena riformistica e l'impegno di responsabilità sociale, che ha caratterizzato, per lungo tempo, la disciplina.

Ciò spiega anche la formazione di un sentimento di orgoglio disciplinare, che portò con sé non solo la rivendicazione forte dell'autonomia scientifica e giuridica, ma portò anche i cultori della materia (o almeno la loro componente più avanzata) ad osare di concepire la stessa come disciplina "generalista" (in un'epoca in cui, nel costume accademico, la distanza culturale tra le discipline generaliste e quelle specialistiche era fortemente sentita). Accadde così che una dottrina giuscommercialistica di recente formazione accademica poté proporsi come punta avanzata della cultura giuridica; ed anche, come avvenne in Italia, a tentare la conquista di un'egemonia che per qualche tempo, con il successo della "Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni", sembrò divenire realtà.

5.6. Peraltro, già fin dai primordi, risultavano in parte incerti i confini della disciplina. Per esempio, il trattato di Thöl, a metà Ottocento, che è correntemente considerato la prima trattazione "scientifica" del diritto commerciale, conteneva una prima parte dedicata allo statuto del commerciante e delle società commerciali e poi dedicava ampio spazio ad una trattazione generale delle obbligazioni e dei contratti commerciali, nonché del diritto cambiario. Poco dopo Goldschmidt, nelle prime pagine della sua celebre "Storia universale", delineava un contenuto vastissimo della materia (diritto commerciale pubblico, privato e internazionale; e, come rami speciali: diritto cambiario, diritto marittimo, diritto delle assicurazioni, diritto processuale commerciale e fallimentare), che come tale non risulta poi compiutamente trattata da alcuno. Peraltro, il contenuto complessivo del suo *Handbuch* non era molto diverso da quello del trattato di Thöl, salvo la presenza della grande introduzione storica e il minor spazio dedicato alla disciplina generale delle obbligazioni. L'esperienza tedesca si orientava così verso una delimitazione della disciplina che già scontava lo specialismo di alcuni profili, in primo luogo il diritto fallimentare e poi i nascenti istituti della proprietà industriale e della concorrenza sleale (peraltro, la formazione di questo fondamentale istituto avveniva nei tribunali civili e non in quelli di commercio).

Successivamente, nella fase espansiva della disciplina, la stessa tendeva a inglobare l'intero diritto delle imprese e dei mercati. Ma già il trattato di Vivante, per esempio, non si occupa del diritto marittimo e del fallimento, materie che nel Corso di Vidari occupavano invece quattro dei nove volumi complessivi.

In effetti era difficile portare a sistema una materia che, nei codici di commercio ottocenteschi, era incentrata sul concetto di atto di commercio, cioè atto di scambio professionale, quando nel frattempo l'organizzazione industriale

e finanziaria delle imprese e l'avvento dei mercati di massa aveva assunto un'importanza centrale nel funzionamento dell'economia e introdotto strumenti giuridici ignoti ai vecchi codici di commercio.

5.7. La risposta a questa difficoltà fu, com'è noto, quella di portare al centro della disciplina la figura dell'impresa, che, come tempo dopo teorizzerà Coase, non è un insieme di atti di scambio, bensì una struttura organizzata gerarchica, avente la funzione di risparmiare i costi di transazione insiti in ogni atto di scambio.

L'idea di contrapporre un diritto dell'impresa a un diritto del commercio fu avanzata, nella seconda metà del sec. XIX, dai pionieri franco-belgi del "diritto industriale" (proposto allora come nuova disciplina volta allo studio degli istituti giuridici originali nati con l'affermazione delle imprese industriali: disciplina del lavoro in fabbrica, disciplina amministrativa della gestione di stabilimenti industriali, disciplina della proprietà industriale e concorrenza sleale). Questa proposta rimase minoritaria e non si affermò mai a livello accademico: alcuni contenuti di essa transitarono in materie autonome (a cominciare dal diritto del lavoro); ma, soprattutto, l'idea della centralità della nozione di impresa fu acquisita dagli stessi cultori accademici del diritto commerciale (a cominciare da Karl Wieland, nei primi decenni del sec. XX), in una proposta di modernizzazione, ma anche di continuità, di questa disciplina; e come tale si affermò rapidamente.

Oggi questa idea è professata un po' ovunque (salvo che nelle aree di *common law*, ove prevale un'accezione ristretta di *commercial law*, incentrata sulle negoziazioni commerciali, e, per il resto, i diversi capitoli compresi nella materia sono oggetto di discipline specialistiche).

Nell'accezione più moderna, alla centralità del concetto di impresa si affianca con pari valore (come sottolinea Embid Irujo), l'idea di mercato, che, pur essa, non è da confondere con un semplice insieme di scambi individuali: il mercato è piuttosto una struttura organizzata e regolata (si pensi alle norme antitrust, alla concorrenza sleale e alle diverse regolazioni di settore), volta a consentire/favorire operazioni di scambio entro binari prestabiliti.

Si potrebbe dunque dire che il "diritto commerciale", superando una terminologia che molti riconoscono essere arcaica, dovrebbe oggi denominarsi come "diritto delle imprese e dei mercati" [21].

5.8. Il punto è che (come sottolinea ancora Embid Irujo) la dottrina giuscommercialistica non è riuscita, in alcun Paese, ad elaborare un sistema di principi e concetti atto a costituire una parte generale del diritto delle imprese e dei mercati. Questo giudizio, peraltro, non è nuovo: nel volume cileno si ri-

[21] Sul punto v. anche *supra*, nt. 6.

corda come già Joaquin Garrigues (il più autorevole giuscommercialista spagnolo della metà del secolo scorso) rilevasse come il diritto commerciale era divenuto, già ai suoi tempi, un insieme di contenuti eterogenei.

La spiegazione di questo fenomeno, che viene fornita in molti degli scritti prima menzionati, è che le materie disciplinate dai codici di commercio ottocenteschi sono state in gran parte integrate o modificate da un processo alluvionale di novità normative. Processo che, secondo Ferrante, avrebbe assunto oggi in Italia un livello superiore a quello degli altri Paesi e sarebbe divenuto patologico (in effetti, chi segue le vicende del decreto correttivo al codice della crisi e dell'insolvenza è tentato di dargli ragione).

In ogni caso, il processo di decodificazione del diritto commerciale, che come tale è percepito ovunque, comporta lo svuotamento di molti codici di commercio, pur rimasti formalmente in vigore, nonché il fatto che i tentativi di nuovi codici (in primo luogo quello francese) appaiano come consolidazioni di norme settoriali prima sparse in diversi testi normativi, senza l'ambizione razionalizzante dei grandi processi di codificazione.

5.9. Questa spiegazione della debolezza sistematica dell'attuale dottrina giuscommercialistica è certamente valida [22]. In molti settori della disciplina, l'attività dottrinale è oggi costretta a inseguire novità della regolazione (soprattutto di fonte europea) e delle prassi contrattuali (soprattutto di fonte americana). Il risultato è talora quello di una dottrina debole, a cui manca la tendenziale stabilità di punti di riferimento (c.d. fonti), che è presupposto dei processi razionali di costruzione di principi e concetti.

A ciò si aggiunge, però, la generale tendenza, nell'odierna cultura giuridica, ad esaltare il ruolo della giurisprudenza come fonte normativa, a scapito della funzione ordinante delle costruzioni dottrinali. Tendenza che non è certo peculiare al settore del diritto commerciale, ove anzi è rimasto il retaggio di una forte tradizione "dottrinaristica", che in Ascarelli vide il più convinto fau-

[22] Un diverso giudizio è stato espresso da G.B. PORTALE, da ultimo in *Il diritto privato dell'impresa* (nt. 8). Secondo P. il diritto commerciale odierno ha recuperato il carattere di "universalità" (o "transnazionalità"), che lo ha storicamente connotato e un'autonomia giuridica, in materia di fonti e di costruzione di nuove discipline. Questa opinione segnala, a mio avviso, fenomeni reali e significativi, che però possono ricondursi all'esperienza generale della "globalizzazione" economica, e che, in forme simili, possono dirsi condivisi anche da altre discipline giuridiche (si pensi alle elaborazioni teoriche sulla teoria generale del contratto o a quelle sul "diritto amministrativo globale"). A mio avviso la vitalità (innegabile) della attuale dottrina giuscommercialistica non consente però di parlare di una forte impostazione sistematica condivisa. Per una più ampia trattazione del punto rinvio a M. LIBERTINI, *Appunti sull'autonomia del diritto commerciale dedicati a Pippo Portale*, in *Riv. dir. comm*., 2019, I, 37 ss.

tore [23], ma che proietta anche qui il suo influsso culturale.

In ogni caso, la frammentazione e l'inflazione normativa producono con sé anche l'obiettiva difficoltà, per i cultori della materia, di dominarla per intero, e quindi una spiccata tendenza alla specializzazione.

Alla frammentazione normativa si accompagna un parallelo fenomeno – meno spesso segnalato, e non messo in evidenza nei libri recensiti – di ricostituzione di giudici specializzati (di solito non "giudici speciali", per il formale rispetto del principio di unità della giurisdizione, ma "sezioni specializzate" di organi giudiziari preesistenti). Com'è noto, il contenzioso in materia di società e di diritto industriale in Italia è concentrato presso i tribunali più grandi (nelle sedi maggiori con separazione interna fra società e diritto industriale; in materia di antitrust i tribunali competenti ulteriormente ridotti a tre; e, per i profili di giurisdizione amministrativa, affidati esclusivamente al T.A.R. Lazio; altri filoni specializzati sussistono in materia di proprietà industriale). Il fenomeno si collega alla costituzione di autorità amministrative indipendenti, con potere regolamentare su interi settori economici e un controllo giudiziario concentrato per legge in unica sede (per esempio: il T.A.R. Lazio per le comunicazioni elettroniche, oltre che per il diritto antitrust; il T.A.R. Lombardia per il settore dell'energia).

Questa spinta centrifuga è poi favorita dalla sempre più stretta integrazione fra dottrina e professione. Questo collegamento c'è sempre stato ed è anche utile e necessario, per fornire agli studiosi quella conoscenza della realtà sociale prenormativa che, già nella metodologia tradizionale del diritto commerciale, è stata sempre indicata come presupposto indispensabile per compiere corrette operazioni interpretative [24]. È anzi un carattere fondamentale della disciplina quello di professare un metodo che non muove dal testo

[23] Recente, autorevole conferma di questo prevalente orientamento di giuspositivismo critico, contrario alle tesi dei fautori della creatività giurisprudenziale, può leggersi in F. D'ALESSANDRO, *Il metodo del diritto commerciale*, in *Rivista ODC*, 2019, 401 ss.

Merita di essere segnalata anche la convinzione dell'a. – comune a tutti i più recenti interventi sul punto (fra cui P. MARCHETTI, *Sul metodo del diritto commerciale*, *ivi*, 439 ss.) – secondo cui le indicazioni di metodo che possono predicarsi per il diritto commerciale non hanno alcuna ragione peculiare alla disciplina, ma possono proiettarsi sull'intera dottrina giuridica.

[24] Si avvertono, però, segnali di perdita di questa consapevolezza della metodologia del tradizionale diritto commerciale ("scienza di osservazione", secondo Vivante), come nel caso di diversi contributi dottrinali che hanno continuato a trattare i titoli di credito sulla base dell'esegesi delle fonti normative, senza considerare che, nella realtà socioeconomica, la funzione e l'uso di questi strumenti erano praticamente cessati. Cfr. M. LIBERTINI, *I titoli di credito nella dottrina giuscommercialistica italiana. In memoria di Antonio Pavone La Rosa*, in *Rivista ODC*, 2017, n. 3.

normativo per adattarlo alla realtà, ma – per usare le parole di Ascarelli – muove dall'analisi della realtà socioeconomica per poi costruire una disciplina normativa della realtà volta a conciliare la "natura delle cose" (oggi diremmo, forse, l'efficienza economica) con una doverosa continuità con i testi normativi [25].

È anche vero, però, che questo collegamento intenso fra dottrina e professione comporta anche un continuo rischio di "cattura" degli studiosi da parte degli interessi particolari che essi sono chiamati a curare nella loro attività di avvocati e consulenti.

Già Ascarelli lamentava [26], a metà del secolo XX, uno scadimento deontologico della categoria, per il fatto che la produzione dottrinale era, già allora, costituita prevalentemente da scritti professionali in vario modo elaborati, e quindi nati come atti di parte, senza che gli autori avvertissero il dovere di dichiararlo.

Questa tendenziale "cattura" non pone solo un problema deontologico. Rimane ancora profonda e veritiera l'osservazione, sempre di Ascarelli, secondo cui l'esercizio della professione forense condiziona generalmente la mentalità del giurista accademico, per "*l'inevitabile importanza nell'esercizio professionale (e particolarmente e necessariamente in quello forense, con il suo carattere agonistico!) di quell'abilità polemica che invece insidia nel giurista la coscienza della portata delle rispettive premesse della soluzione e perciò il loro controllo*".

Questo rischio si accentua proprio in connessione con l'affermazione dello specialismo e quindi con l'inevitabile collegamento privilegiato che si instaura fra gli specialisti di maggior talento e gli interessi più forti presenti all'interno di ciascun settore.

---

[25] Sulle attuali prospettive del tema del metodo del diritto commerciale v. da ultimo, oltre agli scritti *supra* citt., alla nota 23) la riflessione di C. ANGELICI, *In tema di metodo del diritto commerciale*, in *Rivista ODC*, 2019, 389 ss. A. individua come caratteri essenziali di questo metodo l'impiego della *Typuslehre* (intesa come esigenza di adeguata ricostruzione della realtà, come premessa delle costruzioni normative) e dell'impiego accorto dell'argomento comparatistico (in chiave, si direbbe, di ricerca dell'efficienza). Aggiunge poi che queste indicazioni di metodo non possono essere confinate all'interno della disciplina, ma si proiettano sul metodo giuridico in generale, per concludere con l'esigenza di avvio di un'opera di revisione dei paradigmi generali del diritto privato.

Direi, anticipando quanto sarà detto in conclusione, che queste indicazioni sono pienamente condivisibili e dovrebbero essere solo integrate con altre, complementari (a mio avviso: l'argomentazione per principi (con relativo approfondimento della discussione razionale su questi ultimi) e l'argomentazione orientata alle conseguenze (con relativa centralità della corretta analisi dei conflitti di interessi in gioco e l'impiego, come strumento prezioso ma non decisivo, dell'analisi economica del diritto).

[26] Nello scritto sopra citato alla nota 20.

5.10. Non vorrei esagerare in questa linea di giudizio. Infatti, anche nei tempi più recenti non sono mancati studiosi che hanno svolto con indipendenza e rigore una "critica del diritto", erede della tradizione riformistica del diritto commerciale della prima metà del secolo XX [27].

Certo è però che non si avverte più da tempo (si potrebbe dire: dalla scomparsa di Tullio Ascarelli, avvenuta nel 1959; con qualche eccezione) quella tensione modernizzatrice verso l'operare dell'intera dottrina giuridica, e quell'orgoglio disciplinare, che avevano caratterizzato, dalla fine del sec. XIX, una stagione gloriosa della dottrina giuscommercialistica italiana.

Questo ripiegamento si manifesta in diversi modi: la ridotta ambizione delle riviste giuridiche giuscommercialistiche, che hanno mantenuto un livello complessivo di alta qualità, ma hanno tutte praticamente rinunziato allo strumento della recensione, e quindi del dibattito dottrinale approfondito; l'accettazione, da parte dei cultori della materia, di uno smembramento della stessa sotto il profilo dell'organizzazione accademica (con l'autonomizzazione del diritto della navigazione e del diritto dell'economia); l'accettazione diffusa dell'idea che la disciplina non abbia una sistematica complessiva riconoscibile e si traduca nell'assemblaggio di discipline diverse, *lato sensu* riferibili ad imprese e mercati, ma non facilmente inquadrabili in principi e concetti generali; in connessione a quest'ultimo punto, un tacito ripiegamento rispetto all'ambizione generalista delle generazioni precedenti (sintomatico è il fatto che Francesco Galgano, che più di tutti ha rappresentato la continuità di quella ambizione [28], a sua volta seguendo l'insegnamento del suo maestro Walter Bigiavi, a un certo punto della sua carriera abbia abbandonato il settore disciplinare accademico del diritto commerciale, per passare al diritto civile).

---

[27] Penso, in particolare, ai contributi di Gastone Cottino, di Francesco Galgano, e di Guido Rossi, fino alla sua morte, avvenuta nel 2017. Questa linea è poi sostenuta, pur in una dottrina giuridica divenuta frammentata in diversi specialismi, anche dall'influenza della dottrina nordamericana, ove i profili *de iure condendo* sono spesso prevalenti.

Non si deve neanche trascurare la presenza di contributi in materia di teoria generale del diritto da parte di studiosi giuscommercialisti (p.e. Denozza, Di Cataldo, Terranova, Visentini).

[28] Sulla poliedrica figura di G. v., da ultimo, M.R. FERRARESE, *Galgano, i suoi "mestieri" e la lettura del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, 31 ss.

Per vero, una forte ambizione generalista fu manifestata anche da Paolo Ferro Luzzi, con la sua teorizzazione di un diritto dell'impresa incentrato sul concetto di organizzazione e non sulle categorie tradizionali del diritto privato patrimoniale. In altre sedi ho segnalato come questo programma culturale – a mio avviso valido nella sua impostazione di base – sia stato poi indebolito da sviluppi teorici non condivisibili (in particolare: l'idea di abbandonare i concetti di soggetto e di fattispecie). Le idee di F.L., in ogni caso, sono rimaste confinate in un ambito culturale solo italiano.

Tutto questo è largamente compensato, nell'esperienza concreta dei cultori della materia, dall'importanza, grande e perfino crescente, della loro attività di consulenza e assistenza professionale. La tendenza alla frammentazione e alla specializzazione non è dunque percepita come un ripiegamento della disciplina rispetto al programma culturale che essa aveva concepito in precedenza [29].

5.11. Il quadro sopra abbozzato può sembrare contrastato da due fenomeni in controtendenza.

Il primo è costituito dalla teorizzazione della "nuova *lex mercatoria*", cioè dalla rivendicazione di un ritorno, che sarebbe già concretamente in corso, a un diritto commerciale di formazione spontanea tendenzialmente universale, creato dagli stessi ambienti imprenditoriali (o, soprattutto, dalle *law firms* che li assistono). Questa linea di pensiero, diffusa a livello internazionale e rappresentata, in Italia, nella produzione dell'ultimo periodo di attività di Franco Galgano, è stata generalmente ridimensionata. A parte ogni rilievo di natura ideologica, essa ha un reale significato solo per un comparto, importante ma certamente non esaustivo, della disciplina delle imprese e dei mercati: quello del commercio internazionale e della giustizia arbitrale che a questo spesso si accompagna [30].

Per il resto, come viene illustrato ampiamente nel volume cileno sopra commentato, il diritto delle imprese e dei mercati è oggi investito da un processo alluvionale di produzione normativa, legale e regolamentare, proveniente da fonti formali multilivello. Queste regole talora inglobano contenuti di origine privata, ma comunque questi vengono generalmente tradotti in fonti formali. In ogni caso, il compito della dottrina giuridica viene spesso assorbito dall'esigenza di continuo aggiornamento dell'informazione in materia.

---

[29] Una manifestazione di questo fenomeno può vedersi nel recente volume di R. COSTI, L. ENRIQUES, F. VELLA, *Diritto commerciale. Una conversazione*, Bologna, Il Mulino, 2019 (che contiene un'intervista dialogata che due allievi rivolgono a Renzo Costi, che oggi è, con pieno merito, uno dei più prestigiosi esponenti della disciplina). Nel libro si richiama correttamente la tradizione giuscommercialistica, ma in un senso continuista che non sembra tener conto degli aspetti critici che si è cercato di descrivere nel testo; e poi si afferma (p. 44) che "*il vero nuovo diritto societario [è] la disciplina del mercato finanziario (banche e mercato mobiliare), con le sue forti ricadute sul diritto societario e sulla disciplina dei contratti commerciali*". Gran parte del volume è poi dedicata ad osservazioni (di grande interesse) sui temi accennati. Con ciò è implicitamente accettata una concezione ormai frammentata della disciplina. Per quanto la spinta verso la specializzazione sia generale nell'organizzazione della cultura contemporanea, mi sembra che il fenomeno non sia così accentuato in altri settori della cultura giuridica, caratterizzati da una tradizione generalista (penso, p.e., al diritto amministrativo).

[30] V., da ultimo, la pregevole trattazione di A. MAZZONI, M.C. MALAGUTI, *Diritto del commercio internazionale. Fondamenti e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2019.

5.12. Il secondo fenomeno in controtendenza è costituito dalle esperienze recenti, anch'esse messe in luce nel volume comparatistico cileno, alla ricodificazione del diritto commerciale.

Nel dare conto dei contenuti di quel volume, abbiamo notato come diversi autori manifestino apprezzamento verso le tecniche di codificazione in quanto tali, cioè intese nella loro funzione storica di strumenti volti a dare coerenza e razionalità a un insieme di discipline e a sostenere l'ulteriore compito di razionalizzazione svolto dalla dottrina giuridica.

Il punto merita attenzione: anche se si tocca un tema che non si potrebbe liquidare in poche battute, devono registrarsi i segnali di un'esigenza di costruire un diritto delle imprese e dei mercati (un "diritto dell'economia di mercato capitalistica", si potrebbe dire) costruito su principi chiari (a cominciare da quelli costituzionali) e articolato in concetti generali ordinanti [31].

Da questo punto di vista, l'alternativa fra codice unico di diritto privato e codice di commercio separato, che tanto interesse suscitò in Italia nei decenni che precedettero l'unificazione del 1942, non sembra avere oggi un'importanza centrale. Questa discussione, secondo un'opinione che ho esposto in altra sede, vide contrapporsi, all'interno della dottrina giuscommercialistica italiana, due differenti strategie di espansione della disciplina: quella che puntava alla modernizzazione ("commercializzazione") dell'intero diritto privato mediante l'emanazione di un codice unico; e quella che vedeva il rischio di una "civilizzazione" del diritto commerciale, una volta che questo fosse stato inquadrato in un codice unico: da qui l'idea di mantenere un'ampia capacità di sviluppo della disciplina sotto l'egida di un codice separato (senza però arrivare a sostenere il mantenimento di una giurisdizione separata: l'abolizione dei tribunali di commercio, avvenuta nel 1889, non trovò opposizioni nella dottrina giuscommercialistica [32]).

---

[31] V. comunque da ultimo, sul tema, C. CASTRONOVO, *Il Codice civile italiano: significato storico e ideale*, in *Eur. dir. priv*., 2019, 1167 ss., il quale afferma che la codificazione risponde tuttora validamente ad una "*esigenza di soluzione dei problemi giuridici che non voglia perdersi nel contingente quotidiano*".

[32] Ho segnalato in altra sede la coincidenza della data di abolizione dei tribunali di commercio con quella di costituzione della giurisdizione amministrativa speciale in Italia, con l'importanza decisiva che l'istituzione della giustizia amministrativa ha avuto nella costruzione di una importante dottrina autonoma del diritto amministrativo.

Il fatto si spiega perché l'istituzione di una giustizia amministrativa, se pur speciale, era comunque percepita come un allargamento della tutela giurisdizionale del cittadino rispetto alle precedenti esperienze di giustizia domestica, mentre i tribunali di commercio erano percepiti come un retaggio di un passato corporativo superato, sicché la loro abolizione, pressoché in tutta Europa, non fu seriamente contrastata neanche dai giuscommercialisti dell'epoca.

Oggi, a un secolo di distanza, in un mondo in cui la disciplina delle imprese e dei mercati ha preso il sopravvento (quantitativo e come peso specifico) nell'orizzonte complessivo del diritto privato, il problema di dare al diritto commerciale uno scudo protettivo costituito da un codice separato non mi sembra attuale. Il problema è piuttosto quello della possibilità di costruire in sede dottrinale – anche al di là delle divisioni disciplinari – una dottrina generale delle imprese e dei mercati, capace di indicare princìpi e concetti idonei a dare una cornice coerente alla miriade di regolazioni di settore.

Da questo punto di vista, è centrale il tema della tecnica di costruzione dei testi normativi, che oggi vede prevalere la tendenza a regolazioni minute e continuamente mutevoli. In effetti, anche una serie di testi normativi separati, purché costruiti con tecnica codificatoria, può fornire base per la costruzione di dottrine sistematiche unificanti, mentre un codice unitario, se derogato da una miriade di testi speciali di estremo dettaglio, poco aiuta in tal senso.

Per altro verso, dovrebbe oggi riconoscersi la superiorità del modello di codice unico, purché improntato alla valorizzazione delle peculiarità e della forza espansiva del diritto dell'impresa e dei mercati e sull'idea che le norme generali tradizionali di diritto civile patrimoniale hanno oggi, nel sistema, una posizione residuale e non quella di disposizioni di principio [33].

5.13. Possono formularsi allora alcune riflessioni conclusive, ancora incentrate, come nell'impostazione del libro curato da Birocchi, sull'esperienza italiana.

Anzitutto va ribadito che oggi la disciplina delle imprese e dei mercati copre una materia vastissima, quantitativamente molto più ampia di quella coperta dal diritto civile. Come rilevato da diversi autori sopra commentati (Embid Irujo, Caroni), non ha più senso continuare a qualificare il diritto commerciale come diritto speciale rispetto al diritto civile.

Questa idea della specialità del diritto commerciale ha forti radici storiche, tanto da essere formalmente accettata anche oggi da giuscommercialisti auto-

Supra, nel testo, si è segnalata l'esistenza di una recente controspinta verso l'istituzione di giudici specializzati.

[33] Faccio solo un esempio, fra i tanti possibili: la norma dell'art. 2740 c.c., che fissa la regola dell'unità del patrimonio e della responsabilità patrimoniale generale del debitore, è stata tradizionalmente (ed è spesso ancor oggi) considerata norma di principio, con la conseguenza che patrimoni separati o autonomi e vincoli di destinazione patrimoniale dovrebbero considerarsi eccezionali nel sistema ed ammissibili solo in presenza di eccezioni tassative di legge. Un'evoluzione, che ha preso le mosse dal diritto dell'impresa, dovrebbe però portare oggi a riconoscere la normalità e l'efficienza dei vincoli anche unilaterali di destinazione patrimoniale, purché adeguatamente pubblicizzati, e quindi la possibilità di interpretazioni estensive delle norme che li prevedono, nonché il carattere residuale e non di principio oggi assunto dalla norma in questione.

revoli [34], e in Italia è forse più forte che altrove, tanto che da noi, con una terminologia che per fortuna non sembra trovare riscontro nelle esperienze di altri Paesi, si parla spesso (da parte di giuscivilisti) del diritto civile come "diritto primo" e delle altre discipline (diritto commerciale compreso) come "diritti secondi" [35].

La concezione del diritto commerciale come diritto speciale rispetto al civile oggi non può essere mantenuta, non solo per il profilo quantitativo prima segnalato, ma soprattutto perché non ha senso considerare il concetto di impresa (ritenuto centrale nella disciplina commercialistica) come speciale rispetto a quello di individuo proprietario (centrale nella dogmatica civilistica classica). L'impresa non è un "individuo collettivo" o un super-individuo – anche se la tentazione di considerarla tale è frequente, nell'esperienza giuridica, con risultati molto discutibili [36] – ma un'organizzazione stabile, a scopo vincolato, nella quale diversi individui svolgono ruoli funzionali complementari. Perciò non è entità speciale, ma entità diversa rispetto all'individuo. La permanenza di una "parte generale del contratto" incentrata sull'atto di disposizione dell'individuo proprietario, con qualche deroga speciale per i contratti imputati

[34] Mi riferisco, in particolare, a P. MONTALENTI, *Il diritto commerciale, oggi: appunti*, in *Rivista ODC*, 3, 2015, che rivendica un primato attuale del diritto commerciale, con compressione degli spazi di vita sociale regolati da norme di puro diritto civile, ma infine riconosce che "*al diritto commerciale debba riconoscersi il "primato" in termini di espansione regolatoria anche sui rapporti privati e, dall'altro lato, al diritto civile la funzione ordinante e razionalizzatrice del sistema attraverso i suoi propri paradigmi, principi, concetti, categorie, che tuttavia permanentemente si evolvono traendo proprio dal diritto commerciale*". Forse, nel ragionamento di M., in larga parte condivisibile nei suoi sviluppi interni, il rapporto attuale fra diritto civile e diritto commerciale non è concepito in termini di generalità/specialità (dato che egli afferma che il diritto generale si evolve soprattutto in funzione degli sviluppi del diritto commerciale), ma proprio ciò rende incoerente – a mio avviso – il riconoscimento al diritto civile, come partizione accademica, di una "funzione ordinante" sull'intero ordinamento.

[35] Sul tema, per posizioni favorevoli e posizioni critiche, v. *Diritto civile e diritti speciali*, a cura di A. Plaja, Giuffrè, Palermo, 2008.

A conferma di qualche difficoltà di rapporto fra le due discipline, può segnalarsi che chi ha proposto questa terminologia, in un suo recente e pregevole intervento (C. CASTRONOVO [nt. 31]), rievoca la storia del Codice civile del 1942 senza dare risalto al tema dell'unificazione dei codici, né alla tesi della c.d. commercializzazione del diritto privato.

[36] Questa tentazione si è presentata più volte nell'esperienza americana. Celebre è il caso *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), in cui la Suprema Corte dichiarò incostituzionale, per violazione del diritto di libertà contrattuale dell'impresa, una legge dello Stato di New York che poneva un limite all'orario di lavoro dei panettieri. Più di recente, altrettanto celebre (e sempre negativamente) è la sentenza *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010), che ha affermato l'incostituzionalità di norme limitanti la libertà delle imprese di sostenere le campagne elettorali di determinati uomini politici, perché contrarie alle libertà di opinione delle imprese stesse.

ad imprese, è un anacronismo: continuare a predicare di una libertà contrattuale dell'impresa, circondata delle stesse tutele che merita la libertà dell'individuo che decide di disporre, o meno, dei suoi beni personali, significa solo fare cattiva giurisprudenza.

Così pure, i mercati odierni – si è già notato – non si riducono ad una serie di scambi individuali, ma sono organizzazioni complesse che disciplinano le attività di produzione e di collocazione dei beni delle imprese fino al livello del consumo finale: le norme antitrust non sono poste a tutela della libertà negoziale delle imprese, ma la limitano per evitare che sia impiegata a danno dell'efficienza complessiva dei mercati.

Questa situazione non induce al rilancio della formula della "commercializzazione del diritto privato". Una parte del diritto privato deve continuare ad essere incentrata sull'individuo, i suoi diritti, le sue libertà, anche di disposizione dei propri beni. In questa prospettiva, la libertà contrattuale torna ad avere il suo ruolo centrale [37].

Il diritto privato attuale dovrebbe dunque essere pensato come un insieme di regole e princìpi così articolati e non certo come diritto civile trasformato dalla generalizzazione delle regole commerciali, ferma restando la *vis expansiva* e la possibilità di applicazione di queste ultime nel vasto campo della disciplina di imprese e mercati.

5.14. In questa situazione, presente e futuro di quella disciplina del diritto commerciale che si è costruita a livello accademico nel XIX secolo sembrano segnati da un'alternativa:

– o accettare definitivamente la frammentazione della disciplina in una serie di specialismi di alta qualità, come avviene già in molti Paesi (*Corporate Law*, *Banking and Finance Law*, *Competition Law*, *Intellectual Property Law*, *International Commerce Law* etc.); prospettiva probabile, e comunque dignitosissima;

– o riprendere e rilanciare la sfida lanciata più di un secolo fa dai fondatori della disciplina e concepire il diritto commerciale come una disciplina generalista, volta a delineare principi, norme e concetti generali del diritto delle imprese e dei mercati, costituenti parte integrante del diritto privato generale; e comprensiva anche (come avviene in altre discipline giuridiche, come diritto

[37] Per continuare con un esempio, direi che il *right of publicity* dell'individuo che decide di fare *merchandising* del proprio nome o della propria immagine merita di essere circondato di tutte le garanzie possibili a tutela della libertà del volere; lo stesso non può valere per i contratti di pubblicità stipulati dalle imprese che comprano o vendono spazi pubblicitari.

penale o diritto amministrativo) di una parte speciale, articolata per diversi settori economici.

Questa seconda prospettiva è poco probabile. Il nostro non è un tempo in cui alla giurisprudenza colta pervenga una domanda di grandi teorie da parte del potere pubblico (e tanto meno, ovviamente, da parte dei committenti privati). Il ripiegamento specialistico del diritto commerciale non è frutto di modesta qualità o di modeste ambizioni culturali dei suoi cultori, ma è un segno, fra i tanti, dell'evoluzione del diritto contemporaneo.

Ciò non toglie che il bisogno dell'azione razionalizzatrice delle dottrine giuridiche sia ancora attuale e sentito e, con ciò, la possibilità che una ripresa di vocazione generalista del diritto commerciale, in continuità ideale con il movimento di pensiero illustrato nel libro curato da Birocchi, possa essere riproposta dagli attuali cultori più giovani della disciplina, andando in controtendenza rispetto ai segni dei tempi che sopra richiamavo. Questo, malgrado tutto, rimane il mio auspicio.

Direi anzi, conclusivamente, che il punto non è quello della rivendicazione di un'autonomia della disciplina: il diritto delle imprese e dei mercati è comunque centrale nella vita contemporanea, ed è buona cosa che se ne occupino, come oggi correntemente avviene, anche cultori di discipline accademiche diverse dal diritto commerciale, come il civile o il costituzionale o l'amministrativo. Il punto centrale è quello di riuscire a professare, in una prospettiva generalista, una continuità di metodi di studio e un impegno costruttivo e riformistico del giurista, pari a quelli che avevano caratterizzato la grande stagione della dottrina giuscommercialistica italiana.

Due contributi di giuscommercialisti alla teoria generale del diritto

On the contributions of two commercial law scholars to the general theory of law

Mario Libertini

ABSTRACT

L'a. svolge una recensione parallela di due libri di teoria generale del diritto, scritti da affermati docenti di diritto commerciale. I due libri sono molto diversi nella loro struttura, ma, secondo l'a., sono accomunati da alcune idee comuni: la convinzione che il diritto abbia una base antropologica, che ne fa un sistema di regole sociali destinato primariamente a sostenere la coesione sociale, mediante la spontanea osservanza delle regole da parte degli individui; la convinzione che il diritto contemporaneo sia necessariamente complesso e perciò affidato all'attività di un ceto professionale di giuristi; la convinzione che l'attività dei giuristi non sia – e non debba divenire – un insieme di decisioni arbitrarie di controversie, ma debba fornire alle stesse soluzioni discrezionali ma non arbitrarie, sulla base di criteri accettati nel contesto socioculturale in cui il giurista si trova ad operare.

Parole chiave: teoria generale del diritto – diritto commerciale

The author carries out a parallel review of two books on the general theory of law, written by established professors of commercial law. The two books are very different in their structure, but, according to the author, they share some common ideas: the belief that law has an anthropological basis, which makes it a system of social rules intended primarily to support social cohesion, through the spontaneous observance of the rules by individuals; the belief that contemporary law is necessarily complex and therefore entrusted to the activity of a professional class of jurists; the belief that the activity of jurists is not – and should not become – a set of arbitrary decisions, but should provide discretionary, although not arbitrary solutions of controversies, based on criteria accepted in the specific socio-cultural context in which the jurist has to operate.

***Keywords**: general theory of law – commercial law*

SOMMARIO:

1. Premessa. – 2. Differenze e possibili analogie fra i due libri recensiti. – 3. L'*Elogio dell'approssimazione* di Giuseppe Terranova. – 4. Condivisione dello scetticismo moderato e

possibili sviluppi delle tesi di Terranova. – 5. *A che cosa serve il diritto* di Vincenzo Di Cataldo. – 6. La *pars construens* del libro di Di Cataldo. Un'osservazione: necessità di distinguere tra cultura della mediazione ed esigenza di giustizia predittiva. – 7. Condivisione delle idee di fondo del libro di Di Cataldo. – 8. I tratti comuni dei due libri: l'aspirazione verso una dottrina giuridica "alta" e il suo possibile anacronismo.

1. *Premessa.*

In una riflessione di qualche anno fa sulla storia del Diritto commerciale, ho tentato una periodizzazione, distinguendo tre stagioni.

Notavo infatti come, alle origini, vi sia una lunga, plurisecolare esperienza, in cui il diritto commerciale si è formato e sviluppato come *ius proprium* di un certo ceto sociale (*ius mercatorum*), applicato da corti formate da giudici "pratici", non accompagnato da una riflessione dottrinale volta a inquadrare la pratica applicativa in *regulae iuris* dotate di una dimensione "teorica" (che era, per secoli, quella del diritto comune romano-canonico).

Questa situazione cambia radicalmente nel corso dell'Ottocento. L'insegnamento di Levin Goldschmidt porta a valorizzare culturalmente l'esperienza giuridica che aveva creato una serie di istituti estranei alla tradizione romanistica, ma aventi un ruolo centrale nella vita economica costruitasi a seguito della rivoluzione industriale. A questo punto si forma in tutta Europa (in Italia soprattutto con l'insegnamento di C. Vivante) una generazione di giuscommercialisti accademici che ambisce a collocare la propria (e nuova) disciplina nei piani alti del sapere giuridico, ravvisando nell'esperienza formativa del diritto commerciale un complesso di metodi e di conoscenze che può svolgere un ruolo propulsivo ai fini dell'ammodernamento dell'intero sistema giuridico.

I giuscommercialisti della generazione di Vivante, e di quelle immediatamente successive, lanciano così una sfida all'egemonia della cultura giuridica di stampo romanistico e si impegnano non solo sul terreno dell'unità del diritto privato (ritenendo normale che il giuscommercialista si occupi direttamente di temi classificabili come di diritto privato generale o di diritto civile), ma anche sul terreno della costruzione dogmatica e su temi di metodo e di teoria generale.

A mio avviso, questa stagione si chiude con la prematura scomparsa di due grandi personalità, pur tra loro in contrasto: Tullio Ascarelli e Walter Bigiavi.

Dopo di loro, la disciplina, pur mantenendo una produzione dottrinale di qualità, è apparsa incline a ripiegare entro la gabbia dorata del tecnicismo e dello specialismo (anche nel senso della suddivisione interna della materia); e

pur con qualche eccezione (come, per esempio, Francesco Denozza o Francesco Galgano).

2. *Differenze e possibili analogie fra i due libri recensiti.*

Quasi a smentire questa mia ricostruzione, sono stati pubblicati negli ultimi anni, a distanza di poco tempo l'uno dall'altro, due libri di teoria generale del diritto scritti da giuscommercialisti affermati [1], dotati di una lunga esperienza di studi di diritto positivo, e che pure hanno avvertito il bisogno, nel momento della piena maturità della loro esperienza di studiosi vissuta all'interno della disciplina accademica del diritto commerciale, di esternare le riflessioni da loro maturate sulla teoria del diritto in generale.

Si tratta di due libri molto diversi fra loro: quello di Terranova è il frutto di un lungo dialogo interiore di un giurista positivo con le elaborazioni dei cultori di teoria generale e di filosofia del diritto e si rivolge al giurista colto, già uso ad interrogarsi sulle grandi questioni della filosofia e della metodologia giuridica. Quello di Di Cataldo è invece una autobiografia intellettuale più diretta, che volutamente prescinde da un dialogo esplicito con le teorie altrui ed espone immediatamente le conclusioni cui l'autore è giunto sui vari temi affrontati, con l'ambizione di tradurle in un testo divulgativo, atto a fare comprendere il funzionamento dei fenomeni giuridici anche al pubblico generale.

La lettura dei due libri fa sorgere, fra le altre, due domande: se, malgrado la profonda diversità strutturale, i due libri siano accomunati da qualche motivazione profonda comune; se i due libri rappresentino espressioni marginali, al di là della coincidenza temporale, nell'evolversi della disciplina, o invece rappresentino momenti di emersione di un bisogno culturale più profondo, che pervade la disciplina stessa nella sua interezza.

Un dato estrinseco, costituito dalla comune origine siciliana dei due autori (e, peraltro, anche dell'attuale recensore), potrebbe non essere casuale [2]; ma potrebbe anche fornire argomenti per risposte di segno opposto ai quesiti sopra segnati; il tema può essere quindi per ora accantonato.

---

[1] G. Terranova, *Elogio dell'approssimazione. Il diritto come esperienza comunicativa*, Pacini, Pisa, 2015; V. Di Cataldo, *A che cosa serve il diritto*, Bologna, Il Mulino, 2017.

[2] A questo dato attribuisce importanza, nell'ambito di una recensione elogiativa, G.B. Ferri, *Elogio dell'approssimazione e il pensiero di Giuseppe Terranova*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, 191 ss., che propone un collegamento fra il pensiero di T. e la "scontrosa malinconia" di Leonardo Sciascia.

3. *L'* Elogio dell'approssimazione *di Giuseppe Terranova.*

Poste queste premesse, si può passare a una rapida sintesi del contenuto dei due volumi, cominciando da quello di Terranova.

T. muove da una premessa filosofica, individuando due atteggiamenti dello spirito a cui attribuisce importanza essenziale per la comprensione del diritto: la *tolleranza,* come atteggiamento indispensabile per tenere coesa la società, e l'*approssimazione* (intesa come attitudine a procedere per tentativi ed errori, riconoscendo di potere avvicinarsi alla verità senza mai raggiungerla), come passaggio indispensabile di ogni progresso scientifico.

Su queste basi egli affronta il problema centrale della metodologia giuridica dell'ultimo secolo: da un lato, il superamento del positivismo legalistico rigido, che pretendeva di trovare nei testi di legge la risposta oggettiva ad ogni problema giuridico, attribuendo all'interpretazione un carattere propriamente cognitivo; dall'altro le tesi che, muovendo dalla constatazione della necessaria apertura del linguaggio normativo, portano ad attribuire al giurista/interprete un potere creativo sostanzialmente illimitato. Per T. è necessario seguire una via mediana: rifiutare il formalismo interpretativo assoluto senza per questo rinunziare al criterio della fedeltà ai testi normativi (poi ridenominato "fedeltà al sistema"); il problema centrale diviene dunque quello di limitare la discrezionalità interpretativa, al fine di evitare che le regole di funzionamento della vita civile siano affidate a decisioni assunte caso per caso, su basi equitative, cioè affidate al mutevole sentimento del singolo giudice.

Il superamento del dilemma non può fondarsi, secondo T., sullo scetticismo moderato di Hart, che distingue ampie zone di luce e limitate zone di "penombra" nei testi normativi; anzitutto perché questo orientamento non fornisce criteri per la soluzione dei "casi difficili", cioè per orientarsi nella penombra. Inoltre, e soprattutto, perché le stesse zone di luce del testo rappresentano un'entità problematica. Secondo T. anche l'interpretazione prettamente antiletterale è, eccezionalmente, ammissibile, quando vi sia un "consenso diffuso" e "argomentazioni particolarmente forti" (p.e. violazione di un principio, esigenza di evitare risultati assurdi).

La via d'uscita al problema della discrezionalità interpretativa è invece data, secondo T., dall'inquadramento del testo in un contesto sociale di riferimento. Ciò perché il diritto vive di una continua osmosi fra testo (percettivo) e contesto (fattuale). Occorre dunque riconoscere i legami tra fatti e decisioni, "*purché l'ordinamento nel suo complesso lo consenta, e purché ci si mantenga nei limiti… della ragionevolezza*".

È molto interessante il rilievo ulteriore, con cui T. coglie – in questa necessaria osmosi fra testo e contesto – le ragioni profonde dell'istituzionalismo

giuridico, inteso però in un'accezione debole, che "*si richiama al consenso e alla comunione di valori che l'interprete deve saper cogliere*" e, come tale, non va confuso con la consuetudine. In questo senso si può richiamare l'idea di Carlos Nino, che pone a base dell'ordinamento l'accettazione democratica di un certo sistema di potere.

T. può così affermare che "*il diritto non consiste in un insieme di espressioni linguistiche astratte, ma è un'esperienza comunicativa volta a indirizzare le condotte umane con tutti gli strumenti a disposizione*". L'antropologia giuridica ci ha portato a vedere il diritto non più come un sistema di norme, ma come un'attività volta a mettere ordine nella società. Il diritto in senso oggettivo non è un insieme di norme già date, ma un'opera in costruzione che si fa e si disfa continuamente: Le scelte ermeneutiche sono frutto di uno sforzo collettivo di meditazione e di mediazione, che porta a risolvere i conflitti secondo criteri di ragionevolezza.

In questa prospettiva giocano un ruolo determinante le tradizioni ermeneutiche. "*Il livello d'astrazione del testo dal contesto… dipende da una serie di fattori che connotano…una certa tradizione giuridica*". Ciò fa sì che i processi ermeneutici, per quanto teoricamente illimitati, non siano arbitrari.

Su questa base teorica, T. procede poi ad una ricognizione analitica e interessante degli "strumenti del giurista", cioè di quelle risorse concettuali e argomentative che danno continuità al discorso interpretativo collettivo e consentono di limitare la discrezionalità interpretativa del singolo giurista. In questa prospettiva sono analizzati i "linguaggi formalizzati" (in altre parole: i concetti giuridici definiti dalla teoria generale formale), le costruzioni della dogmatica giuridica (ritenute pur sempre strumento concettuale indispensabile), le tecniche argomentative diverse dalla dogmatica, tra le quali, in omaggio a una non dimenticata tradizione giuscommercialistica, una speciale attenzione è dedicata alla "natura delle cose": il ricorso alla natura delle cose è inteso come "*costruzione dello scenario al cui interno deve collocarsi la norma*".

L'esposizione di T. è completata da una ricca "Appendice", in cui gli enunciati di teoria e di metodo sono verificati mediante diverse applicazioni, che l'a. trae dalla sua esperienza giuscommercialistica. Si tratta di una parte di grande interesse, che illustra la dinamica del processo interpretativo, in cui la costruzione del significato del precetto avviene nel confronto con un contesto di saperi tecnici, esperienze fattuali e giudizi di valore che orientano l'attività dell'interprete (anche se questa chiara indicazione di metodo è un po' smarrita nei frequenti riferimenti alla disciplina dei titoli di credito, che T. tratta come se corrispondesse ad una realtà effettuale, mentre i mercati dei titoli cartacei sono ormai scomparsi da tempo).

Questa parte applicativa si chiude con due capitoli che potrebbero qualificarsi in termini di classica dogmatica concettuale, dedicati a temi di teoria generale delle obbligazioni.

4. *Condivisione dello scetticismo moderato e possibili sviluppi delle tesi di Terranova.*

Nel formulare un giudizio sul libro, devo dire subito che le tesi esposte da T. sono – a mio avviso – convincenti e non sollevano critiche di merito. Esse si muovono, anzi, su un terreno nel quale è facile ritrovarsi. L'impianto argomentativo ha una trama solida, anche se l'esposizione tende un po' alla asistematicità.

Si può aggiungere che le tesi di T. hanno – se mi è consentito dirlo – una solida cornice filosofica, che si inserisce nella grande tradizione del relativismo occidentale, critico verso le asserzioni di verità assoluta, ma fiducioso nell'impiego di una razionalità che, se pur limitata, costituisce un antidoto alle tentazioni dello scetticismo assoluto.

Una volta riconosciuto il valore del libro di T., possono solo formularsi due osservazioni (non vere e proprie critiche), che in qualche modo segnalano limiti e possibili sviluppi del ragionamento svolto.

La prima osservazione riguarda la non grande evidenza data alla presenza, nel dibattito teorico, di altri orientamenti di scetticismo moderato, più articolati di quello di Hart, espressamente criticato dall'a. Mi sembra che sia possibile collocare le proposte dell'a. in questo filone di pensiero, al quale possono ascriversi diversi contributi metodologici recenti (p.e. Velluzzi, Gentili, Pino)[3]. Punto centrale di questo orientamento, messo bene in luce dallo stesso T., è che le questioni interpretative presentano sempre margini di discrezionalità, ma non per questo possono essere risolte in modo arbitrario e irrazionale: il giurista si trova ad operare in un determinato contesto socioculturale ed economico e le soluzioni interpretative devono essere sempre scelte entro una gamma di risultati compatibili con i condizionamenti posti da quel contesto.

Nell'ambito di questo filone è importante la critica allo scetticismo radicale (in Italia rappresentato, per esempio, in alcuni scritti di Monateri), in quanto viziato da astrattezza e impraticabilità. Ancora più importante è il rilievo che questo filone di pensiero attribuisce ai giudizi di valore, visti come una componente essenziale del processo interpretativo. Da qui l'indicazione metodolo-

[3] Un particolare rilievo, in questo filone culturale, merita anche R. POSNER, *The Jurisprudence of Skepticism*, in 86 *Michigan Law Review*, 827 ss. [1988].

gica, su cui tanto insisteva Ascarelli, relativa all'esigenza di esplicitare i giudizi di valore che ispirano il risultato interpretativo e di coltivare la discussione razionale sul contenuto dei principi giuridici e sul loro confronto.

Questo rilievo si collega alla seconda osservazione che può muoversi, a mio avviso, al libro di T., e che è data dal limite dell'argomento storicistico, a cui T. sostanzialmente affida il suo programma metodologico volto a limitare la discrezionalità interpretativa e a garantire la continuità dell'ordinamento. Il riconoscimento del peso delle tradizioni culturali, nella giurisprudenza, è incontestabile: l'evolversi quotidiano del diritto sarebbe impossibile se non ci fosse il mutuo riconoscimento di argomenti e giudizi di valore nella trama comunicativa che costituisce il diritto. Però le tradizioni culturali sono soggette a continui mutamenti e ciò crea uno spazio ineliminabile per quelle che potremmo chiamare "ideologie giuridiche", cioè visioni complessive del mondo e del diritto, innestate di giudizi di valore che divengono criteri per l'azione.

Sotto questo profilo ci si sarebbe attesa una maggiore incisività delle riflessioni rivolte da T. al tema del contrasto fra diritto "spontaneo" e diritto "statale" (ma oggi si dovrebbe piuttosto dire "istituzionale", facendo riferimento alla realtà di ordinamenti multilivello, in cui viviamo); un contrasto che ha dominato il dibattito politico nell'ultimo quarto di secolo ed è stato dominato, in Italia, dalle teorie antistataliste di Paolo Grossi. Nei tempi più recenti, il dibattito ha assunto una piega più decisa nel contrasto tra fautori e avversari della c.d. creatività della giurisprudenza, ed è ormai divenuto un dibattito aperto anche all'interno della magistratura italiana, nelle motivazioni delle sentenze e nel dibattito dottrinale [4].

T. è contrario al primato del diritto giurisprudenziale, non perché questo non sia in grado di produrre certezza, ma per il difetto di legittimazione democratica della magistratura. Contestare l'interpretazione formalistica delle norme non significa passare da un modello di diritto legale a un modello di diritto giurisprudenziale.

Queste affermazioni, per me condivisibili, si muovono su una linea di giuspositivismo critico, di cui si sarebbe attesa una più convinta professione, sul piano ideologico. Il libro è, sotto questo profilo, troppo fedele al suo programma di elogio dell'approssimazione, sì che il suo messaggio centrale è sta-

[4] Mi riferisco – limitandomi a citare scritti di magistrati in attività – alle posizioni, nettamente contrastanti, espresse da A. LAMORGESE, *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro.* In *Questione Giustizia*, 4/2016; E SCODITTI, *Dire il diritto che non viene dal sovrano.* ibid. (favorevoli all'idea di creatività della giurisprudenza); e per contro, per la riaffermazione del primato della legge, L. NAZZICONE, *L'etica del giudice e la certezza del diritto. De secreto conflictu curarum mearum*, in *Giustizia civile.com*, 1/2018.

to anche interpretato, e non senza argomenti, come espressione di realismo giuridico [5].

Penso che il collegamento più deciso con correnti di pensiero già largamente presenti nella cultura giuridica contemporanea avrebbe rafforzato, e non indebolito, le argomentazioni e le scelte di metodo di T.

5. A che cosa serve il diritto *di Vincenzo Di Cataldo.*

Passando al contenuto del libro di V. Di Cataldo, ci si trova inseriti in una prospettiva completamente diversa: il diritto su cui si riflette non è quello di cui si discute nei libri di teoria giuridica, ma non è neanche quello del giurista "pratico", concentrato sui problemi dell'esercizio quotidiano della professione e dell'organizzazione della Giustizia. È piuttosto quello dell'esperienza giuridica concretamente vissuta da un giurista colto, che riflette, con tutto il suo bagaglio di cultura generale, sul presente e sul futuro di questa esperienza.

La prima parte della riflessione di D.C. si svolge in chiave antropologica e sociologica.

Osserva così D.C. che la necessità di superare il ricorso esclusivo alla forza per risolvere i conflitti si ritrova già in forme di ritualità animale (particolarmente istruttivi gli studi sui comportamenti dei grandi primati). *Homo sapiens* è andato oltre, inventando diversi tipi di regole comportamentali, tra cui fondamentali quelle religiose. In questo processo rimane sempre centrale l'esigenza primordiale di modellare effettivamente le condotte di individui e gruppi, sì da evitare fenomeni disgregativi dell'organizzazione sociale.

Osserva D.C. che anche l'organizzazione sociale odierna, pur così complessa, si regge pur sempre su un catalogo di regole comportamentali primordiali, che non è stato mai adeguatamente studiato (in effetti, i teorici del diritto naturale hanno avuto per la testa altri problemi).

Da qui l'appello di D.C. a che lo studio del diritto si apra ai contributi delle scienze naturali e che gli studiosi di scienze naturali ed umane si occupino di più del diritto [6].

---

[5] Cfr. S. MAZZAMUTO, *L'eclissi e l'antieclissi. A proposito di due libri recenti*, in *Europa e diritto privato*, 2016, 1133 ss. (ove il libro di T. è contrapposto, per il suo messaggio pacatamente ottimistico sulla continuità di funzionamento della giurisprudenza, al libro di Castronovo *L'eclissi del diritto civile*).

[6] Sul punto v. la riflessione di E. D'ALTERIO, *Recensione* al libro di D.C., in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 448, secondo cui l'assunto circa l'esistenza di regole primordiali innate dev'esse-

Poste queste basi, D.C. vede il diritto, come sistema distinto da altre regole sociali, come un adattamento evolutivo, affermatosi in modo indipendente in diverse civiltà antiche (appena accennato è, in D.C., l'omaggio rituale all'invenzione dello *ius* nella civiltà romana). La proprietà del diritto è quella di essere il risultato dell'elaborazione consapevole di gruppi sociali incaricati di porre ed applicare regole. Nelle organizzazioni sociali più evolute questi gruppi si arricchiscono di specializzazioni interne: così si creano una giurisprudenza e una dottrina, come entità distinte all'interno dell'esperienza giuridica.

A questo punto, la riflessione di D.C. si volge rapidamente al presente ed appare guidata – mi sembra – da due idee fondamentali: (*i*) che l'organizzazione complessa delle società odierne non può fare a meno di regole complicate e della funzione specializzata dei giuristi nell'applicazione di tali regole; (*ii*) che però, alla fine, il diritto è pur sempre un sistema di regole destinato, in primo luogo, a modellare i comportamenti volontari delle persone. In questo senso ritorna nel libro, retoricamente, la frase per cui "il diritto è di tutti e per tutti". E ritorna un'asserzione "classica", quella per cui un ordinamento può dirsi giuridico se è dotato di effettività, e come tale ogni ordinamento è sempre fondato su una regola sociale di riconoscimento (pregiuridica) di base.

Questi due temi vengono declinati da D.C. sotto diversi profili.

Un profilo ricorrente è quello dell'educazione giuridica diffusa [7]. La dimestichezza del cittadino medio con le regole giuridiche è una condizione facilitante l'osservanza spontanea delle stesse. Prendere sul serio le regole giuridiche presuppone anche un grado di consapevolezza su ciò che esse sono, su come si formano e sul diverso valore che possono avere. Significa anche fare entrare nel senso comune un'idea che è scontata nella mente del giurista colto, ma è controintuitiva per il cittadino medio: quella per cui i problemi giuridici sono suscettibili di soluzioni diverse, anziché di una soluzione certa (anche se, per D.C., la maggior parte dei problemi hanno soluzioni condivise *de plano*); e che tuttavia la pluralità di possibili soluzioni non trasforma la giurisprudenza in un insieme di arbitrî e di artifici retorici.

Un secondo profilo della riflessione si muove, in termini sintetici, su terreni

re trattato con cautela, perché espone al rischio di manipolazioni ideologiche nell'individuazione di regole giuridiche di valore assoluto.

Anche se questa non è una vera e propria critica al discorso di D.C., si tratta di una riflessione meritevole di massima attenzione.

[7] Questo appare, almeno a prima vista, il messaggio centrale trasmesso dal volume di D.C. V. p.e., in senso adesivo, P. MONTALENTI, *A che cosa serve il diritto?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 329 ss.

centrali della riflessione *mainstream* di teoria del diritto, e in particolare sui temi della produzione e dell'interpretazione delle norme giuridiche.

Sul primo punto, D.C. tende a sdrammatizzare il tema della moltiplicazione dei testi normativi, osservando che questo fenomeno è, in certa misura, ineliminabile in una società complessa come quella in cui viviamo e che, in buona sostanza, l'alluvione normativa non pone di solito problemi insuperabili di reperimento dei testi normativi vigenti a cui fare capo per risolvere determinati problemi.

Il problema più grave è piuttosto quello della qualità delle scelte normative. Osserva D.C. che la creazione di nuove leggi nasce spesso da un'emozione collettiva e dall'illusione che una nuova legge possa dare una risposta esauriente ad un certo bisogno, individuato a livello politico. In realtà, le norme, vecchie e nuove, sono sempre collegate fra loro e sono probabili effetti indesiderati delle riforme normative. In questo senso il ruolo dei giuristi colti, come tecnici delle norme e della loro combinazione, dovrebbe essere tenuto in maggior conto, all'interno dei processi legislativi.

Sul tema dell'interpretazione D.C., dopo avere affermato che essa è un momento ineliminabile dell'esperienza giuridica, riconosce che esistono diversi metodi, fra i quali non può disegnarsi una gerarchia stabile e logicamente cogente. Secondo l'a., il criterio primario di interpretazione è quello "funzionale" (cioè, se ben si intende, quello dell'interpretazione orientata ai risultati); ma nel processo interpretativo gli argomenti più diversi possono avere un posto legittimo: l'intenzione del legislatore storico ha un rilievo decrescente nel tempo, ma non può essere trascurata; anche la dogmatica può svolgere un suo ruolo; anche i giudizi di valore e le ideologie hanno il loro peso. Interessante è anche la riflessione sull'argomento letterale: questo non è un metodo di interpretazione, ma segna piuttosto un limite oltre il quale l'interprete non può andare.

6. *La* pars construens *del libro di Di Cataldo. Un'osservazione: necessità di distinguere tra cultura della mediazione ed esigenza di giustizia predittiva.*

L'ultima parte del libro di D.C. contiene una impegnativa *pars construens.* L'a. muove dalla sua idea di fondo, per cui il diritto serve a modellare i comportamenti volontari delle persone, mediante la formulazione di regole suscettibili di applicazione spontanea, e non a creare una serie di arcane conoscenze possedute in esclusiva dai giurisperiti. Tuttavia, si deve riconoscere che la crescita della socializzazione, che si vede nel nostro presente e nel nostro futuro

prossimo, fa prevedere un'ulteriore crescita delle regole di diritto che condizioneranno le vite delle persone (difficile pensare ad un incremento futuro di altri sistemi di regole).

Vi è dunque un'esigenza oggettiva – non un semplice auspicio – di crescita dell'osservanza spontanea delle regole di diritto. Ma questo, secondo D.C., non significa che sarà superata la funzione dei giuristi di professione. Questi dovranno, piuttosto, essere capaci di assecondare l'osservanza spontanea delle regole giuridiche e divenire tecnici della prevenzione e della composizione delle liti.

Il ricorso al giudice non può superare limiti quantitativi compatibili con un'organizzazione efficiente della giustizia. Sul piano della repressione, se le infrazioni superano una soglia critica e l'inosservanza delle regole si diffonde, le finalità di cooperazione dell'ordinamento giuridico sono frustrate. Sul piano delle liti civili, la soluzione giudiziaria è tendenzialmente "rozza", incapace di risolvere nel modo concretamente più appropriato il conflitto portato dinanzi al giudice. Il diritto moderno ha giustamente circondato l'operato del giudice di mille garanzie, che però impediscono l'adozione di rimedi duttili e penetranti. Perciò la decisione giudiziaria dà luogo, quasi sempre, ad una soluzione subottimale del conflitto.

Un rimedio non può esser dato dall'aumento dei costi della lite. Questo porterebbe ad una discriminazione fra cittadini. Il rimedio consiste, invece, nel portare quante più liti possibile fuori dai Tribunali. Con i numeri attuali, nessuna riforma della Giustizia può avere successo in Italia. L'unica soluzione possibile è dunque quella di sviluppare gli strumenti di composizione volontaria della lite.

Da qui la proposta finale di D.C.: la cultura dell'avvocato e l'educazione del giurista dovrebbero evolversi verso la fornitura di consulenza giuridica idonea a prevenire le liti o a comporle, qualora già insorte. La composizione, e non la decisione, è l'obiettivo verso cui ogni lite deve puntare. In tal senso dovrebbe orientare anche una corretta percezione degli interessi delle parti, che il professionista legale è chiamato a curare.

Su questa proposta finale mi sembra importante una precisazione, che credo non contrasti, al fondo, con il pensiero dell'a.

Se la composizione fosse fine da perseguire assolutamente, in ogni lite, ciò si tradurrebbe in una moltiplicazione infinita delle liti stesse, perché qualsiasi contestazione, anche se capziosa e opportunistica, darebbe a chi l'ha sollevata qualche *chance* di ottenimento di vantaggi. Un ordinamento giuridico giusto ed efficiente deve anche contemplare la possibilità che una controversia si concluda con la piena soccombenza di una delle parti e deve scoraggiare le liti temerarie. Di ciò D.C. è certo consapevole. Il suo auspicio è che il ceto dei

giuristi, assumendo piena responsabilità sociale, scoraggi le liti ed orienti gli interessi dei clienti verso soluzioni eque e prevedibili della controversia. In questo senso D.C. auspica un costume professionale in cui gli avvocati privilegino gli accordi rispetto alle sentenze e in tal senso orientino le scelte dei clienti. Tuttavia, D.C. aggiunge che "*è nel campo delle regole nuove, delle situazioni non sicure che il ruolo del giudice rimane probabilmente insostituibile*" (e con esso, si può aggiungere, quello del giurista *litigator*).

Se questo è il pensiero di D.C., credo che esso si possa tradurre non tanto come un'apologia della composizione (mediazione) delle liti come valore in sé, ma piuttosto come un auspicio di sviluppo di quella che oggi si usa chiamare giustizia "predittiva", cioè di uno strumentario che, mediante l'elaborazione dei dati ricavabili dal diritto applicato, sia in grado di formulare una attendibile previsione sull'esito di una controversia delineata, ma non ancora assurta a livello giudiziale. L'attendibilità della previsione diviene poi una forte ragione per chiudere rapidamente la controversia senza chiedere l'intervento del giudice.

La giustizia predittiva richiede servizi giuridici diversi da quelli della mediazione: non si tratta di individuare un ragionevole punto di transazione, ma di formulare un'ipotesi realistica di decisione, il cui esito può anche essere interamente favorevole ad una sola delle parti. Il servizio richiesto non è quello di un tecnico della mediazione, bensì quello di un tecnico specialista nella materia giuridica in cui è sorta la controversia, in grado di formulare una valutazione simile a quella di un parere *pro veritate* ricognitivo (che sia veramente tale, e non un parere *pro parte* mascherato). L'apporto umano, in questa fase, potrà essere poi sostituito – come da tante parti oggi si propone – da macchine intelligenti, una volta che siano loro fornite banche dati sufficientemente ampie, da elaborare, ed algoritmi appropriati.

Che l'organizzazione giuridica del nostro tempo, caratterizzato da *big data* e rivoluzione digitale, debba evolversi in questo senso e sottoporre al giudice solo controversie non seriali e casi "difficili", è osservazione – a mio avviso – facilmente condivisibile. L'esperienza dimostra che le parti interessate, a fronte di attendibili decisioni predittive, sono inclini all'osservanza spontanea delle indicazioni ricevute. Lo dimostra il successo dell'attività svolta dall'Arbitro Bancario Finanziario, le cui "decisioni non vincolanti" possono essere considerate come una forma di giustizia predittiva affidata alla valutazione di giuristi specialisti indipendenti (l'ABF, appunto, fornisce strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, ma non è un "mediatore"): tali decisioni sono osservate spontaneamente dalle banche nella stragrande maggioranza dei casi. L'accesso al giudice diviene, in questa prospettiva, l'ultima *ratio*, di fronte a problemi nuovi o in situazioni in cui una parte intenda sostenere la necessità di

un cambio di giurisprudenza. Probabilmente, i tempi sono maturi perché, in generale, la fase propriamente contenziosa sia normalmente preceduta da una fase di giustizia predittiva che, in un futuro più o meno prossimo, potrà essere attuata mediante (proposte di) decisioni robotiche.

Perché questo modello virtuoso possa affermarsi occorre però che vi sia una giurisprudenza di legittimità in grado di fornire certezze (ciò che la nostra Cassazione, attualmente, spesso non è in grado di fare) ed un ceto professionale disposto ad orientare i propri servizi nella direzione prioritaria della risoluzione stragiudiziale delle liti. Su quest'ultimo punto, la posizione di D.C. mi sembra troppo ottimistica [8]: egli ritiene che sia possibile operare per una modifica radicale dell'educazione del giurista e che una spinta in tal senso possa essere data dalla percezione che le parti interessate dovrebbero avere dei loro reali interessi. In realtà, un'analisi economica molto semplice porta al risultato che un sistema giuridico caratterizzato da un elevato livello di certezza e da un'ottima giustizia predittiva comporterebbe una riduzione dei redditi complessivi del ceto professionale dei giuristi, rispetto a quanto essi possono ricavare in un sistema caratterizzato da molte incertezze e da molte liti.

Realisticamente, non è plausibile che l'educazione del giurista, che è fatta da giuristi, normalmente impegnati in attività professionali, smetta di privilegiare la dimensione litigiosa nella rappresentazione dell'esperienza giuridica. A mio avviso, una modifica radicale, come quella auspicata da D.C., potrebbe essere il risultato o di una scelta politica volta a sostenere l'affermazione di sistemi di giustizia predittiva o dalla crescita (che, per ora, si intravvede soltanto) di imprese fornitrici di servizi giuridici, in grado di elaborare *Big Data* e fornire servizi attendibili di giustizia predittiva; o da una combinazione dei due fenomeni.

7. Condivisione delle idee di fondo del libro di Di Cataldo.

La valutazione di un libro dalla struttura originale, come quello di D.C., non è semplice, perché deve misurarsi con lo scopo che esso si pone. Il libro non si presenta come una monografia "scientifica"; è infatti privo di citazioni e, per ogni problema affrontato, va subito alla conclusione e non si preoccupa di informare il lettore sullo "stato dell'arte". Il libro sembra dettato soprattutto dall'urgenza di trasmettere un messaggio forte (non a caso, il titolo è assertivo

[8] V. però, in senso adesivo alle indicazioni di D.C. e per la concreta possibilità dell'evolversi delle professioni giuridiche sempre più nella direzione della consulenza preventiva, P. MONTALENTI (nt. 7).

e non contiene il punto interrogativo, che sarebbe stato più consono allo stile comunicativo standard di questi tempi). L'a. ha pensato di scrivere un'opera divulgativa, destinata a far comprendere l'indispensabilità di un patrimonio di base di nozioni giuridiche condivise da tutti i cittadini, per consentire il buon funzionamento della vita sociale.

Se è così, lo scopo probabilmente non può dirsi realizzato: non credo che il non-giurista possa, dopo la lettura del libro di D.C., avere idee più chiare su come le norme giuridiche modellano la vita sociale, e tanto meno sui principi e concetti giuridici fondamentali, che, nella tesi dell'a., dovrebbero essere patrimonio comune di ogni cittadino.

In realtà, il libro contiene la riflessione di un giurista colto, rivolta ad altri giuristi colti, incentrata, come si è detto, su un messaggio forte: il diritto è uno strumento necessario (e, oggi, il principale) per mantenere la coesione sociale, e la sua funzione è quella di guidare la condotta delle persone e non di alimentare i repertori di giurisprudenza. Il diritto serve dunque a prevenire non solo l'uso della violenza privata – come sempre si è insegnato, nelle prime pagine dei manuali di diritto – ma anche il ricorso al contenzioso giudiziario, che dovrebbe essere considerato come *extrema ratio*.

Si tratta di un'idea suggestiva, che non può lasciare indifferenti. È da temere, però, che nelle discussioni correnti la sua importanza sia trascurata, anche perché, per una scelta comunicativa dell'a., essa è presentata con un tono che non mette in evidenza il carattere dirompente della proposta culturale formulata; e il contrasto che essa determina con basi radicate della esperienza giuridica occidentale.

Personalmente trovo che le conclusioni di D.C., con le precisazioni che ho cercato prima di esprimere, siano da condividere e debbano costituire un punto di partenza per ulteriori riflessioni sull'organizzazione giuridica presente e futura.

8. *I tratti comuni dei due libri: l'aspirazione verso una dottrina giuridica "alta" e il suo possibile anacronismo.*

Al fine di formulare qualche riflessione conclusiva, è da chiedere se, fra i due libri recensiti, pur così diversi, ci sia un percorso comune. Apparentemente, più no che sì. Eppure, ci sono tratti comuni del ragionamento, che possono indurre a pensare che i due libri siano fra loro complementari e non privi di comunicazione.

In ambedue i libri vi è infatti una traccia condivisa: la convinzione che il diritto abbia una base antropologica, che ne fa un sistema di regole sociali destinato primariamente a sostenere la coesione sociale, mediante la spontanea

osservanza delle regole da parte degli individui; la convinzione che il diritto contemporaneo sia necessariamente complesso e perciò affidato all'attività di un ceto professionale di giuristi; la convinzione che l'attività dei giuristi non sia – e non debba divenire – un insieme di decisioni arbitrarie di controversie, ma debba fornire alle stesse soluzioni discrezionali ma non arbitrarie, sulla base di criteri accettati nel contesto socioculturale in cui il giurista si trova ad operare.

Questa traccia è sviluppata dai due autori, evidentemente, in termini molto diversi.

Per T. la riflessione antropologica e sociologica è solo un esile spunto, dal quale si giunge rapidamente all'autocoscienza del giurista colto nel mondo di oggi. Tutta la sua riflessione si muove sul terreno di problemi che hanno dato luogo a ricche riflessioni teoriche e la sfida dell'a. è quella di cimentarsi, con ammirevole consapevolezza ed erudizione, in queste dispute, e formulare sulle stesse proposte di soluzione serie e meditate. Anche nell'Appendice, ove vengono trattati temi di diritto positivo, T. chiaramente predilige argomenti sui quali si sono sviluppate ricche e complesse discussioni dottrinali, che vengono affrontate con lo stesso stile che è stato dedicato ai problemi di teoria generale. C'è in questo approccio il fascino innegabile del muoversi su dispute intellettuali già ricche di contenuti, ma anche un rischio: quello di privilegiare problemi del passato (si veda l'attenzione dedicata da T. alla teoria dei titoli di credito) e di trascurare temi più attuali del diritto dell'impresa e dei mercati. Rimane in ogni caso, al fondo, un messaggio forte di fiducia nei compiti della dottrina giuridica e nella sua capacità di contribuire allo sviluppo razionale del diritto.

D.C. dilata invece la riflessione iniziale di carattere antropologico e sociologico e percorre poi rapidamente il vasto mondo delle dispute dottrinali, sia quelle di teoria generale sia quelle di diritto positivo. La sua attenzione è dedicata soprattutto al funzionamento del diritto vivente e alle ragioni che rendono questo, oggi, insoddisfacente – si direbbe – sia sul piano dell'equità sia sul piano dell'efficienza. L'urgenza di questi temi porta a mettere tra parentesi le discussioni teoriche su cui è incentrato il libro di T.; credo che D.C. ci dica, implicitamente, che le stesse possono smarrire il loro significato se l'ordinamento si evolve verso un'esperienza di moltiplicazione di contenziosi dagli esiti incerti e di tolleranza verso la violazione di norme di condotta [9].

[9] Sull'importanza centrale di questo punto, e sulla necessità di privilegiare, nelle riflessioni relative, la prospettiva istituzionale, mi permetto di richiamare M. LIBERTINI, *Nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti – Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, a cura di G. Grisi, Napoli, Jovene, 2019, 21 ss.

Nel segnalare l'urgenza di questo tema e l'esigenza di trasformazioni profonde della cultura giuridica, D.C. torna così a manifestare una vena di riformismo radicale, che anni fa lo aveva spinto a proporre una incisiva riforma degli studi giuridici in Italia [10], purtroppo rimasta a livello di auspicio.

Devo confessare che mi sento più vicino all'inquietudine di D.C. che al saggio ottimismo della riflessione di T. (ferma restando la permanente importanza dei temi da lui trattati e la validità delle tesi metodologiche sostenute).

E però ritengo che D.C. sbagli nel rifiutare un dialogo espresso con storici e filosofi del diritto. In fondo, gran parte della sua riflessione può tradursi nell'impiego di argomenti selezionati fra quelli che sono compresi nell'arsenale della filosofia del diritto contemporanea. Del resto, D.C. sa bene che non è possibile recidere i fili che ci legano con le idee circolanti attorno a noi e nel nostro passato, e che la consapevolezza di questi legami con la storia delle idee può spesso chiarirci le ragioni profonde delle nostre opinioni; ed anche rafforzare le argomentazioni a sostegno delle stesse. Anche sulla proposta finale di contenimento del contenzioso, vengono alla mente collegamenti che potrebbero non essere meri riferimenti eruditi: dall'antica tradizione dello *ius mercatorum* [11], alle riflessioni attuali di chi vede, nello strapotere delle Corti giudiziarie, un sintomo di declino della democrazia americana [12].

Il riferimento all'attualità mette in luce, in fondo, un limite delle proposte finali di entrambi gli autori. Rivendicare un ruolo alto della dottrina giuridica, o addirittura un cambiamento radicale dei paradigmi fondamentali della cultura giuridica, è affascinante, ma richiederebbe anche di misurarsi con una realtà che sembra andare in direzioni diverse, e sulle ragioni di ciò. Una dottrina giuridica alta può esistere se l'ambiente sociale e politico esterno esprime una domanda di dottrine autorevoli e precise, il cui riconoscimento socioculturale contribuirebbe a deflazionare il contenzioso. In questo auspicio può vedersi un

---

Probabilmente nella stessa direzione possono leggersi anche le osservazioni di E. D'ALTERIO (nt. 6), 448 ss.

[10] V. DI CATALDO, *Appunti per una riforma della Facoltà di giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, V, 1 ss. In questo scritto D.C. proponeva, fra l'altro, una riduzione dello spazio dedicato al diritto romano (da trasformare in storia della giurisprudenza romana e romanistica), una normalizzazione dei corsi storici e filosofici, l'introduzione di uno studio istituzionale delle scienze sociali.

[11] C. PETIT, *Historia del derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2016, cap. I, mette in luce come, per secoli, la cultura mercantile considerasse il ricorso al giudice (pur sempre corporativo) come un esito inopportuno di un contrasto che si sarebbe dovuto risolvere con gli strumenti della solidarietà corporativa; e come, in ogni caso, il giudizio mercantile fosse tendenzialmente equitativo.

[12] F. FUKUYAMA, *Political Order and Political Decay*, New York, Farrar, 2014, 467 ss.

filo ideale che, al di là delle apparenze, collega i due volumi. Ma il punto è che oggi una domanda di dottrine di tale genere non sembra provenire né dai decisori politici né dagli interessi economici forti.

La stessa attenzione, che nel libro di D.C. è dedicata alle radici antropologiche e sociologiche dell'esperienza giuridica, dovrebbe essere dedicata alla collocazione del diritto attuale nel contesto sociologico e politologico delle società occidentali e nella generale percezione di indebolimento dell'ordine politico di queste.

Una riflessione conclusiva induce a riprendere un punto accennato all'inizio: come si collocano i due libri recensiti nel quadro della dottrina giuscommercialistica italiana? Apparentemente, anche qui vi è molta differenza fra loro: T. ci tiene a sottolineare la sua appartenenza disciplinare, richiamando i temi di studio a cui si è dedicato nella sua carriera, anche se poi si astiene da intervenire su temi di più pressante valore economico e politico; D.C., invece, non accenna neanche a temi di diritto commerciale positivo, e scrive esclusivamente da giurista generalista. In ambedue i casi, si tratta però di libri che hanno in comune l'aspirazione ad andare oltre l'esperienza di studio specialistica e che si collegano così a quell'ambizione, che fu propria della grande stagione della dottrina giuscommercialistica italiana, di muovere dall'esperienza di studio di temi centrali nella nostra vita sociale (il diritto commerciale come "diritto del capitalismo") per andare oltre e farsi pionieri della modernizzazione di tutta la cultura giuridica.

La lettura dei due libri mi ha fatto venire in mente una frase di un Grande dell'Ottocento: "*Le aspirazioni elevate, anche se sono rimaste incompiute, portano con sé maggior pregio di quelle basse, pienamente compiute*" [13]. Questo pregio dev'essere riconosciuto ad ambedue i libri recensiti, insieme al merito di aver tenuto vivo un profilo elevato della tradizione disciplinare.

[13] W. GOETHE, *Massime e riflessioni*, Milano, *Il Sole 24 Or*e, 2014, 73.