

SCELTA DEL RIMEDIO ALLA CRISI TRA DISCREZIONALITÀ E RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI (UNA POSTFAZIONE)*

RAFFAELE DEL PORTO

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Uno sguardo al passato; 3. Il nuovo diritto della crisi; 4. La composizione negoziata della crisi e gli strumenti di regolazione; 5. La discrezionalità della scelta; 6. La responsabilità; 7. Il sindacato sull'operato degli amministratori. Le azioni di responsabilità e la denuncia ex art. 2409 c.c. (ora 2396 quater c.c.); 7.1. Le azioni di responsabilità; 7.2. Il ricorso ex art. 2409 c.c. (ora art. 2396 quater c.c.); 8. Conclusione.

1. Premessa

Il volume di Stefano Ambrosini è - credo - il primo tentativo di “risistemare” la materia dell'amministrazione e dei controlli nella società per azioni dopo il decreto correttivo del codice della crisi del 2024 e il decreto capitali del 2026, non risultando, a valle di queste riforme, lavori “monografici” dedicati specificamente al tema.

Dico subito - e confido i lettori ne converranno - che si tratta di un tentativo riuscito da almeno due punti di vista.

Il primo consiste nell'offrire un quadro, se non esaustivo, certamente piuttosto completo e alquanto accurato delle numerose problematiche sul tappeto.

* Il presente contributo è destinato a essere pubblicato come postfazione del volume di Stefano Ambrosini, Amministrazione, controllo e responsabilità nella società per azioni, di imminente pubblicazione (editrice UTET Giuridica).

Il secondo attiene all'inclinazione ad esaminare le varie fattispecie societarie anche (se non soprattutto) con la lente del "concorsualista": tanto più necessaria oggi che l'ordinamento italiano, come del resto quelli di altri Paesi, sono caratterizzati da sempre più rilevanti interferenze tra diritto societario e diritto della crisi: al punto che l'Autore allude, a mio avviso correttamente, a una progressiva "concorsualizzazione" della disciplina delle società di capitali.

Ma nella trattazione l'Autore non ha neppure trascurato le nuove e stimolanti "frontiere" del dibattito, dall'impresa algoritmica all'economia comportamentale.

I rilievi che seguono, collocati in ottica più "tradizionale" rispetto a tali recenti sviluppi, si pongono in linea con le tematiche affrontate nel libro ed anche dalla lettura di esso hanno in una certa misura tratto spunto.

2. Uno sguardo al passato.

Il nuovo diritto della crisi che va assestandosi a seguito della definitiva entrata in vigore del decreto legislativo 14/2019, anche all'esito di alcuni importanti interventi correttivi, è distante anni luce dal vecchio diritto fallimentare.

Il sistema delineato dalla legge del 1942, rimasta sostanzialmente immutata sino alla metà degli anni 2000¹, era essenzialmente diretto, come noto, a regolare il fenomeno dell'insolvenza (irreversibile) dell'imprenditore, individuando nella dichiarazione di fallimento il trattamento naturale per l'impresa decotta, destinata, nella maggior parte dei casi, alla definitiva eliminazione dal mercato.

L'imprenditore insolvente veniva quindi, di norma, dichiarato fallito e gli era concesso di evitare l'onta di tale dichiarazione

¹ Nell'inerzia pressoché totale del legislatore, le principali modifiche alla legge fallimentare sono dovute, nei primi sessanta anni di vita della legge, alle numerose pronunce della Corte costituzionale, intervenuta tuttavia, soprattutto, su norme di carattere processuale, dichiarate illegittime perché in contrasto con la nuova concezione del diritto di difesa coerente al dettato costituzionale.

proponendo, ove ne sussistessero i presupposti, un concordato preventivo “*fino a che il suo fallimento non è dichiarato*”.

Tale soluzione aveva però carattere chiaramente eccezionale e risultava praticabile solo là dove fossero sussistenti tutti i presupposti di natura soggettiva e oggettiva previsti dalla legge, la cui verifica era affidata al controllo officioso – assai penetrante – del tribunale, quale forma pressoché esclusiva di eterotutela dei creditori².

La legge fallimentare del 1942 prevedeva anche il diverso istituto della amministrazione controllata (artt. 187-193), riservato agli imprenditori che si trovassero “*in temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni*” (c.d. illiquidità temporanea) qualora vi fossero “*comprovate possibilità di risanare l’impresa*”; si trattava però, anche in questo caso, di uno strumento di natura eccezionale, utilizzato nella pratica non di frequente e spesso, a conferma della scarsa propensione del ceto imprenditoriale alla tempestiva adozione di adeguate misure di contrasto alla crisi, in modo assai improprio.

Il sistema delineato dalla vecchia legge fallimentare si disinteressava quindi, in sostanza, delle sorti dell’impresa sino a quando questa non fosse divenuta insolvente e poi, al verificarsi dell’insolvenza, reagiva nel modo più severo.

La dichiarazione di fallimento comportava difatti conseguenze estremamente afflittive per l’imprenditore (che, privato dell’amministrazione e disponibilità dei suoi beni, subiva gravi incapacità anche di natura personale) e, sul fronte opposto, per gli stessi creditori, esposti al rischio di esercizio di pesanti azioni revocatorie da parte della curatela.

È significativo d’altronde che il primo intervento normativo che dà il via al lungo percorso di riforma “a tappe” della vecchia legge fallimentare (d.l. 35/2005) intervenga proprio su questi due temi ritenuti particolarmente sensibili: il legislatore, da un lato, allarga le maglie di accesso alla procedura di concordato

² A conferma di una sorta di monopolio statale in tema gestione, anche concordata, dei fenomeni di insolvenza.

preventivo (e riduce al contempo l'area dei controlli officiosi affidati al tribunale), rendendo in tal modo più agevole l'accesso alla soluzione alternativa alla dichiarazione di fallimento³; dall'altro, provvede al notevole depotenziamento dell'azione revocatoria fallimentare (dimezzando, in sostanza, il periodo sospetto e introducendo numerose ipotesi di esenzione).

Il d.l. 35/2005 avvia, in altre parole, l'opera di progressiva demolizione del vecchio sistema concorsuale, intaccando la centralità della soluzione fallimentare e valorizzando quella concordataria, ritenuta preferibile per la sua natura volontaria (ossia affidata alla iniziativa esclusiva del debitore) e a forte connotazione negoziale.

Il notevole depotenziamento dell'azione revocatoria fallimentare riduce poi, inevitabilmente, la convenienza della soluzione fallimentare rispetto alle altre disponibili (via via incrementate).

Le tappe successive della riforma introducono importanti elementi di novità nella disciplina diretta a regolare la crisi o l'insolvenza dell'impresa.

A differenza del passato, ove anche gli strumenti alternativi alla dichiarazione di fallimento erano essenzialmente diretti alla definizione dei rapporti di debito-credito dell'imprenditore e si riducevano, nella maggior parte dei casi, a mere forme di liquidazione "concordata" del suo patrimonio, i nuovi strumenti perseguono l'obiettivo di salvaguardare – ove possibile – la prosecuzione dell'attività di impresa, privilegiando soluzioni che prevedano la continuità aziendale, diretta o indiretta.

3. Il nuovo diritto della crisi.

Il nuovo diritto della crisi è distante anni luce, come detto, dal vecchio sistema fallimentare.

Il legislatore interviene, in primo luogo, sull'art. 2086 c.c., modificandone la rubrica (che, significativamente, da "direzione

³ È bene ricordare che il decreto consente, fra l'altro, l'accesso al concordato anche all'imprenditore "che si trova in stato di crisi".

e gerarchia nell'impresa" evolve in "gestione dell'impresa") e introduce il nuovo secondo comma, col quale sistematizza, in sostanza, l'obbligo per tutte le imprese che operino in forma societaria o collettiva di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, e ciò anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale.

Segue l'ulteriore obbligo 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.

Il chiaro dettato dell'art. 2086 c.c. trova puntuale specificazione nel disposto dell'art. 3 CCII

Nel peculiare contesto della disciplina della crisi, anche l'imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte e, come è stato correttamente osservato, tali misure sono – inevitabilmente – misure organizzative (presidi), eccedenti la sfera delle capacità personali dell'imprenditore, specificamente funzionali, in questo caso, all'intercettazione tempestiva della crisi.

Quanto agli imprenditori collettivi, l'art. 3, 2° comma, CCII stabilisce che l'obbligo di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa è finalizzato alla *"rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale"* e alla *"assunzione di idonee iniziative"*⁴.

Il terzo comma dell'articolo in esame indica poi gli obiettivi più specifici cui devono tendere le misure e gli assetti contemplati (per l'imprenditore individuale e per le imprese collettive) dai due commi precedenti e ciò al fine di *"prevedere tempestivamente l'emersione della crisi d'impresa"*.

⁴ Formula questa più ampia di quella contemplata dall'art. 2086 c.c.

Il nuovo sistema del diritto della crisi persegue pertanto, come anticipato, obiettivi del tutto diversi da quelli fissati dal legislatore del 1942.

L'imprenditore deve dotarsi di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile, anche finalizzato all'intercettazione tempestiva della crisi⁵, deve monitorare costantemente l'andamento dell'attività aziendale e, una volta intercettati segnali di crisi, deve attivarsi senza indugio per reagire in modo adeguato, avvalendosi, preferibilmente⁶, di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e per il recupero della continuità aziendale.

Il sistema delineato dal codice della crisi impone quindi all'imprenditore nuove regole di condotta ed è questa la principale novità introdotta dal codice, come nel volume di Ambrosini non si manca di porre puntualmente in rilievo: novità che non esaurisce la propria portata sul piano meramente giuridico, assumendo una precisa valenza di carattere anche culturale.

Nella visione del legislatore della riforma lo stato di crisi, comunque patologico, merita la più attenta considerazione, costituendo una minaccia non remota per qualsiasi impresa anche sana.

Si tratta quindi di uno stato che non può essere ignorato (o peggio ancora occultato), ma che va rilevato tempestivamente e altrettanto tempestivamente affrontato.

Ed è questo l'unico atteggiamento corretto, idoneo ad evitare che situazioni di crisi (o anche di mera pre-crisi), colpevolmente o intenzionalmente trascurate, possano degenerare in vera e propria insolvenza, con conseguenze esiziali per l'impresa.

Vi potranno essere poi, come ovvio, fenomeni di crisi irreversibile, insuscettibili di adeguato contrasto (e perciò di

⁵ Tra i molti M. Onza, *"Gestione sostenibile", "adeguati assetti" e (una notazione su) "interesse sociale": spunti di riflessione*, in S. Ambrosini (a cura di), *Assetti aziendali, crisi d'impresa e responsabilità della banca*, Pisa, 2023, 11 ss.

⁶ Confronta nota 4.

superamento), ma in questi casi sarà ancor più necessario intercettare tempestivamente la crisi e adottare le iniziative – pur drastiche – indispensabili per evitare che la indebita prosecuzione dell’attività di impresa comporti la maturazione di ulteriori, inevitabili perdite e perciò, in definitiva, l’inutile (o meglio dannosa) distruzione di ricchezza.

È questo il motivo che induce a ribadire la portata anche “culturale” delle novità introdotte dal codice: un’impresa anche sana e gestita in modo competente può incappare in situazioni di crisi e tale delicata fase della vita dell’impresa non può essere sottovalutata; di certo, non può essere occultata, quasi fosse un qualcosa di cui vergognarsi, un’ammissione della incapacità gestoria dell’imprenditore.

Questi deve, al contrario, intercettare tempestivamente i segnali di crisi e reagire in modo tempestivo e adeguato, coinvolgendo nell’azione di contrasto alla crisi gli eventuali controinteressati (in primo luogo i creditori), operando nell’interesse prioritario degli stessi “*durante i procedimenti*” (art. 4, 2° comma, lettera c), CCII: previsione su cui l’Autore del libro si diffonde in modo particolare), o nel loro interesse prevalente nella situazione contemplata dall’art. 21, 1° comma, CCII; in ogni caso, senza pregiudicare ingiustamente i loro interessi come stabilito dall’art. 16, 4° comma, CCII

I creditori e tutti i soggetti interessati alla regolazione della crisi e dell’insolvenza devono, dal loro canto, prestare la loro leale collaborazione al debitore, all’esperto nominato nella composizione negoziata e agli organi nominati dall’autorità giudiziaria o amministrativa.

Va perciò ribadito come il nuovo scenario delineato dal legislatore risulti del tutto incompatibile con condotte imprenditoriali registrate (ahimè di frequente) nel passato anche recente, ove imprese decotte, irreversibilmente incapaci di generare reale ricchezza, hanno proseguito indebitamente la loro attività e maturato ulteriori consistenti perdite (spesso occultate), determinando in tal modo la progressiva erosione del loro patrimonio, sino a renderlo assai spesso addirittura negativo, con

conseguente irrimediabile compromissione degli interessi dei creditori e degli ulteriori *stakeholders*.

4. La composizione negoziata della crisi e gli strumenti di regolazione.

L'imprenditore deve, come detto, reagire "senza indugio" ai segnali di crisi e adottare le opportune iniziative di contrasto, avvalendosi – preferibilmente – di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale.

L'imprenditore dispone a tal fine di un numero di strumenti (in senso lato) assai ampio.

Può avvalersi, in primo luogo, dell'istituto della composizione negoziata della crisi, introdotto dal d.l. 118/2021 e poi recepito nel corpo del CCII con il d.lgs. 83/2022.

Si tratta, come noto, di un istituto (non di un vero e proprio strumento di regolazione della crisi) caratterizzato da volontarietà, natura stragiudiziale e riservatezza, finalizzato al risanamento dell'impresa, che consente all'imprenditore di trattare con i creditori e con eventuali altri soggetti interessati con l'ausilio dell'esperto nominato a tal fine dalla commissione contemplata dall'art. 13, 6° comma, CCII

L'imprenditore può, in alternativa, ricorrere a un vero e proprio strumento di regolazione della crisi, attingendo alle numerose soluzioni offerte dal codice (piano attestato di risanamento, accordi di ristrutturazione, anche ad efficacia estesa, convenzione di moratoria, piano di ristrutturazione soggetto a omologazione e concordato preventivo).

L'imprenditore può infine decidere di affrontare la crisi senza ricorrere alla composizione negoziata o a uno strumento di regolazione, avvalendosi degli ordinari mezzi negoziali; soluzione questa che consentirà un verosimile risparmio di costi (soprattutto professionali), impedendo tuttavia all'imprenditore di avvalersi delle specifiche opportunità – anche protettive – offerte dai vari strumenti contemplati dall'ordinamento.

L'imprenditore in crisi deve perciò operare necessariamente una scelta, dovendo individuare la modalità più adeguata di contrasto alla crisi.

Si tratta, a mio avviso, di una scelta tipicamente gestoria, sindacabile in sede di valutazione dell'eventuale responsabilità nel rispetto dei noti limiti della c.d. *business judgement rule*. Istituto, questo, a cui viene dedicata grande attenzione nel volume di Ambrosini, sin dalle pagine del primo capitolo, ove si rinvencono anche interessanti notazioni di carattere comparatistico.

E ciò tenendo fermo che la crisi si affronta e si supera mediante le opportune iniziative gestorie, dirette a ripristinare, là dove sia concretamente possibile, la naturale redditività dell'impresa (realizzando al contempo le risorse necessarie per la soddisfazione – almeno parziale – dei creditori anteriori) e che la scelta dello strumento di regolazione della crisi più adeguato costituisce solo uno degli elementi della complessiva strategia imprenditoriale; elemento di sicura importanza, ma che da solo non potrà, nella maggior parte dei casi, risultare decisivo.

5. La discrezionalità della scelta.

Sulla scorta delle considerazioni appena svolte, va quindi ribadito che l'elaborazione della strategia di contrasto della crisi, comprensiva della scelta dell'eventuale strumento di regolazione, ha natura tipicamente gestoria e risulta caratterizzata da inevitabili margini di discrezionalità.

Gli amministratori dovranno infatti valutare comparativamente vantaggi e svantaggi propri di ciascuno degli strumenti offerti dall'ordinamento, considerando non solo le opportunità offerte da ciascuno di essi, ma anche i relativi costi, godendo dell'ampio margine di libertà d'azione loro assicurato dal disposto dell'art. 120 *bis* CCII

L'elevato grado di specializzazione richiesto dalla disciplina della crisi d'impresa renderà poi necessario il ricorso a

collaborazioni professionali adeguate, gravando sugli amministratori la responsabilità per le relative scelte.

Gli amministratori potranno infine decidere, come accennato, di affrontare la crisi senza fare ricorso alla composizione negoziata della crisi o a uno strumento di regolazione, scelta anche questa che deve ritenersi sicuramente ricompresa nell'ambito della discrezionalità gestoria.

6. La responsabilità.

Così ricostruita la natura delle scelte operate dagli amministratori per il contrasto alla crisi, deve ritenersi pienamente operante, come accennato, la *business judgement rule*.⁷

La responsabilità degli amministratori non potrà essere perciò affermata per il mero fatto dell'esito negativo dell'azione di contrasto alla crisi, ma solo quando la condotta tenuta dall'organo gestorio (priva, in ogni caso, di carattere fraudolento) non risulti conforme, sulla scorta di una valutazione rigorosamente *ex ante*, ai noti canoni dell'"agire informato" o dell'intrinseca ragionevolezza delle scelte adottate⁸.

Affermazione questa che non deve apparire eccessivamente indulgente nei confronti degli amministratori che, nel contesto inevitabilmente delicato della crisi dell'impresa, o addirittura della sua insolvenza, dovranno operare nel rispetto di regole di condotte particolarmente rigorose, anche alla luce degli stringenti obblighi di legge già ricordati *sub 2*.⁹

⁷ Confronta, tra i numerosi Autori che se ne sono occupati, C. Angelici, *Diligentia quam uin suis e business judgement rule*, in *Riv. soc.*, 2006, 675 ss; C. Amatucci (a cura di), *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice*, Milano, 2014; E. Barcellona, *Business judgement rule e interesse sociale nella "crisi"*, Milano, 2020; S. Ambrosini, *Doveri degli amministratori di s.p.a., Business Judgement Rule e azioni di responsabilità alla luce del codice della crisi*, in Donativi (diretto da), *Trattato delle società*, II, Milano, 2022, 2060 ss.

⁸ Sulla *business judgement rule*, anche di recente, Cass. 10742/2024 e 22005/2025.

⁹ Ossia quelli di operare nell'interesse prioritario dei creditori "*durante i procedimenti*" (art. 4, 2° comma, lettera c), C.C.I.I.), o nel loro interesse

Resta tuttavia fermo che l'obbligo di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, il costante monitoraggio della attività, l'intercettazione tempestiva della crisi e l'adozione di idonee misure di contrasto non costituiscono garanzia di automatico successo dell'azione degli amministratori, perché, come ricordato, la crisi può anche avere carattere di irrimediabile irreversibilità; va quindi ribadito che in questi casi sarà necessaria l'adozione di iniziative più incisive, idonee ad arrestare l'indebita prosecuzione dell'attività di impresa, foriera di ulteriori perdite e perciò di inutile, ed anzi dannosa, distruzione di ricchezza¹⁰.

7. Il sindacato sull'operato degli amministratori. Le azioni di responsabilità e la denuncia ex art. 2409 c.c. (ora 2396 quater c.c.).

7.1. Le azioni di responsabilità.

L'accesso alla composizione negoziata della crisi o a uno strumento di regolazione non comporta particolari conseguenze quanto all'esercizio delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori (nonché dei sindaci, dei direttori generali e dei liquidatori) della società, azioni che restano soggette, per la gran parte, alle ordinarie regole di legge.

Diverso il caso della liquidazione giudiziale, ove, come noto, l'apertura della procedura comporta la legittimazione esclusiva della curatela all'esercizio di alcune azioni di responsabilità.

Nella sua ultima formulazione, l'art. 146 l.f. affidava alla curatela, con previsione assai generica, l'esercizio delle "*azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori*" (oltre

prevalente nella situazione contemplata dall'art. 21, 1° comma, C.C.I.I.; in ogni caso, senza pregiudicare ingiustamente i loro interessi come stabilito dall'art. 16, 4° comma, C.C.I.I.)."

¹⁰ Confronta tra gli altri F. Bordiga, *Gli obblighi degli amministratori nel contesto del "codice della crisi e dell'insolvenza"*, in S. Ambrosini (a cura di), *Assetti aziendali, crisi d'impresa e responsabilità della banca*, cit., 267 ss.

all'azione contro i soci delle società a responsabilità limitata di cui all'art. 2476, 8° comma, c.c.).

Più specifica la disciplina di cui all'art. 255 CCII, che, alle lettere da “a” a “d” dell'articolo, attribuisce al curatore l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, dell'azione dei creditori sociali, dell'azione prevista dall'art. 2476, 8° comma, c.c. e dell'azione prevista dall'art. 2497, 4° comma, c.c.; si aggiunge la lettera “e” che affida al curatore l'esercizio di “*tutte le altre azioni di responsabilità che gli sono attribuite da singole disposizioni di legge*”, adottando una formula che sembrerebbe rivelare la volontà del legislatore di ritenere necessaria un'espressa previsione di legge attributiva della legittimazione sostitutiva della curatela¹¹.

Conclusione che sembra trovare ulteriore conferma nel disposto dell'art. 291, 1° comma, CCII, che, nel peculiare contesto della disciplina dell'insolvenza di imprese appartenenti a un gruppo, attribuisce al curatore l'esercizio di tutte le “*azioni di responsabilità previste dall'art. 2497 comma, c.c.*”, affidando quindi al curatore l'esercizio, non solo dell'azione dei creditori sociali di cui all'art. 2497, 4° comma, c.c. (ossia quella richiamata dall'art. 255, 1° comma, lettera d) CCII), ma anche di quella spettante ai soci contemplata dall'art. 2497, 3° comma, c.c.

Il codice della crisi ha poi dettato, come noto, una specifica disciplina relativa all'esercizio delle azioni di responsabilità nell'ambito del concordato preventivo per cessione dei beni (art. 115 CCII)¹², affidando in via esclusiva al liquidatore giudiziale

¹¹ *Contra*, nel senso della necessaria legittimazione esclusiva della curatela all'esercizio delle azioni “di massa”, fra le altre, le note ordinanze della Corte di cassazione nn. 18610/2021 e 24725/2021 in tema di concessione abusiva di credito.

¹² Vedi anche l'art. 2394 *bis* c.c. modificato di recente (d.lgs. 47/2026), a norma del quale “*In caso di liquidazione giudiziale, concordato liquidatorio, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria le azioni di responsabilità previste dai precedenti articoli spettano al curatore, al liquidatore giudiziale, al commissario liquidatore e al commissario straordinario.*”

l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità e conservando in ogni caso ai creditori sociali la legittimazione all'esercizio della azione loro spettante.

Soluzione che desta notevoli perplessità, potendo coesistere, in sede di esecuzione del concordato preventivo per cessione dei beni omologato, l'azione del liquidatore giudiziale, diretta al ristoro del danno cagionato al patrimonio sociale, con destinazione dell'eventuale intero risultato utile in favore della massa indistinta dei creditori, e l'azione del singolo creditore, diretta al ristoro del danno patito individualmente (comunque di natura indiretta, perché conseguenza del depauperamento del patrimonio sociale)¹³.

Resta ferma, infine, la legittimazione individuale del socio o del terzo direttamente danneggiati all'esercizio delle azioni contemplate dagli artt. 2395 e 2476, 7° comma, c.c.

7.2. Il ricorso ex art. 2409 c.c. (ora art. 2396 *quater* c.c.)

Ribadito pertanto che fenomeni di crisi o di insolvenza dell'impresa collettiva non comportano stravolgimenti della disciplina codicistica delle azioni di responsabilità, resta da affrontare una questione che si è presentata di frequente nella pratica, ossia quella della possibile coesistenza fra procedimento ex art. 2409 c.c. e accesso a uno strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza.

Il problema non si pone in caso di apertura della liquidazione giudiziale a carico dell'impresa insolvente, ove per effetto dello "spossessamento" già contemplato dall'art. 42 l.f., ora ribadito dall'art. 142 CCII, difetterà, nella maggior parte dei casi, un interesse giuridicamente apprezzabile alla introduzione – o

Le azioni di cui al primo periodo sono proposte, a pena di decadenza, nel termine di due anni dalla sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o dalla sentenza che dichiara lo stato di insolvenza".

¹³ La soluzione costituisce d'altronde ulteriore espressione dello sfavore del legislatore per il concordato liquidatorio.

prosecuzione – del procedimento già disciplinato dall’art. 2409 c.c.

Considerazione che trova indiretta conferma nel disposto dell’art. 291, 2° comma, CCII che, sempre nel contesto della disciplina dell’insolvenza di imprese appartenenti a un gruppo, attribuisce al curatore della liquidazione giudiziale di una (o più) società del gruppo la legittimazione a proporre la denuncia *ex art. 2409 c.c. “nei confronti di amministratori e sindaci delle società del gruppo non assoggettate alla procedura di liquidazione giudiziale”*.

Più controverso il caso dell’accesso a uno strumento di regolazione della crisi, ove alcuni autori dubitano della possibilità di tale coesistenza, paventando il rischio di un’indebita interferenza esterna del tribunale “delle imprese” sull’*iter* proprio dello strumento di regolazione e perciò, in definitiva, sul percorso di risanamento.

Tali perplessità, pur comprensibili, appaiono tuttavia superabili, purché si tengano fermi i diversi ambiti di operatività – e poteri – dei due giudici chiamati a esaminare la denuncia *ex artt. 2409 – 2396 quater c.c.* e la domanda di accesso allo (o di omologazione dello) strumento di regolazione.

In particolare, il giudice dell’impresa dovrà limitarsi a verificare se l’operato degli amministratori (o degli altri soggetti destinatari della denuncia) integri gli estremi della grave (e attuale) irregolarità dotata, quantomeno, di potenzialità lesiva e potrà adottare i soli provvedimenti contemplati (anche se in termini assai ampi) dalla disciplina comune.

Il giudice della crisi, dal suo canto, provvederà a verificare il regolare accesso dell’imprenditore allo strumento di regolazione e l’idoneità dello strumento prescelto al superamento dello stato di crisi o di insolvenza in cui versa l’impresa, esercitando tutti gli ulteriori controlli che gli sono affidati in via esclusiva, senza subire alcuna interferenza da parte dell’altro giudice.

Un’inevitabile sovrapposizione dei controlli affidati ai due giudici si potrà verificare, indubbiamente, quando la denuncia al tribunale sia diretta a censurare l’operato degli amministratori

con specifico riferimento alle modalità di approccio alla crisi e alla individuazione delle relative azioni di contrasto.

Sovrapposizione che non porrà tuttavia particolari problemi là dove il giudice dell'impresa, rispettando i limiti propri della sua giurisdizione, circoscriverà la propria indagine, come accennato, alla sussistenza di gravi irregolarità dell'organo amministrativo attuali e potenzialmente lesive, effettuando le proprie verifiche, per le ragioni indicate, nel pieno rispetto delle valutazioni affidate al giudice della crisi.

Sembra indubbia, infine, la possibilità di introdurre o proseguire il procedimento *ex artt. 2409 – 2396 quater c.c.* in caso di accesso dell'impresa alla composizione negoziata della crisi, istituto, come ricordato, di carattere squisitamente stragiudiziale, che prevede ipotesi tipiche di intervento del giudice, con oggetto assai limitato (essenzialmente: conferma, proroga o revoca delle misure protettive e autorizzazioni *ex art. 22 CCII*).

L'accesso alla composizione negoziata comporta tuttavia la nomina dell'esperto, al quale è affidato il compito di verificare, in primo luogo, *“l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento, anche alla luce delle informazioni assunte dall'organo di controllo e dal revisore, ove in carica”* (art. 17, 5° comma, CCII) e l'imprenditore, che pure conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa (art. 21, 1° comma, CCII), informa preventivamente l'esperto del compimento degli atti più rilevanti (art. 21, 2° comma, CCII), operando, in definitiva, sotto la vigilanza di quest'ultimo.

Appare perciò condivisibile il principio affermato di recente dal Tribunale di Milano, secondo cui l'accesso alla composizione negoziata *“impone al Tribunale una doverosa prudenza nell'intervenire sull'organo gestorio della società, tenuto conto che seppur gli amministratori non vengono spogliati dei propri poteri gestori, tuttavia il percorso di risanamento e le continue interlocuzioni tra amministratori, esperto e Tribunale che segue la procedura non può che essere valutato nel senso di evitare, se possibile, interferenze tra*

procedimento ex art. 2409 e il procedimento di composizione negoziata della crisi”¹⁴.

Doverosa prudenza che non potrà tuttavia impedire – come si osserva anche nelle pagine di Ambrosini - l’intervento del tribunale “delle imprese” che rilevi l’effettiva sussistenza di gravi irregolarità gestorie, attuali e dotate di potenzialità lesiva (e perciò idonee a recare danno al patrimonio della società), difficilmente compatibili con un percorso virtuoso di effettivo risanamento.

8. Conclusione

Il libro al quale si pospongono le suddette considerazioni offre in definitiva un quadro assai puntuale e al tempo stesso oggettivamente stimolante della materia dell’amministrazione e del controllo nella società per azioni, mettendo abilmente in luce i plurimi e rilevanti profili di contatto tra diritto societario e diritto della crisi e sottolineando giustamente l’acquisita centralità di quello che ormai si può senz’altro chiamare - come l’Autore stesso osserva - diritto societario della crisi.

Le soluzioni offerte dall’Autore nel corso della trattazione risultano congruamente (talora, direi, pregevolmente) argomentate e caratterizzate da una giusta attenzione per le loro ricadute sul piano applicativo.

Il capitolo finale, in particolare, si lascia apprezzare per il suo carattere fortemente innovativo. E le considerazioni tratte dagli “insegnamenti” dell’economia comportamentale andrebbero, a mio avviso, lette con attenzione soprattutto da noi magistrati, anche al fine di tenere conto dei molti fattori e dinamiche che costellano la gestione di una società (specie se in crisi) e della necessità che il giudice si collochi sempre, realmente, in una prospettiva *ex ante*, senza farsi condizionare, più o meno

¹⁴ Trib Milano, 21 maggio 2025, in *Proc. conc. crisi impr.*, 2025, 1346 ss. (e *ivi* 1343), richiamato anche da S. Ambrosini “La “rifunzionalizzazione anticrisi” dei controlli nella s.r.l.: sindaco, revisione legale dei conti, controllo giudiziario”, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 2 aprile 2026.

consciamente, dal troppo facile - ma spesso ingannevole - senno di poi.