

La teoria dell'impresa fra diritto ed azienda

SOMMARIO. – 1. Introduzione. 2. L'organizzazione “economica” dell'attività d'impresa nella società. – 3. La pianificazione come elemento implicito della nozione giuridica dell'imprenditore. – 4. La quadratura del cerchio negli *hard cases*: l'inizio e la fine dell'impresa. – 5. L'estraneità degli atti di gestione all'oggetto sociale rispetto alla pianificazione d'impresa e nel gruppo. – 6. L'assunzione di partecipazioni e l'art. 2361 c.c. – 7. La trasformazione dell'attività d'impresa: lo “scorporo” dell'azienda sociale alla luce della pianificazione strategica.

1. Introduzione. – La problematica della trasformazione sostanziale e radicale dell'attività d'impresa esercitata dalla società per decisione dell'organo amministrativo, non supportata dalla preventiva consultazione dei soci, costituisce da sempre un crocevia fra molteplici linee “generali” fra di loro tendenzialmente eccentriche, all'interno del fenomeno “società”. Ne scaturiscono fattispecie assai frequenti nella pratica, e da sempre fonte di problemi applicativi, oltre che oggetto di studi scientifici sistematici tutt'altro che copiosi.

Operazioni “straordinarie” ⁽¹⁾ quali l'affitto dell'azienda sociale, od addirittura lo “scorporo” della stessa, mediante cessione o conferimento in altra società ⁽²⁾, costituiscono figure assai ricorrenti, e guardate giustamente con diffidenza e sospetto da parte degli operatori giuridici e d'azienda ⁽³⁾; ciononostante a tale diffidenza, ispirata dal senso pratico, non corrisponde spesso una capacità effettiva di reprimere il fenomeno avvalendosi non già degli istituti fallimentari (che per la loro attitudine “specificata” manifestano in genere, ma non sempre ^[4], una maggiore e notevole efficienza operativa), ma degli strumenti di diritto societario.

La valutazione della capacità del diritto societario di disincentivare le condotte “spoliative” tuttavia è essenziale, e tutt'altro che teorico- speculativa: infatti l'efficienza complessiva del beneficio della responsabilità limitata ⁽⁵⁾ dipende strettamente ed inscindibilmente dalla improbabilità che i soci estraggano dalla società profitti “privati”, sottraendo alla garanzia dei creditori beni di valore o “strategici” ⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ La terminologia “operazione straordinaria”, ormai invalsa all'uso dei giuristi, è di derivazione aziendalistica; non mancano tuttavia, nell'area disciplinare di competenza, quegli autori che dubitano dell'opportunità di ricorrere a tale qualificazione, posta la enorme turbolenza che il comportamento aziendale registra oggi nel suo interagire coll'ambiente esterno, ciò che impone un dinamismo continuo ed una costante capacità di adattare rapidamente la propria “formula” organizzativa, anche innovandola radicalmente, dati che poco si conciliano con l'attributo della “straordinarietà”.

⁽²⁾ Si tralasceranno quelle situazioni di “scorporo” dell'azienda, ad es. mediante scissione o conferimento in società la cui compagine sia già omogenea a quella della conferente, ove l'operato degli amministratori non modifichi la situazione dell'azienda sociale rispetto alle possibilità di “controllo” in capo ai soci minoritari (ossia, “esterni” rispetto al “soggetto economico”), salvo casi eccezionali, e comunque questi ultimi siano chiamati ad esprimere il proprio avviso, nell'assemblea della conferente o della conferitaria.

⁽³⁾ L'affitto d'azienda, in particolare, costituisce una tipica modalità operativa prefallimentare, e quando l'affittuario è controllato dal soggetto economico del locatore in crisi, si presta facilmente a costituire l'attuazione elusiva di un disegno illecito di “estrazione” del *core business* della società insolvente; l'azienda affittata infatti viene così depurata dalle passività (art. 2560 c.c.), e spesso poi materialmente distratta in favore di terzi nelle sue componenti fondamentali produttive di reddito; l'operazione, quindi, può presentarsi nel suo complesso come una pratica abusiva rispetto alla responsabilità limitata, e concretizzare una deleteria esternalità negativa della stessa.

⁽⁴⁾ Si pensi all'affitto stipulato oltre l'anno dalla dichiarazione di fallimento, per un canone non palesemente incongruo, o del quale non si sappia dimostrare la simulazione, e quindi non attaccabile ex artt. 64, 66 e 67 l.f.

⁽⁵⁾ Sul tema cfr. per tutti M. EASTERBROOK- D. FISCHER, *Limited liability and the corporation*, in *Chicago Law Review*, 1985, pp. 89 ss.; H. HANSMANN- R. KRAAKMAN, *The essential role of organizational law*, reperibile in www.papers.ssrn.com (ora trad. it. in *Riv. soc.*, 2001), *passim*; W.J. CARNEY, *Limited liability*, in *Encyclopedia of law and economics*, § 5620, pp. 678 ss., reperibile in www.encyclo.findlaw.com; e cfr. anche l'impostazione teorica del lavoro di L. ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2000, *passim*.

⁽⁶⁾ Naturalmente il fenomeno è possibile anche in presenza di responsabilità illimitata dei soci, ma solo nella misura in cui l'*insider* possa sottrarre i beni altresì alla garanzia dei creditori che abbiano azione diretta contro di lui, intestandoli a soggetti non altrettanto facilmente aggredibili.

Purtroppo invece la maggiore comodità di far ricorso ai rimedi fallimentari allontana spesso l'attenzione dalla dimensione "societaria" del problema.

Con un recente provvedimento, la Corte d'Appello di Milano ha respinto un reclamo avverso un decreto di rigetto ex art. 2409 c.c. emesso dal Tribunale di Como: gli instanti stigmatizzavano la condotta di un c.d.a. che aveva conferito il ramo nettamente principale dell'impresa sociale in altra società, interamente controllata; l'operazione era stata decisa a circa due anni dalla prossima scadenza del termine di durata fissato nell'atto costitutivo, in condizioni di tale disaccordo fra i soci da rendere estremamente improbabile una delibera di proroga (infatti non sopravvenuta)⁽⁷⁾.

In un'altra vicenda "emblematica", con una motivazione esemplare per linearità e sintesi, lo stesso Tribunale di Como ha annullato l'esclusione di un socio accomandatario accusato di aver concesso in affitto l'azienda sociale⁽⁸⁾.

2. *L'organizzazione "economica" dell'attività d'impresa nella società.* – Paradossalmente, ma non troppo, la chiave per la risposta ai problemi sembra risiedere non tanto nel diritto societario, quanto nel diritto dell'impresa, che costituisce l'"anima" reale del diritto commerciale e societario⁽⁹⁾.

Le figure tipiche di "trasformazione" dell'azienda sociale riguardano infatti l'impresa, e non già il soggetto. Il motivo per cui ci si interroga sulla loro legittimità quando vengono poste in essere da *managers* risiede ovviamente nella circostanza per cui in questi casi (instatore, amministratore di società) il gestore opera *nell'interesse altrui*.

L'imprenditore individuale è ovviamente libero di rimodellare l'azienda come crede, nonché di porvi fine⁽¹⁰⁾ affittandola, cedendola o conferendola in società; l'unico limite discenderà dall'eventuale sanzione penale che potrebbe essergli irrogata nel caso in cui fallisca (e significativamente, sino a che ciò non si verifichi gli atti anche dissipativi sono ritenuti *leciti*), e la sua gestione appaia distrattiva o tanto dissennata da poter essere qualificata come bancarotta.

L'unico vincolo in sostanza proviene dall'*ambiente*, nel senso che certe modifiche potrebbero risultare non sostenibili dal punto di vista economico, e determinare la fine forzata dell'impresa; ma non sempre si tratta di vincoli *necessari*: entro certi limiti anche l'azienda può influire sulle variabili ambientali, alterandole a proprio vantaggio, in misura tanto più efficace quanto maggiori sono le proprie dimensioni.

Ma l'amministratore è tenuto a conformare il suo operato a *direttive funzionali esogene ulteriori rispetto a quelle ambientali*, e comunque *necessarie*⁽¹¹⁾.

⁽⁷⁾ Entrambi i provvedimenti, ed altri correlati alla medesima fattispecie sostanziale, sono già stati oggetto di autorevoli attenzioni: cfr. le note di G. COTTINO in *Giur. it.*, 1999, pp. 1882 ss.; *ivi*, 2002, pp. 320 s.; il decreto della Corte d'Appello milanese, del 16 ottobre 2001, è pubblicato anche in *Società*, 2002, pp. 450 ss., con nota di G. ZAGRA.

⁽⁸⁾ Trib. Como, 25 luglio 2001, Fertilio c. Fertilio ed altri, inedito, del quale si riportano per praticità gli estremi essenziali della motivazione: "Non ritiene questo collegio che la stipulazione di un contratto d'affitto d'azienda, oggetto peraltro di esame diretto, quanto alla sua legittimità, in altra controversia pendente avanti questo stesso tribunale, costituisca in astratto, dovendo per il vincolo di cui sopra questo giudice limitarsi a tale valutazione, grave inadempienza ad obblighi di legge o di contratto sociale, sub specie di nocimento al conseguimento dell'oggetto sociale. Da una parte il contratto d'affitto, con conseguente temporanea spoliazione dell'esercizio diretto dell'attività produttiva, non comporta di per se il mutamento dell'oggetto, né l'impossibilità di perseguirlo, continuando la società, sia pure indirettamente, a perseguire il medesimo oggetto, modalità indiretta prevista, tra l'altro, nello stesso contratto sociale nell'art. 3 cpv. Dall'altra non può che sottolinearsi la natura, allo stato, non definitiva del contratto stipulato, contratto che garantisce la continuità del complesso aziendale e della sua capacità produttiva, postulando un assetto futuro aperto ad una possibile ritorno all'esercizio diretto dell'attività".

⁽⁹⁾ V. l'affermazione forte della centralità del diritto dell'impresa nello studio del diritto commerciale in V. BUONOCORE, *L'impresa*, in *Tratt. dir. comm.* diretto dallo stesso Buonocore, Torino, 2002, pp. 2 s.

⁽¹⁰⁾ Ovviamente non ha rilevanza in questa sede l'eventuale profilo conformativo "diretto" della libertà di iniziativa economica discendente dall'art. 41, comma 2°, Cost., alla luce di interpretazioni in effetti ormai recessive.

⁽¹¹⁾ E' manifesto qui un tratto di analogia fra la "fondazione d'impresa" e la società: in entrambi i casi i gestori operano in un contesto di scelte possibili eterolimitate, sulle quali non possono in quanto tali influire; ma nel caso della fondazione la "funzione" (ossia, lo scopo del fondatore) è impressa in modo tale da non poter essere modificata da alcuna figura soggettiva interna all'organizzazione; sulla fondazione d'impresa per tutti cfr. R. COSTI, *Fondazione e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, pp. 9 ss.

E' evidente come in tal modo si riducano gli *agency costs* relativi al rapporto del "proprietario" con il gestore ⁽¹²⁾: la *funzione* infatti costituisce un criterio "aperto" di indirizzo dell'operato dell'*agent* indispensabile (poiché altrimenti il gestore, non sufficientemente incentivato, non si comporterebbe in modo efficiente nel realizzare l'interesse del *principal*, piuttosto che il proprio), abbastanza elastico da adattarsi a tutte le situazioni (rimediando così alla carenza endemica di previsionalità nell'impostazione iniziale della relazione contrattuale), e tale da abbattere il costo del monitoraggio (che è il vero problema della relazione): il controllo potrà infatti essere realizzato *a posteriori*, sulla base della verifica della "conformità" ⁽¹³⁾ del risultato dell'operato del gestore agli *standards* funzionali imposti *ex ante*.

E' proprio questa "necessarietà" della funzione che caratterizza la società come strumento di organizzazione dell'impresa rispetto alla "forma" individuale di esercizio della stessa: è certo insito in ogni attività infatti un profilo funzionale ⁽¹⁴⁾, che genera l'unificazione teleologica degli atti compiuti, determinando l'esigenza di qualificare in modo distinto la rilevanza complessiva della situazione rispetto al compimento delle singole fattispecie ⁽¹⁵⁾.

Anche l'impresa esercitata in forma individuale è in un certo senso funzionalmente eterodeterminata: la stessa infatti deve essere orientata al perseguimento dell'equilibrio "economico", non tanto perché diversamente possa essere assoggettata a fallimento, posto che questa non è una conseguenza né indefettibilmente (l'impresa in disequilibrio economico non è necessariamente insolvente, anche se molto probabilmente prima o poi lo sarà) né univocamente (ci sono imprenditori esentati) correlata; piuttosto, la direttiva funzionale deriva per il diritto da un'esigenza di qualificazione della fattispecie: è imprenditore solo quello che si comporta in modo "economico", ossia, secondo la ricostruzione ormai decisamente dominante, che orienta la produzione in maniera tale da alimentare l'attività con i suoi stessi ricavi..

La società costituisce senz'ombra di dubbio una struttura *formale* predisposta dall'ordinamento per l'esercizio dell'impresa ⁽¹⁶⁾; ed infatti è alla società (e non ai soci) che vengono imputate le fattispecie poste in essere nella gestione dell'azienda sociale ⁽¹⁷⁾.

Tuttavia nella società la medesima funzione non corrisponde solo ad un'esigenza qualificatoria, ma è invece oggetto di un preciso obbligo giuridico, che si imputa però non al soggetto, bensì ai suoi gestori: l'imprenditore infatti non "deve" perseguire l'economicità; se non lo fa sistematicamente, ossia se organizza la

⁽¹²⁾ V. in argomento i noti saggi di M.C. JENSEN- W. MECKLING, *Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure*, in *Journal of financial economics*, 1976, pp. 305 ss.; E. FAMA- M.C. JENSEN, *Separation of ownership and control*, *ivi*, 1983, XXVI; M. JENSEN- C. SMITH jr, *Stockholder, manager, and creditor interests: applications of agency theory*, 1985, repr. in M. JENSEN, *A theory of the firm: governance, residual claims and organizational forms*, Harvard, 2000 (reperibile anche in www.hupress.harvard.edu).

⁽¹³⁾ La "conformità" allo *standard* funzionale dell'organizzazione è infatti la tecnica di controllo più diffusa, nelle strutture decisionali vincolate al rispetto dell'interesse altrui: si pensi al vecchio controllo omologatorio, nella ricostruzione sistematica di U. MORERA, *L'omologazione degli statuti*, Milano, 1988, *passim*; sulla rilevanza del concetto nell'art. 2377 c.c. cfr. poi P. FERRO- LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge ed all'atto costitutivo*, Milano, Giuffrè, 1993 (rist.), *passim*.

⁽¹⁴⁾ Sottolinea l'intraneità ad ogni fattispecie procedimentale di una relazione funzionale N. DI PRISCO, *Procedimento (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XXXV, Milano, 1986, pp. 869 s.

⁽¹⁵⁾ Si eviterà anche qui di prendere posizione in ordine alla valutazione "fattuale" che viene operata circa l'attività da un'autorevole dottrina (P. FERRO- LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, spec. pp. 196 ss.), e sulla discussa possibilità di ricorrere egualmente alla tecnica di qualificazione per fattispecie in relazione non già ai singoli atti, ma proprio all'attività nel suo complesso; di recente v. N. RONDINONE, *L'Attività nel codice civile*, Milano, 2001, p. 7 ss. Sul concetto di attività v. di recente, oltre al già ricordato scritto di N. RONDINONE, i saggi di G.M. RIVOLTA, *Gli atti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, pp. 107 ss.; F. ALCARO, *La categoria dell'attività: profili ricostruttivi (atti e attività. L'attività d'impresa)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, pp. 417 ss.

⁽¹⁶⁾ Tralasciamo qui i casi in cui la società sia "utilizzata" dal legislatore per l'esercizio di un'attività non imprenditoriale: fra l'altro la stragrande maggioranza delle figure di società "speciali" sembra avere ad oggetto pur sempre attività imprenditoriali, laddove le deviazioni funzionali dal modello generale riguardano più il profilo della *destinazione* del risultato, rispetto a quello della *produzione*.

⁽¹⁷⁾ Si omette qui ogni dissertazione sulla rilevanza della nozione concettuale di "organo" nel diritto dell'impresa; non interessa pertanto accertare se il gestore imputi alla società soltanto i risultati (*rectius* gli effetti) dell'attività, oppure anche le fattispecie realizzate; allo stesso modo sarà oggetto di attenzione soltanto marginale, in questa sede, vedere se oltre a quella relativa agli atti esista una distinta imputazione per l'attività complessivamente posta in essere; su entrambi i problemi v. comunque di recente N. RONDINONE, *op. cit.*, spec. pp. 13 ss., 173 ss., 467 ss., 576 ss.

propria attività in modo da escludere il raggiungimento dell'equilibrio, non viene riconosciuto dall'ordinamento per i fini di cui all'art. 2082 c.c.; se invece non lo fa contingentemente, ossia se l'organizzazione della produzione diviene per deficienze inidonea a perseguire quell'obiettivo, verrà aggredito e dilaniato dai creditori.

Molte regole del diritto societario influiscono poi *direttamente* sull'impresa, imprimendo all'operato dei gestori dell'azienda sociale precise regole strumentali, che li costringono a programmare ed organizzare l'attività economica in modo differente rispetto a quanto probabilmente potrebbero fare se fossero ad es. institori di un imprenditore individuale, a parità di prospettive reddituali personali e di avversione al rischio. L'impresa sociale infatti dev'essere gestita prima di tutto in modo da produrre potenzialmente un *lucro* da destinare ai soci⁽¹⁸⁾.

Con ciò non si vuol negare che la lucratività nella società attenga essenzialmente alla fase della destinazione del risultato⁽¹⁹⁾; ciononostante la particolare finalizzazione del risultato prodotto non può non comportare un orientamento parallelo della fase di produzione: perché l'organizzazione societaria raggiunga il suo "scopo", infatti, è indispensabile che l'attività imprenditoriale sia esercitata in modo tale da massimizzare il profitto, e ciò costituisce l'oggetto di un vero e proprio obbligo da parte degli amministratori, responsabili nei confronti della società non solo per il depauperamento del patrimonio sociale, ma anche per il suo mancato accrescimento (artt. 2392 s. c.c.)⁽²⁰⁾.

Oltre alle direttive funzionali ci sono poi molti elementi derivanti dalla struttura societaria che vincolano l'operato degli amministratori nella conduzione degli affari, arricchendo la cornice di condizionamenti che delimita le scelte strategiche possibili; il più importante di questi è costituito dalla struttura finanziaria dell'ente, che è rigorosamente riservata alle determinazioni della compagine sociale nelle società di capitali quanto al

⁽¹⁸⁾ Come di diceva sopra, si aderisce qui all'orientamento per cui il significato dell'"economico" nell'art. 2082 c.c. deve coincidere con l'equilibrio tendenziale fra costi e ricavi: l'assunto tuttavia è stato in tempi abbastanza recenti contestato, per riaffermare l'esigenza del "tornaconto", e con argomentazioni tutt'altro che superficiali, da A. GENOVESE, *La nozione giuridica dell'imprenditore*, Padova, 1990, pp. 27 ss.; cfr. anche E. GLIOZZI, *L'imprenditore commerciale*, Bologna, 1998, pp. 129 ss.; V. BUONOCORE, *L'impresa*, cit., pp. 67 ss.; per un'ampia dimostrazione della validità della tesi dominante v. comunque E. LOFREDO, *Economicità e impresa*, Torino, 1999, *passim*. In questa sede può soltanto aggiungersi che se può forse sembrare assurdo che la fattispecie generale sia disegnata in termini tali da risultare distonica rispetto all'ideale economico di "efficienza" della produzione (che vuole qualcosa di più rispetto al mero equilibrio economico di gestione), in realtà l'efficienza dell'apparato imprenditoriale è perseguita dall'ordinamento con altri strumenti, e non già attraverso la qualificazione della fattispecie; al contrario l'intenzione del legislatore è nel senso di ricomprendere nel paradigma legale, così integrandole nell'apparato di protezione contro la dissipazione della ricchezza, anche figure apparentemente *border line* rispetto al "tipo" socioeconomico "normale" presupposto; escludendo l'azienda "di erogazione" (nozione addirittura in crisi nella letteratura aziendalistica) dalla nozione di impresa non si migliora l'efficienza della stessa, ma al contrario la si libera dagli incentivi insiti nel controllo ordinamentale sull'insolvenza.

⁽¹⁹⁾ Cfr. in argomento, ed in particolare sulla distinzione fra produzione e destinazione del risultato dell'attività associata, D. PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Milano, 1988, *passim*. E' da ritenere, anche se il discorso meriterebbe di essere approfondito, che la decisione circa il criterio di destinazione del risultato sia competenza esclusiva dei soci: in tal senso di recente Trib. Monza, 4 febbraio 2002 (decr.), R.c.b. s.n.c.- Cooperativa San Martino, inedita, che ha reputato la materia delegabile agli amministratori soltanto nei limiti di una "discrezionalità meramente tecnica",

⁽²⁰⁾ L'esistenza di quest'obbligo per gli amministratori di esercitare un'attività d'impresa in modo da ricavarne prospettivamente un utile sembra deducibile implicitamente dal sistema, ed in particolare dalla "funzione" impressa all'attività tipica della società, che diversamente diverrebbe una mera struttura atta a segregare ricchezza a danno dei creditori particolari dei soci, senza alcuna esternalità positiva (arg. ex art. 2248 c.c.); pertanto l'amministratore che resti inerte, e non eserciti alcuna impresa, risponderà dei danni, e sarà soltanto un problema probatorio quello di determinarne l'ammontare, senza dimenticare che l'impresa è un'attività rischiosa, ove il profitto è solo ipotizzabile, e legato al successo dell'iniziativa, laddove il gestore non può assumere un'obbligazione di risultato, ma solo assicurare una condotta astrattamente idonea al raggiungimento dello scopo; un valido parametro minimo, a livello pratico, potrà essere costituito dal rendimento dei titoli di stato, che costituisce da sempre il termine di paragone di ogni riflessione sul "valore" dell'azienda. Il profilo "omissivo" della condotta infedele degli amministratori è ora sottolineato dalla modifica dell'art. 2391 c.c. nella Riforma, che imputa agli stessi una responsabilità, in caso di conflitto di interessi, per "danni", e non più solo per "perdite"; ed affiora altresì, sembra, nell'art. 2380bis c.c., il quale codifica per la prima volta nel nostro ordinamento la nozione di "gestione dell'impresa", descrivendola come l'attività di chi compie "le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale".

capitale “proprio” ⁽²¹⁾⁽²²⁾, mentre per quello “di debito” era, fino a qualche tempo fa, oggetto di prerogative assembleari la decisione di ricorrere al risparmio “inconsapevole” (art. 2410 c.c. vecchio testo)⁽²³⁾.

L’accentramento di talune funzioni decisorie “di principio” in organi diversi da quello gestorio poi pone limiti conformativi al processo decisionale strategico d’impresa: solo l’assemblea può decidere di variare in quale settore merceologico ove operare, e lo statuto ⁽²⁴⁾ può riservare alla competenza della stessa altre “materie” (art. 2364 n. 4 c.c.).

L’organizzazione societaria e le sue regole, insomma, esercitano una precisa e sensibile influenza sullo svolgimento dell’attività d’impresa ⁽²⁵⁾. Il punto tuttavia merita di essere ancora chiarito, al fine di evitare equivoci.

Non c’è questione sul fatto che la società costituisca essenzialmente *organizzazione*, e che questa organizzazione sia *strumentale* all’esercizio di un’attività imprenditoriale ⁽²⁶⁾; tuttavia sarebbe semplicistico e riduttivo ritenere che tale concetto di organizzazione coincida *tout court* con quello di cui agli artt. 2082 e 2083 c.c.

L’organizzazione, secondo la teoria generale, prevalentemente elaborata dagli studiosi del diritto pubblico, è costituita dalla suddivisione di una struttura operativa in uffici, nel cui ambito vengono impiegati in

⁽²¹⁾ L’autonomia dei soci nelle decisioni riguardanti la struttura finanziaria è tutelata come un valore non solo nel diritto interno, attraverso la formula della “limitazione integrale del rischio”, ciò che vieta l’imposizione di obblighi patrimoniali ulteriori rispetto al conferimento (l’espressione, che ha un rilievo tipologico, e vale a discernere i tipi personali da quelli capitalistici, è impiegata da P. SPADA, *La tipicità della società*, Padova, 1974, pp. 445 ss.; IDEM, *Reintegrazione del capitale reale senza operare sul nominale*, in *Giur. comm.*, 1978, I, p. 38 ss.; IDEM, *Dalla nozione al tipo della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 95 ss., spec. a p. 125 ss.; le conclusioni dello Spada sono state però sottoposte a revisione critica da parte di C. MONTAGNANI, *Responsabilità limitata ed assunzione di responsabilità personale nel diritto delle società*, Padova, 1988, p. 224 ss.; nel sistema francese il vincolo è espresso invece dal classico divieto di “*augmenter les engagements*”: v. G. RIPERT- R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, par M. GERMAIN, II, Paris, 1996, pp. 894 ss.; E. du PONTAVICE- J. DUPICHOT, *Les sociétés*, in *Traité de droit commerciale*, par M. de JUGLART e B. IPPOLITO, 2, Paris, 1982, pp. 805 ss.); ma anche contro le imposizioni autoritarie nel diritto comunitario: v. Corte di Giustizia UE, 12 marzo 1996, c-441/93, Pafitis c. Banca Trapeza Kentrikis Ellados, in *Foro it.*, 1997, IV, c. 131, con nota critica di M. GIORDANO, *Crisi delle società bancarie, aumento di capitale e poteri dell’assemblea: l’“Unternehmen an sich” al vaglio della Corte di giustizia*, ivi, cc. 132 ss.

⁽²²⁾ Non a caso, sembra, nel settore delle società di persone invece gli amministratori possono imporre ai soci, sulla base dell’orientamento che pare preferibile, conferimenti ulteriori in base alle esigenze dell’azienda sociale, così determinando discrezionalmente le dimensioni di quest’ultima, col solo limite del recesso per giusta causa e del potere di veto degli altri soci gestori (art. 2257, comma 2°, c.c., ciò che rimette la decisione alla intera compagine); tuttavia in questi modelli l’amministratore non può non essere socio (nonostante la presenza di accese discussioni in materia) esposto a responsabilità illimitata anch’egli, ed in misura pari a tutti gli altri (arg. ex art. 2269 c.c.), ed inoltre la qualità di amministratore non è oggetto di un rapporto esterno a quello che lega il socio alla società; non si prospetta perciò negli stessi termini delle società di capitali, insomma, un problema di relazioni “di agenzia” (perché i soci sono reputati idonei a monitorarsi l’un l’altro), anche se il punto andrebbe approfondito. Per motivi di concentrazione espositiva, si rinvia, quanto alle problematiche generali di cui sopra, a quanto già esposto in *Amministratori di enti non personificati, acquisti immobiliari e intestazione fiduciaria*, ed in *Pagamento di debito sociale e ripatrimonializzazione di società personale*, in *Giur. comm.*, rispettivamente 1995, II, pp. 175 ss., 1996, II, pp. 769 ss.

⁽²³⁾ Va osservato come nel comparto bancario (art. 12 t.u. banc.) la riserva assembleare sull’emissione di obbligazioni fosse stata superata non tanto perché la raccolta in titoli sia un profilo importante dell’attività, quanto perché qui il limite non attiene solo alla scelta della struttura finanziaria quale vincolo esterno all’esercizio dell’attività d’impresa, ma soprattutto all’esercizio di quest’ultima, in relazione all’*input*: la sterilizzazione allora si impone per un processo logico simile a quello per cui si dice (correttamente) che i limiti di cui agli artt. 2204 e 2361 c.c. non operano rispettivamente per l’impresa di compravendita immobiliare e di assunzione “professionale” di partecipazioni: tutti questi vincoli all’operato degli amministratori, insomma, hanno motivo di operare, riducendo i costi di agenzia ed in particolare di monitoraggio, come cornici “esterne” allo svolgimento dell’impresa, non quando l’oggetto del limite si identifica con gli stessi strumenti tipici della produzione specifica (c.d. gestione caratteristica).

⁽²⁴⁾ Si tralascia qui l’annoso problema, rilevante prima dell’espunzione dell’ipotesi ad opera della Riforma, della ricorrenza di un obbligo ex art. 2364 n. 4 per gli amministratori di sottoporre all’assemblea talune questioni di maggiore importanza, anche se la risposta sembrava dover essere negativa: cfr. in argomento le riflessioni di V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell’impresa e competenza dell’assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985, pp. 129 ss.

⁽²⁵⁾ Cfr. nella letteratura aziendalistica l’affermazione della influenza determinante della forma societaria sull’esercizio dell’impresa ad es. in A. AMADUZZI- G. PAOLONE, *Le gestioni comuni*, Torino, 1987, p. 20.

⁽²⁶⁾ Sull’organizzazione come “forma” dell’attività d’impresa nella società v. C. ANGELICI, *Le basi contrattuali della società per azioni*, in G.B. FERRI- C. ANGELICI, *Studi sull’autonomia dei privati*, Torino, 1997, pp. 311 ss.

modo sinergico uomini e mezzi materiali ⁽²⁷⁾, la cui attività è orientata al perseguimento di una funzione, percepita come sintesi di compiti omogenei ⁽²⁸⁾.

Non troppo diversa è la percezione della scienza aziendalistica, la quale si appunta sulla finalità di ordinare le risorse in relazione ai fini ⁽²⁹⁾ da raggiungere, definendo i centri decisionali, le procedure, i criteri per il coordinamento, e soprattutto assegnando alle singole unità operative le “funzioni” da perseguire, intese come complesso di compiti omogenei rispetto ai fini ⁽³⁰⁾.

In fondo, il concetto di *strategic business unity* (SBU), su cui è costruita la dottrina aziendalistica dell'organizzazione d'impresa, non è così distante da quello di “ufficio”, più familiare ai giuristi per essere stato sviluppato dai pubblicisti, i quali lo avevano a loro volta importato e filtrato dalla scienza dell'amministrazione.

Si tratta in entrambi i casi, come può notarsi, di modelli descrittivi validi per organizzazioni di una certa consistenza dimensionale; il diritto si accontenta di meno, mettendo a fuoco negli artt. 2082 e 2083 c.c. un apparato di mezzi strumentali, fra di loro coordinati dall'imprenditore in modo tale da consentire l'esercizio dell'attività “economica” di produzione.

Non sembra che le due nozioni di organizzazione e di azienda (art. 2555 c.c.) siano coestensive, nonostante ciò che spesso si pensa: anche prescindendo dal significato da dare alla parola “beni” nell'art. 2555 ⁽³¹⁾, vi sono elementi dell'organizzazione che non possono di certo far parte dell'azienda ⁽³²⁾.

Il più importante di questi elementi è costituito dall'organizzazione della funzione finanziaria ⁽³³⁾, ove la rilevanza centrale e strategica dell'approvvigionamento dei mezzi di finanziamento, e della gestione della “tesoreria”, nel perseguimento dei fini aziendali, impedisce di immaginare che la stessa non faccia parte

⁽²⁷⁾ Non hanno rilevanza qui le discussioni classiche sulla caratterizzazione reale o personale dell'ufficio nel diritto amministrativo; va rilevato comunque che anche nella letteratura aziendalistica è forte la tentazione di risolvere l'organizzazione nella gestione delle persone (le c.d. risorse umane).

⁽²⁸⁾ Si rinvia per tutti a M.S. GIANNINI, *Organi (teoria generale)*, in *Enc. del dir.*, XXXI, Milano, 1981, pp. 37 ss.; F.G. COCA, *Teoria dell'organizzazione amministrativa*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 1993, pp. 411 ss.

⁽²⁹⁾ Di scarsa rilevanza giuridica sembra il concetto di *mission*, il quale appare avere un significato troppo discontinuo nella stessa letteratura aziendalistica, e per la sua matrice anglosassone viene spesso caricato di valori “etici”, quando non resta ad un tale livello generale e di principio da rivestire una bassissima capacità orientativa “reale” dell'attività.

⁽³⁰⁾ Cfr. S. SCIARELLI, *Economia e gestione dell'impresa*, Padova, 2001, pp. 120 ss.; H. MINTZERG, *La progettazione dell'organizzazione aziendale* (trad. it.), Bologna, 1985, pp. 35 ss.; F. AMIGONI, *La funzione amministrativa: strutture, posizioni e professionalità*, in AA. VV., *Misurazioni d'azienda, programmazione e controllo*, a cura di F. Amigoni e G. Pezzino, Milano, 1986, II, pp. 598 ss.

⁽³¹⁾ Che probabilmente è diversa da quella dell'art. 810 c.c.: in effetti la estraneità del concetto di azienda alla titolarità di diritti reali è ormai incontestata, e ragionando diversamente dovrebbe ritenersi che la maggior parte delle cessioni di azienda odierne debba essere regolata dagli artt. 2555 ss. c.c. soltanto perché il complesso dei rapporti organizzati che vengono trasferiti, e che determinano la capacità di produrre reddito e la conseguente valutazione, accede a qualche tavolo e sedia; com'è noto infatti l'economia moderna, spinta dalla elevata turbolenza ambientale, dalla pressione concorrenziale e dall'enorme velocità dell'obsolescenza tecnologica, astrae sempre più dalla predisposizione di apparati strumentali fisici, per organizzarsi secondo metodologie “finanziarie” ed immateriali (e l'osservazione prescinde dalle alterne vicende della c.d. *new economy*); sarebbe singolare pertanto un'esegesi della nozione di azienda differente, in contrasto col canone ermeneutico dell'interpretazione evolutiva, e con la *ratio* dell'apparato di disciplina, che è volto manifestamente a ridurre i costi transattivi nei trasferimenti aziendali; sarebbero incentivati, allora, proprio e solo i trasferimenti dei complessi meno efficienti. Problema diverso ed opposto, poi, è quello di vedere quale sia il “minimo” specifico richiesto perché l'organizzazione, depurata dagli elementi da essa non separabili, sia “azienda”, come tale suscettibile di essere qualificata ex artt. 2555 ss. c.c.

⁽³²⁾ Come le qualità personali del “soggetto economico” dell'impresa (sul concetto aziendalistico di “soggetto economico” cfr. per tutti A. TOMMASETTI, *I soggetti ed il concetto di azienda*, in *Azienda. Contributi per un rinnovato concetto generale*, a cura di E. Viganò, Padova, 2000, pp. 445 ss.; S. SARCONI, *L'azienda*, Milano, 1997, pp. 127 ss.), destinate ad integrarsi nel progetto imprenditoriale come rilevante fattore immateriale (c.d. avviamento soggettivo), in modo tanto più rilevante quanto più l'investimento dello stesso è “specifico”, ed evidentemente non suscettibile di essere ceduto assieme al complesso aziendale, in quanto non separabile dal suo titolare. Quanto detto prova come la nozione di organizzazione nel diritto dell'impresa sia suscettibile di ricomprendere la c.d. autorganizzazione, anche se non dimostra ancora che la stessa sia “sufficiente” per integrare il concetto di imprenditore, benché piccolo.

⁽³³⁾ In argomento cfr. S. SCIARELLI, *op. cit.*, pp. 429 ss.; E. COMUZZI- G. MARZO, *La finanza d'azienda*, in G. VOLPATO, *La gestione d'impresa*, Padova, 2000, pp. 651 ss.; a livello generale R. BREALEY- S. MYERS- S. SANDRI, *Principi di finanza aziendale*, Milano, 1999, *passim*.

dell'organizzazione⁽³⁴⁾. Eppure non c'è simmetria, ai fini della nozione codicistica di azienda, fra crediti⁽³⁵⁾ e debiti, posto che questi ultimi, a differenza dei primi, non vengono assunti dall'affittuario che assuma a tale titolo l'esercizio dell'azienda (art. 2560 c.c.)⁽³⁶⁾.

L'organizzazione insomma è *tutto ciò che consente all'imprenditore di esercitare l'attività d'impresa*: non occorre che esista un'azienda, come complesso di "beni" organizzati dall'imprenditore di per sé sola cedibile a terzi senza perdere la capacità di produrre redditi⁽³⁷⁾; ma un'organizzazione deve sussistere in atto al momento della qualificazione, al fine di imputare tutte le conseguenze giuridiche correlate.

Si vede bene allora come l'organizzazione del soggetto esercente l'attività non possa essere concettualmente separata dall'organizzazione dell'impresa, tantopiù quando quel soggetto è "specializzato" quanto ai fini da raggiungere; è forse⁽³⁸⁾ estranea all'organizzazione imprenditoriale (ma non al patrimonio aggredibile dai creditori ovviamente) la villa in montagna dell'imprenditore individuale, finché non venga "destinata" in tal senso (per es. se la stessa viene ipotecata al fine di finanziare l'azienda); ma non può esserlo la struttura della società per azioni, concepita per essere funzionale all'esercizio di un'impresa con scopo lucrativo⁽³⁹⁾.

Nella società poi possono distinguersi distinti significati specifici dell'organizzazione: c'è un aspetto statico, insito nel *corpus* regolatorio che ha sede prevalentemente nell'atto costitutivo, e c'è un aspetto dinamico, che attende ai meccanismi decisionali, nonché soprattutto di destinazione del risultato⁽⁴⁰⁾; se il primo aspetto tende a porsi spesso come un mero presupposto dell'organizzazione d'impresa, nella misura in cui pone la cornice esterna entro cui operare, senza funzionare diversamente dall'ambiente e dalle altre variabili relativamente indipendenti, il secondo è quello destinato ad integrarvisi più strettamente.

Ma un punto resta centrale: è organizzazione ex artt. 2082- 2083 non tutto ciò che può *astrattamente* servire all'esercizio dell'impresa, bensì solo quello che ha in sé e *compiutamente* la capacità di consentirlo. Perciò l'organizzazione specifica della società in sé e per sé non è organizzazione d'impresa, ma solo un elemento accidentale della stessa, destinato a svolgere anch'esso un ruolo strumentale.

Perciò non ci può essere impresa soltanto perché c'è una società costituita: difetterebbero infatti gli elementi e dell'organizzazione e della professionalità (nell'accezione che si vedrà fra breve) ex art. 2082 c.c.; invece probabilmente l'equivoco circa la nozione di organizzazione è alla base della frequente convinzione per cui la società sarebbe istituzionalmente imprenditore⁽⁴¹⁾.

⁽³⁴⁾ Non può esistere un'impresa priva di struttura finanziaria: l'attività deve essere finanziata, o da capitale proprio, o da prestiti, od al limite da soli debiti "di funzionamento".

⁽³⁵⁾ La qualificazione "aziendale" dei crediti d'impresa, e la loro inerenza all'organizzazione, è indubitabile alla luce delle tecniche moderne di *asset management*, che vedono precisamente la gestione dell'attivo come strumento strategico di esercizio dell'attività imprenditoriale; di più, con la diffusione della *securitization* (v. la l. n. 130/1999, ed il commento dello scrivente, di A. CARINCI e di G. GUERRIERI in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, pp. 997 ss.), il credito diviene qualcosa di più di un rapporto obbligatorio contratto nell'esercizio, e la cui estinzione contribuisce alla realizzazione del risultato d'impresa; il credito entra addirittura nell'area del *prodotto* dell'attività d'impresa.

⁽³⁶⁾ D'altro canto anche nella cessione dell'azienda il cessionario può essere liberato dei debiti, col consenso dei debitori (artt. 2112, 2560, comma 1°, c.c.) o per legge (art. 63, comma 5°, d. lgs. n. 270/1999), senza immutare l'oggetto contrattuale.

⁽³⁷⁾ L'organizzazione infatti è uno strumento volto a diminuire i costi di transazione generati dall'esistenza stessa della struttura-impresa, il quale interagisce con un ambiente scarsamente prevedibile, e necessita dell'adozione di *routines* che diminuiscano la fallibilità del processo decisionale, altrimenti incapace di governare tutti gli infiniti *trade off* che si presentano (cfr. sul punto R. NELSON- S. WINTER, *An evolutionary theory of economic change*, Cambridge, 1982, *passim*); dunque poco rilevante è che la stessa contenga dei beni materiali, e più importanti sono le regole "implicite" autoprodotte.

⁽³⁸⁾ L'ottenimento di finanziamenti per l'esercizio dell'impresa infatti può divenire meno costoso in considerazione del fatto che i creditori, anche senza ottenere garanzie reali, valutano la consistenza complessiva del patrimonio dell'imprenditore, anche di quello "civile".

⁽³⁹⁾ Per questo si è espresso l'avviso per cui la "funzione" dell'attività societaria diviene anch'essa parte del contenuto organizzativo: cfr. *Il recesso nelle società di capitali*, Milano, 2000, pp. 317 ss.

⁽⁴⁰⁾ Per più ampi riferimenti cfr. ancora *Il recesso*, cit., pp. 13 ss. nota 30.

⁽⁴¹⁾ Convinzione probabilmente presupposta nella *ratio decidendi* di Corte Cost., 21 luglio 2000, n. 319, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 5; *Fallimento*, 2001, p. 13; *Dir. fall.*, 2001, II, p. 27; *Foro it.*, 2000, I, c. 2723; *Giur. it.*, 2000, p. 1857, là dove ha situato il momento di partenza del termine annuale ex art. 10 l.f., per le società, dalla cancellazione dal Registro delle Imprese, così precludendo la

3. *La pianificazione come elemento implicito della nozione giuridica dell'imprenditore.* – Se la soluzione ai problemi accennati nella premessa attiene al diritto dell'impresa, non sembra tuttavia che la nozione tradizionale della stessa offra al riguardo un contributo determinante: anche prescindendo dalla discussa opinione che individua modalità “indirette” di esercizio dell'impresa, infatti, non può negarsi che qualunque scorporo dell'azienda sociale, in astratto, sia *astrattamente* compatibile con la funzione assegnata ai gestori: questi infatti potrebbero avere in animo di acquistare, col corrispettivo ricevuto ⁽⁴²⁾, un'altra azienda operativa nello stesso settore merceologico, e realizzare addirittura un'operazione positiva, in termini economici, se il nuovo complesso produttivo è più efficiente del precedente.

Il giurista intuisce tuttavia l'inammissibilità di una tecnica di repressione dell'abuso fondata su indagini psicologiche e finalistiche in senso soggettivo ⁽⁴³⁾, specie se l'onere della prova incombe sul *principal*.

D'altro canto gli argomenti positivi citati a suffragio della soluzione restrittiva non appaiono probanti: si è sottolineato infatti come l'art. 2204 c.c. ⁽⁴⁴⁾ non possa essere utilizzato *in subiecta materia*, differenti essendo le sfere di discrezionalità attribuite ad institore ed amministratore, dove il primo non è attributario di una competenza attuativa esclusiva, e può subire l'agire concorrente ed il veto del proponente ⁽⁴⁵⁾.

possibilità di retrodatare il decorso dell'anno a partire dalla cessazione dell'attività di impresa intesa come interruzione del processo produttivo ed economico, o se si vuole come effettiva “disgregazione” della formula aziendale; tuttavia va osservato in primo luogo come l'assunto (non esplicitato nella motivazione, né facente parte del *dictum* che ha modificato il sistema, diversi e scissi essendo i piani dell'esistenza del soggetto e della sua fallibilità, come attesta inequivocabilmente l'art. 11 l.f.) sia in sé discutibile sul piano dogmatico: all'organizzazione societaria può non fare riscontro alcuna organizzazione aziendale; la carenza di organizzazione del resto non può essere surrogata dalla pretesa professionalità, che si ritiene “intrinseca” nel fatto che la società, a differenza della persona fisica, può avere soltanto un oggetto economico, ed uno scopo lucrativo; infatti da un lato la professionalità non è un dato meramente programmatico, frutto della vocazione “reale” della società alla luce della propria funzione, ma si misura sul piano pratico, attraverso la ripetizione di atti, tale da qualificare gli stessi non come atomisticamente considerati, ma come coordinati e funzionalmente unificati all'interno di un'attività”. Dall'altro l'eventuale assenza di effettiva adozione di atti economici, od addirittura l'esercizio di un'attività completamente dissonante rispetto all'oggetto sociale, se determina l'esigenza di un momento valutativo patologico ulteriore di “conformità” alle regole organizzative societarie (es. art. 2384**bis** c.c., oggi abrogato, il cui contenuto precettivo è ormai “confluito” nell'art. 2380**bis**), non può certo considerarsi irrilevante solo perché la dichiarazione programmatica contenuta nell'atto costitutivo è di diverso tenore; il principio di “effettività”, che domina il sistema della legge fallimentare, infatti, impone che nel primo caso non si addivenga alla dichiarazione di insolvenza (che presuppone un *imprenditore che esercita un'attività commerciale*: art. 1 l.f.), laddove nel secondo l'insolvenza sarà sanzionata per l'attività effettivamente posta in essere, cosicché ad es. l'esercizio di un'impresa bancaria “di fatto” da parte di società con oggetto statutario ordinario comporterà non già il fallimento, bensì la dichiarazione formale di insolvenza, e la sottoposizione a liquidazione coatta amministrativa (a prescindere dalle recenti contestazioni circa la validità di tale tradizionale modo di sanzionare l'insolvenza della banca “di fatto”). Anche in relazione all'attività cessata, allora, dovrebbe concepirsi la possibilità di un decorso del termine annuale a partire dall'effettivo arresto dell'attività, o dalla disgregazione del compendio aziendale, posto che l'art. 10 l.f. attiene *all'imprenditore* (individuale o collettivo) come esercente un'attività, e non già al soggetto come predicato statico; d'altro canto l'art. 2196, comma 3°, c.c., che impone di sottoporre a pubblicità l'avvenuta cessazione, si applica anch'esso tanto all'imprenditore individuale quanto a quello collettivo. Tale percorso argomentativo, se appare ormai precluso per le società a seguito della sentenza della Corte Cost. (e ci sarebbe da domandarsi come ciò si concili con l'eventuale esercizio di attività imprenditoriale ormai interrotto da parte di società irregolare oppure speciale non lucrativa, attesa la compenetrazione giuridica assoluta ormai instaurata, forzando la realtà economica, fra forma e sostanza), resta invece del tutto praticabile ad es. per i soggetti collettivi diversi, qual è l'associazione; in tale contesto infatti la diversa matrice funzionale dell'ente, che non ha scopo lucrativo né è *istituzionalmente* deputato all'esercizio associato dell'impresa (ma dove anzi l'attività economica deve rendersi strumentale al perseguimento dei fini ideali dell'ente: si pensi al variegato ed ormai imponente settore del *non profit*), non può che condurre al distacco ed alla percezione separata del momento dell'impresa da quello del soggetto. In senso conf. cfr. di recente Trib. Monza, 24 maggio 2001, Mariani- Fall. A.S. Basket Desio, inedita, in un caso che riguardava appunto il fallimento di un'impresa esercitata da un'associazione non riconosciuta cessata da tempo.

⁽⁴²⁾ Il prezzo della cessione, oppure il canone dell'affitto (rispetto ad un'altra azienda omogenea da assumere sempre in affitto); anche nel caso di conferimento le quote potrebbero essere date in pegno al finanziatore della nuova impresa.

⁽⁴³⁾ Considera ad es. illegittima l'operazione se avente “scopo” liquidatorio G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, pp. 150 e 217.

⁽⁴⁴⁾ Sempre ammesso che la norma sancisca implicitamente un limite all'attività dell'institore del tipo di quello ricercato, il che non è testualmente previsto, anche se per lo più reputato in dottrina.

⁽⁴⁵⁾ Così V. CALANDRA BUONAURA, *op. cit.*, pp. 127 s.

Scarsamente convincente poi appare l'affermazione dell'esistenza di un limite implicito nella sistematica della società per azioni⁽⁴⁶⁾. Quanto alle opinioni che si incentrano sull'estraneità di queste operazioni all'oggetto sociale⁽⁴⁷⁾, la prospettiva sarà esaminata più avanti; c'è solo da osservare, sin d'ora, che porre la questione in questi termini avrebbe una ricaduta pratica di estrema disfunzionalità: l'affitto o la cessione d'azienda, infatti, sembrano considerati da queste teorizzazioni *di per sé* estranei all'oggetto, sicché la competenza verrebbe deferita addirittura all'assemblea straordinaria, comunque legittimata in via esclusiva a modificare l'oggetto, o comunque ad autorizzarne la deroga⁽⁴⁸⁾.

Nemmeno le moderne teorie economiche sull'impresa, il cui contributo alla ricerca giuridica è senza dubbio significativo, sembrano fornire un ausilio determinante: le stesse infatti indagano primariamente le ragioni dell'esistenza della stessa⁽⁴⁹⁾, e nelle versioni più recenti prendono in esame il funzionamento interno della stessa al fine di valutare la portata dei meccanismi incentivanti più efficienti⁽⁵⁰⁾; ma non raggiungono mai il livello di analiticità descrittivo della dottrina di matrice aziendalistica⁽⁵¹⁾.

Ora, non pare discutibile che l'impresa sia, *dal punto di vista della produzione*, un meccanismo teso a sostituire uno strumento "gerarchico" a quello delle transazioni sul mercato, anche se le riflessioni economiche hanno presto messo in luce la inessenzialità al concetto del rapporto di agenzia e la impossibilità di eliminare completamente le relazioni transattive col mercato; anche il controllo delle risorse produttive fondato sulla proprietà⁽⁵²⁾ è stato oggetto di rielaborazioni critiche, che hanno spostato l'attenzione sulla opportunità di impostare il discorso piuttosto sul "potere" di "accesso" alle risorse strategiche⁽⁵³⁾.

E non pare nemmeno dubitabile che l'impresa costituisca, *dal punto di vista del consumo*, essenzialmente un concentrato sintetico di *informazioni* (cioè, *tecnologia*^[54]), che consente di procurarsi ciò che occorre ad un costo inferiore rispetto a quello di autoproduzione; perciò la ragione di esistenza della stessa, ciò che le consente di raggiungere il proprio scopo in condizioni di equilibrio, è la capacità di offrire l'*output* ad

⁽⁴⁶⁾ Così A. DE GREGORIO, *Corso di diritto commerciale*, Roma, 1948, pp. 293 s.; G. CASELLI, *Oggetto sociale e atti ultra vires*, Padova, 1970, pp. 94 ss., che sembra predicare un'immodificabilità della struttura industriale e finanziaria in contrasto con le esigenze dinamiche del mondo dell'impresa: basti pensare che il limite all'ingrandimento dell'impresa sarebbe dato allora non dalla compatibilità con la struttura finanziaria disegnata dall'assemblea (mezzi propri + ricorso al finanziamento "inconsapevole", tantopiù quando il legislatore ha ormai attribuito agli amministratori la competenza a decidere in tema di emissioni obbligazionarie), bensì con l'assetto concreto dell'azienda sociale, in tal modo cristallizzato; senza contare che se si ritiene possibile un'attuazione non "piena" dell'oggetto statutario, attraverso l'esercizio soltanto di alcune delle attività menzionate, diviene difficile comprendere perché il ridimensionamento dell'azienda in esercizio debba costituire un illecito. Scarsamente convincente appariva anche la soluzione incentrata sull'obbligo per gli amministratori di sottoporre la questione all'attenzione dell'assemblea ex art. 2364 n. 4 c.c., norma *in parte qua* ormai abrogata (il rinvio è ancora a V. CALANDRA BUONAURA, *op. cit.*, pp. 129 ss.)

⁽⁴⁷⁾ Cfr. ad es. M. SARALE, *Le modifiche di fatto dell'oggetto sociale: un problema tuttora aperto (e non risolto dalla sentenza che si pubblica)*, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, cc. 728 ss.

⁽⁴⁸⁾ In generale sul problema della deroga all'atto costitutivo si rinvia a quanto detto in *Il recesso*, cit., pp. 203 ss.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. per tutti R.H. COASE, *The nature of the firm*, in *Economica*, 1937, 4, pp. 386 ss.; IDEM, *The firm, the market and the law*, Chicago, 1988; v. anche i saggi dello stesso COASE raccolti e tradotti in *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 1995.

⁽⁵⁰⁾ V. H. DEMSETZ, *The economics of the business firm*, Cambridge, 1995, *passim*; IDEM, *The theory of the firm revisited*, in O. WILLIAMSON- S. WINTER, *The nature of the firm*, Oxford, 1991, pp. 159 ss.; O. HART, *Incomplete contracts and the theory of the firm*, ivi, pp. 138 ss. IDEM, *Firms, Contracts and financial structure*, Oxford, 1995, *passim*; IDEM, *Norms and the theory of the firm*, 2001, reperibile in www.law.harvard.edu/programs/olin_center; M.C. JENSEN- W.H. MECKLING, *op. loc. cit.*; B. HOLSTROM- J. TIROLE, *The theory of the firm*, in R. SCHMALENSEE- R. WILLIG, *Handbook of industrial organization*, Amsterdam, 1989, I, pp. 63 ss.; O. WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, New York, 1985, *passim*.

⁽⁵¹⁾ La specificità della riflessione aziendalistica di marca italiana, che studia l'azienda come "sistema", è sottolineata ad es. da E. VIGANÒ, *Il concetto generale di azienda*, in *L'azienda*, a c. dello stesso Viganò, cit., pp. 635 ss.

⁽⁵²⁾ Cfr. le opere di O. HART già citate, ed anche S. GROSSMAN- O. HART, *The costs and benefits of ownership: a theory of vertical and lateral integration*, in *Journal of political economy*, 1986, pp. 691 ss.

⁽⁵³⁾ V. R. RAJAN- L. ZINGALES, *Power in a theory of the firm*, reperibile fra l'altro in www.papers.ssrn.com; tale impostazione, che dimostra come a volte sia più efficiente che la titolarità dei beni produttivi resti in capo ad un terzo rispetto alla relazione *principal-agent*, fornisce il sostrato concettuale all'attuale diffusa "smaterializzazione" dei patrimoni aziendali, ed alla dissociazione normale fra titolarità esterna e "controllo" dei beni fisici facenti parte di organizzazione aziendali.

⁽⁵⁴⁾ L'accentuazione del profilo "tecnologico", ritenuto spesso sottovalutato dalla prospettiva economica tradizionale, è operata ad es. da H. DEMSETZ, *The theory of the firm revisited*, cit.

un prezzo inferiore rispetto al suo costo di produzione “esterno” (ciò che è reso possibile dalle economie di scala, dal “valore aggiunto” dell’organizzazione dei fattori produttivi, nonché dalla specializzazione e specificità dell’investimento). E proprio quest’aspetto “relazionale” rende ragione del perché l’impresa subisca più d’ogni altro il condizionamento ambientale: la sua esistenza infatti dipende dalla costante comparazione del suo *output* col costo delle informazioni “organizzate” ⁽⁵⁵⁾ sul mercato.

Il limite di tutte queste ricostruzioni risiede probabilmente nel fatto di concentrarsi sull’elaborazione degli *incentivi* rivolti ai soggetti che operano nell’impresa a conseguire la maggiore efficienza allocativa delle risorse ⁽⁵⁶⁾; resta sullo sfondo invece il “come” il *management* affronta la turbolenza ambientale, ed adotta decisioni strumentali al raggiungimento del risultato “economico”; in sostanza la teoria economica dell’impresa che si alimenta dalla riflessione di Coase sembra privilegiare l’allocazione in sé della responsabilità per l’adozione delle scelte, senza elaborare specifici modelli che indaghino né le modalità concrete né la cornice entro la quale *concretamente* si muove il processo decisionale d’impresa.

E’ chiaro allora che in quest’ottica il problema della trasformazione dell’attività d’impresa sembrerebbe destinato a non trovare una soluzione, perché anche una volta assodato che il potere decisionale sulle scelte imprenditoriali debba spettare agli amministratori, là dove le informazioni specifiche e “strategiche” siano “diffuse” all’interno dell’organizzazione dell’impresa ⁽⁵⁷⁾, resterebbe egualmente privo di risposta l’interrogativo circa l’individuazione dei criteri per determinare quando la adozione di scelte che incidono radicalmente sull’azienda non sia operata nell’interesse del *principal*, ma in realtà risponda ad un disegno dell’*agent* di estrazione di un beneficio privato; la mera separazione delle strutture di controllo da quelle decisionali, infatti, nella quale si compendia la tradizionale risposta della *agency costs theory*, sarebbe scarsamente efficace per quelle situazioni in cui la minoranza non sia in grado di esercitare alcuna reazione efficace, e la società non sia assoggettata al controllo “disciplinare” del mercato (ciò che corrisponde alla struttura maggioritaria del nostro capitalismo).

In realtà sembra che tutte le prospettive appena esaminate omettano di considerare un aspetto dell’operatività dell’impresa che è divenuto fondamentale, anzi centrale, nella letteratura aziendalistica a partire dagli anni ’60.

La forte turbolenza ambientale e la pressione competitiva riscontrate nel capitalismo maturo di questi anni, oltre ad alcune innovazioni tecnologiche ⁽⁵⁸⁾ e ad altri fattori macroeconomici, hanno infatti messo in evidenza l’importanza del processo di *pianificazione strategica dell’impresa*.

L’attività d’impresa, infatti, non è una semplice sequenza di atti unificati da una o più direttrici funzionali unificanti: è un’attività *pianificata e programmata*.

Nelle elaborazioni degli aziendalisti la programmazione viene descritta al tempo stesso come attività di *previsione* ⁽⁵⁹⁾⁽⁶⁰⁾ delle condizioni ambientali in cui l’impresa verrà a trovarsi in futuro ⁽⁶¹⁾ e come

⁽⁵⁵⁾ Talvolta l’ordinamento, per incentivare l’innovazione tecnologica, assicura all’impresa un’esclusiva sulle informazioni dalla stessa prodotte od acquisite dal titolare; l’informazione è infatti un bene particolare, di elevato valore solo se non generalmente disponibile, e per la quale il costo della riservatezza può essere enorme; tali esclusive corrispondono ovviamente alle privative industriali: cfr. in argomento F. DENOZZA, *Licenze di brevetto e circolazione delle tecniche*, Milano, 1979, *passim*, le cui riflessioni sono alla base del lavoro di D. SARTI, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Milano, 1996, *passim*; in generale sulla funzione delle privative industriali cfr. poi L.C. UBERTAZZI, *Invenzione e innovazione*, Milano, 1978, *passim*, spec. 1 ss.; più di recente M. BERTANI, *Impresa culturale e diritti esclusivi*, Milano, 2000, pp. 453 ss.

⁽⁵⁶⁾ Per una riflessione di sintesi critica, anche se abbastanza ottimistica, sull’attuale panorama letterario economico in tema d’impresa, v. N. FOSS- H. LANDO- S. THOMSEN, *The theory of the firm*, in *Encyclopedia of law and economics*, § 5610, 1999, pp. 631 ss., reperibile in www.Encyclo.findlaw.com; v. poi le recenti ed approfondite valutazioni condotte da P. L. SCANDIZZO, *Il mercato e l’impresa: le teorie e i fatti*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da V. Buonocore, I, 6, Torino, 2002, *passim*, spec. pp. 42 ss., 111 ss., 259 ss.

⁽⁵⁷⁾ In tal senso v. E. FAMA- M.C. JENSEN, *Separation of ownership and control*, loc. cit., i quali sottolineano la natura eccessivamente costosa dell’accentramento delle decisioni nei *residual claimants* nelle strutture “aperte”; è anche vero però che nelle strutture “chiuse” la devoluzione delle competenze ai soci rischierebbe o di restare velleitaria (dove gli amministratori siano esponenziali od addirittura coincidenti con gli esponenti della maggioranza) o di divenire un fattore di rigidità eccessivo, ove sia fornito alla minoranza un potere di “blocco” sulle ristrutturazioni più importanti, ciò che potrebbe sollecitare condotte “strategiche” od “opportunistiche”.

⁽⁵⁸⁾ Prevalentemente nel campo della produzione, elaborazione e trasmissione delle informazioni.

“anticipazione” figurata dell’assetto da dare all’impresa al fine di raggiungere gli obiettivi prefissati (c.d. *scenari*)⁽⁶²⁾.

L’elaborazione dei programmi è intesa come una *funzione continua*, che deve permeare *tutta l’impresa*, orientando ogni processo decisionale, operativo ed attuativo; nella scelta delle *strategie*, che connotano l’attività dell’impresa nei suoi obiettivi più generali ed a lungo termine, la programmazione è una tipica espressione della *funzione amministrativa*; ma il processo di pianificazione deve interessare tutti i componenti dell’azienda; la stessa si presenta quindi fra l’altro come una funzione concertata, che deve raggiungere tutti e da tutti essere accettata.

Attraverso la stessa l’impresa minimizza i rischi provenienti dai mutamenti aziendali, ed elabora *standards* validi per valutare *l’efficacia e l’efficienza* ⁽⁶³⁾ del proprio comportamento nell’attuazione delle direttive strategiche, ma anche per consentire ai fornitori di capitali, esterni od interni ⁽⁶⁴⁾, un più efficace *monitoring* del proprio investimento ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁵⁹⁾ In questo la nozione non si discosta da una categoria generale del pensiero umano: tutta la tradizione culturale occidentale moderna, dominata dalla frammentazione delle prospettive soggettive e dal superamento del paradigma deterministico e meccanicistico “classico”, è orientata dalle spinte ansiogene a dominare il futuro.

⁽⁶⁰⁾ L’importanza e la rilevanza scientifica della “previsionalità” è stata di recente messa in discussione da uno degli autori più seguiti in tema di pianificazione strategica: H. MINTZERG, *The rise and fall of strategic planning*, Oxford, 1994, *passim*; *Management. Mito e realtà*, Milano, 1991 (trad. it.), pp. 47 ss.; e già in *La progettazione dell’organizzazione aziendale*, Bologna (trad. it.), 1985, pp. 35 ss.; per una critica efficace, che evidenzia la formazione socio- psicologica dello studioso e la sovrapposizione del dato pratico con quello scientifico, v. S. SCIARELLI, *Economia e gestione dell’impresa*, cit., pp. 256 ss.; G. VOLPATO, *La gestione d’impresa*, cit., pp. 956 ss. e nota 4.

⁽⁶¹⁾ Ovviamente la attendibilità della previsione è tanto minore quanto più la prospettiva si allontana nel tempo, e si accresce la turbolenza ambientale.

⁽⁶²⁾ Sussiste invece incertezza circa il fatto se l’apposizione dei fini faccia parte della programmazione o costituisca un processo esterno ad essa (nel primo senso, certo dominante, cfr. K. ANDREWS, *The concept of corporate strategy*, 1971, pp. 28 ss.; C. CARAMIELLO, *Programmi e piani aziendali*, Milano, 1993, p. 3; V. CODA, *Introduzione alla strategia d’impresa*, Torino, 1988, *passim*; S. FROVA, *Pianificazione*, Milano, 1986, pp. 5 ss. e nota 1; nella seconda direzione invece H. ANSOFF, *Strategia aziendale*, Milano, 1968 [trad. it.], *passim*; IDEM, *Implanting strategic management*, Oxford, 1984, spec. p. 32; W. HOFER- D. SCHENDEL, *La formulazione della strategia aziendale*, Milano, 1984 [trad. it.], *passim*); probabilmente opera in materia la suggestione della tradizione militare, ove la “strategia” (e, ad un livello inferiore, la “tattica”, che opera in un contesto di risorse definite) attiene appunto all’elaborazione delle linee di condotta necessarie per il raggiungimento degli obiettivi fissati ad un livello più alto: nell’elaborazione della teoria della programmazione infatti gli aziendalisti hanno assimilato tali concetti, che vengono sempre premessi nelle esposizioni generali.

⁽⁶³⁾ Per S. SCIARELLI, *op. cit.*, pp. 241 ss., l’*efficacia* sarebbe il dominio della gestione *strategica*, e l’*efficienza* di quella *operativa*.

⁽⁶⁴⁾ Sicché la programmazione ha una funzione propedeutica anche alla soluzione del problema dei costi d’agenzia, essendo più semplice la valutazione del risultato dell’attività dell’*agent* in relazione a *standards* predefiniti dallo stesso, e di per sé dotati di razionalità; la predisposizione da parte del *principal* infatti incorrerebbe nelle stesse difficoltà già viste in precedenza: le informazioni rilevanti per l’adozione dei piani infatti si trovano “diffuse” all’interno della struttura organizzativa dell’impresa, a tutti i livelli, e la raccolta sarebbe oltremodo costosa; cfr. ancora E. FAMA- M.C. JENSEN, *Separation of ownership and control*, loc. cit.

⁽⁶⁵⁾ Si noti come la programmazione venga così ad assumere una funzione simile a quella attribuita da parte della dottrina (cfr. in argomento A. NIGRO, *Le scritture contabili*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.* diretto da F. Galgano, Padova, 1978, pp. 286 ss.; L. QUATTROCCHIO, *Libri e scritture contabili*, in *Digesto disc. priv. sez. comm.*, XIV, Torino, 1997, pp. 523 ss.) alle scritture contabili, rispetto alle quali sussistono indubbiamente analogie e legami: la documentazione aziendale si arricchisce con la programmazione di nuovi supporti (*business plans, budgets*), idonei a rappresentare la situazione aziendale anche attraverso valutazioni qualitative, e non già solo quantitative (com’è invece tipico della ragioneria); si tratta com’è evidente di un’analoga esigenza di rappresentazione di fatti aziendali e gestionali non sempre misurabili in termini aritmetici, connessa all’aumento della complessità dell’ambiente ed alla diminuzione della capacità conoscitiva dell’operatore; anche i documenti che scaturiscono dalla programmazione, poi, così come le scritture contabili (delle quali infatti il bilancio di esercizio non fa parte, almeno quanto alle società), non sono oggetto di obblighi di pubblicazione (salvo casi eccezionali), né di comunicazione ai soci (con l’eccezione dell’art. 2489 c.c.) od ai creditori; la differenza tuttavia risiede nel fatto che la pianificazione non è *obbligatoria*, se non in situazioni normative eccezionali: come si vedrà subito, infatti, si tratta di un elemento di qualificazione della fattispecie, idoneo alla ricostruzione dell’istituto, e non già di un obbligo; il fatto che un’azienda dotata di un’efficiente funzione di programmazione sia meno esposta al rischio di divenire insolvente non costituisce per il legislatore motivo sufficiente per imporre la prima, se non quando l’assetto dell’impresa e le sue prospettive devono essere valutate al fine di rimuovere un limite all’esercizio di una particolare attività (anche in tal caso tuttavia oggetto di valutazione è l’attività, e non già la sua progettazione); il controllo dell’efficienza delle imprese infatti, come si è già detto, è affidato dall’ordinamento ad altri istituti, spesso tipici del diritto fallimentare. Come per le scritture contabili, ed anche più, d’altro canto, la

Si tratta infatti di un processo ininterrotto, che si avvale dei flussi informativi prodotti dalla funzione di controllo di gestione (c.d. *reporting*)⁽⁶⁶⁾, attraverso la quale si individuano gli scostamenti rispetto ai programmi, e si individuano gli adattamenti da compiere, determinati da modifiche imprevedibili della situazione ambientale, oppure da carenze originarie della programmazione stessa.

Di minor interesse per il giurista sono le distinzioni aziendalistiche fra *piani e programmi* ⁽⁶⁷⁾, essendo fra l'altro invalso spesso l'uso dei termini, così come quello di *budget* ⁽⁶⁸⁾, come sinonimi, nonché fra piani *patrimoniali, economici e finanziari*, ciò che sottolinea solo l'inerenza della programmazione a tutti gli aspetti dell'impresa.

Nella letteratura aziendalistica l'elaborazione del concetto di programmazione è legato all'esigenza pratica di aumentare l'efficienza dei complessi imprenditoriali attraverso la diffusione di una tecnica previsionale che richiede, per essere efficace, una formalizzazione analitica del prodotto dell'attività; per il giurista evidentemente la prospettiva è diversa: il problema qui è di qualificazione della fattispecie, e pertanto non si ricerca tanto una tecnica normativa per incentivare un comportamento ritenuto efficiente, quanto il confine di un fenomeno economico al quale si applica una data disciplina ⁽⁶⁹⁾.

Il diritto positivo di rado si occupa espressamente di programmazione: per l'esercizio di talune attività "riservate" occorre presentare all'Autorità di vigilanza del settore un "piano dell'attività" (banche, s.i.m.)⁽⁷⁰⁾; la pianificazione della gestione è poi imposta in caso di risanamento dell'impresa in crisi (amministrazione controllata, amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi^[71]); per ottenere la quotazione di titolo in un mercato regolamentato, poi, è parimenti necessario esporre nel prospetto informativo un programma che contenga le linee prevedibili di sviluppo dell'attività ⁽⁷²⁾; il regolamento interno delle cooperative di lavoro deve prevedere la facoltà per l'assemblea di deliberare un "piano di crisi" (art. 6 d. lgs. 3 aprile 2001, n. 142); e l'elenco potrebbe forse continuare.

La riforma del diritto societario adesso impone adesso la presentazione di un "*piano economico e finanziario*" nella relazione degli amministratori necessaria al fine di effettuare una fusione strumentale ad un'operazione di *leveraged buy out* (art. 2501bis, comma 3°, c.c.)⁽⁷³⁾, e di destinare una parte del patrimonio generale della società ad uno specifico affare (art. 2447ter, lett. c).

predisposizione di una funzione di programmazione è in pratica necessaria, nonostante l'imposizione di qualunque obbligo legale, proprio perché risponde ad un'esigenza insopprimibile di rappresentazione interna; un'altra differenza consiste poi nel fatto che le scritture hanno un senso solo se formalizzate in una documentazione, laddove la programmazione, ad es. nelle strutture più semplici, non ha necessariamente una forma definita. Come linea di sviluppo dell'ordinamento, può anche immaginarsi che l'adozione di certi *business plan*, quantomeno per la formulazione delle linee strategiche, sia resa obbligatoria ed oggetto di pubblicazione nel Registro delle Imprese; la struttura classica del bilancio di esercizio è del resto sempre meno idonea ad assicurare un'informazione completa sull'andamento della gestione, soprattutto a livello prospettivo.

⁽⁶⁶⁾ Sul controllo di gestione, indissolubilmente connesso alla programmazione (tanto che nelle prime elaborazioni aziendalistiche la seconda funzione ricomprendeva la prima), cfr. per tutti F. MAIOCCHI, *Il controllo di gestione*, Torino, 2000, *passim*; S. SCIARELLI, *op. cit.*, pp. 195 ss..

⁽⁶⁷⁾ I primi destinati ad una prospettiva di breve o medio- breve termine: cfr. C. CARAMIELLO, *Programmi e piani aziendali*, cit., pp. 15 ss..

⁽⁶⁸⁾ Il quale costituisce invece un documento redatto su basi quantitative, da intendere come un conto economico od un rendiconto finanziario "anticipati": cfr. M. AGLIATI, *Il budget e l'attività di programmazione e controllo per aree funzionali*, in *Misurazioni d'azienda programmazione e controllo*, cit., II, pp. 283 ss.

⁽⁶⁹⁾ Sarà poi l'applicazione della normativa sull'impresa ad incentivare l'adozione di tecniche che perseguano l'efficienza; in tal modo si vede bene come introducendo nella nozione dell'art. 2082 c.c. elementi tipici dei complessi efficienti si riduce piuttosto l'incentivo, posto che si esentano talune organizzazioni di mezzi dall'imputazione di discipline idonee a spingere all'adozione di strutture capaci di evitare le conseguenze giuridiche dell'insuccesso.

⁽⁷⁰⁾ Similmente occorre presentare un idoneo "piano di prosecuzione" per rendersi cessionario di aziende in esercizio nella procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (art. 63, comma 3°, d. lgs. n. 279/1999).

⁽⁷¹⁾ Cfr. ANT. ROSSI, *Il programma nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, in *Giur. comm.*, 2001, I, pp. 356 ss.

⁽⁷²⁾ La esposizione delle prospettive dell'attività è necessaria altresì al fine di emettere ABS nell'ambito di un'operazione di cartolarizzazione di crediti.

⁽⁷³⁾ La soluzione normativa è interessante, anche perché sembra recepire le conclusioni cui era giunta un'autorevole dottrina, non a caso fra le poche a valorizzare l'elemento pianificatorio come strumento di analisi della conformità delle operazioni gestionali agli

Ma non diversamente deve ragionarsi nel caso di trasformazioni regressive (art. 2500^{sexies}) ed eterogenee che coinvolgano società di capitali (art. 2500^{septies}), ove l'illustrazione degli "effetti" dell'operazione non può che essere vista nell'ottica della "previsione" degli scenari possibili scaturenti dalla ristrutturazione.

Ed anche nella fase di liquidazione a ciò è rivolta in realtà l'esigenza normativa di rappresentare i "criteri in base ai quali deve svolgersi" la stessa (art. 2487 lett. c), nonché, ancor più chiaramente, l'indicazione nella relazione allegata al bilancio delle "prospettive" della liquidazione e dell'eventuale continuazione dell'attività (art. 2490). E' pertanto ormai codificata la necessità di procedere alla redazione di un piano di cessazione, nonché di un piano di liquidazione.

Il controllo dell'adeguatezza del sistema di controllo interno rientrava già nelle attribuzioni del collegio sindacale delle società quotate (art. 149 lett. c, t.u. fin.), e sembra adesso acquisire rilevanza anche nell'apparato di *corporate governance* disegnato dalla Riforma, ove gli amministratori devono esaminare, "se elaborati", i "piani strategici, industriali e finanziari" (art. 2381, comma 3°).

Di più, gli organi gestori delegati devono verificare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile; e non sembra azzardato affermare che allora, a somiglianza di quanto già avviene per le scritture contabili (art. 2214²), anche per i piani la loro redazione, divenga di fatto obbligatoria se ciò sia "adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa" (arg. ex art. 2381⁵).

Le peculiarità funzionali e oggettive di tali situazioni rispetto alla nozione generale di pianificazione sono evidenti: nel caso delle attività finanziarie la finalità non è di dimostrare che l'azienda dispone di un'efficiente funzione programmatoria, ma solo di illustrare le evoluzioni prevedibili della gestione al fine di consentire all'organo di vigilanza di valutare la serietà dell'iniziativa, al fine di concedere l'autorizzazione (⁷⁴); quanto ai piani indirizzati al risanamento (⁷⁵), poi, lo scopo non è quello dello sviluppo dell'impresa, bensì di riconsegnare l'equilibrio, sicché è rotta la continuità colla programmazione del passato; nell'amministrazione straordinaria la redazione del programma è addirittura compito del commissario, e non già dell'imprenditore.

Negli altri casi è la portata di talune operazioni, avvertite come potenzialmente idonee a generare un elevato pericolo di insolvenza, ad imporre di effettuare la valutazione preventiva, e di formalizzarla.

Ma in ogni impresa c'è programmazione, a prescindere dalle dimensioni dell'organizzazione e dal fatto che vi sia scissione fra proprietà e *management* (⁷⁶): la stessa potrà rispondere ad un disegno non espresso e non formalizzato del titolare individuale, eppure sarà oggettivata nella gestione, e nella maggior parte dei casi estrapolabile dalla combinazione della struttura data ai fattori produttivi, della scelta dei mercati e dei prodotti; in breve il disegno progettuale dell'imprenditore dovrebbe essere osservabile in quanto impresso in quella che gli aziendalisti chiamano "formula aziendale" (o imprenditoriale)(⁷⁷)(⁷⁸). D'altro canto l'efficienza del processo

standards ammissibili: cfr. P. MONTALENTI, *Leveraged buyout: una sentenza chiarificatrice*, in *Giur. it.*, 1999, pp. 2106 ss. (in nota a Trib. Milano, 13 maggio 1999).

(⁷⁴) Dunque una funzione selettiva, assai simile a quella già svolta dal capitale minimo richiesto; d'altro canto non è previsto che l'informazione sia aggiornata, periodicamente od in caso di variazione di elementi essenziali.

(⁷⁵) Nella dottrina aziendalistica il processo di risanamento è individuato con l'espressione *turnaround*: cfr., nella cospicua letteratura, S. SCIARELLI, *La crisi d'impresa*, Padova, 1995; L. GUATRI, *Crisi e risanamento dell'impresa*, Milano, 1986, IDEM, *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995; M. BELCREDI, *Crisi dell'impresa e ristrutturazione finanziaria*, Milano, 1995; A. TEDESCHI-TOSCHI, *Crisi d'impresa tra sistema e management*, Milano, 1993; più di recente cfr. G. BERTOLI, *Crisi d'impresa, ristrutturazione e ritorno al valore*, Milano, 2000; M. ZITO, *Fisiologia e patologia delle crisi di impresa*, Milano, 1999.

(⁷⁶) Conf. C. CARAMIELLO, *op. cit.*, pp. 4 s., che parla di programmazione "implicita" per intendere quella non esteriorizzata, anche svolta nei tempi in cui la riflessione aziendalistica non l'aveva fatta oggetto di studi monografici; K. ANDREWS, *op. cit.*, pp. 36 s.; F. MAIOCCHI, *op. cit.*, p. 5.

(⁷⁷) Sulla "formula imprenditoriale" (f.i.) cfr. per tutti V. CODA, *La valutazione della formula imprenditoriale*, in AA.VV., *Gestione strategica d'impresa*, a c. dello stesso Coda, I, Milano, 1988, pp. 130 ss.; talvolta gli aziendalisti parlano di *business idea*: i due termini non vanno confusi, anche se sono correlati; con il secondo si fa riferimento al progetto di una certa produzione in un certo mercato, utilizzando risorse predefinite: si tratta pertanto di una visione prospettiva legata alla programmazione degli obiettivi, laddove la "formula aziendale" attiene all'organizzazione compiuta delle risorse, orientate verso dati obiettivi strategici; sulla *business idea* v. S. SCIARELLI, *Economia e gestione dell'impresa*, cit., pp. 275 ss.; R. NORMANN, *Le condizioni di sviluppo dell'impresa*, Milano, 1979 (trad. it.), pp. 124 ss..

di programmazione è funzione del tipo di organizzazione dell'impresa in atto ⁽⁷⁹⁾, e non è detto che la maggior analiticità della stessa sia un valore in sé ⁽⁸⁰⁾, posto che i costi dell'organizzazione di una complessa struttura di pianificazione potrebbero superare i vantaggi; come qualunque struttura predisposta per ridurre l'incertezza futura, infatti, il costo (certo) sostenuto in anticipo può superare la proiezione del vantaggio ottenibile ⁽⁸¹⁾.

La dottrina giuridica fa raramente riferimento alla programmazione come categoria autonoma da quelle tradizionali, nelle quali si compendia la nozione di imprenditore: ciononostante la percezione della qualità intrinsecamente programmata dell'attività d'impresa è tutt'altro che sporadica ⁽⁸²⁾.

In realtà la programmazione è un elemento già ricompreso nella nozione di imprenditore ex art. 2082 c.c., necessario per la qualificazione, ed utile alla ricostruzione del tipo.

Come struttura logica tesa ad ottimizzare il risultato economico, attraverso la prefigurazione delle condizioni necessarie al raggiungimento degli obiettivi di periodo, la programmazione (intesa come *funzione amministrativa*) è un elemento dell'*organizzazione*, tanto nella prospettiva economica quanto in quella giuridica ⁽⁸³⁾. Occorrerà solo discriminare i livelli progettuali per quei soggetti che esercitino più imprese ⁽⁸⁴⁾, posto che qui gli obiettivi da raggiungere potrebbero essere tali da imporre una gestione programmata delle risorse tale da non perseguire politiche di equilibrio in tutti i comparti ⁽⁸⁵⁾.

Ma l'organizzazione non è la pianificazione, al contrario presentandosi come un'*immagine*, non necessariamente statica, della stessa.

Va rilevato inoltre come in ambito economico la programmazione sia una funzione necessaria al fine di perseguire l'obiettivo dell'"autonomia" dell'azienda ⁽⁸⁶⁾: questa infatti dev'essere strutturata in modo tale da

⁽⁷⁸⁾ La "formula aziendale", quale precipitato statico dell'organizzazione pianificata dell'impresa, sembra del resto l'unica categoria cui è possibile ricorrere per la soluzione di rilevanti problemi pratici, purtroppo praticamente ignorati in dottrina; in primo luogo quando si tratta di discernere fra atti di gestione rientranti nel concetto di "ordinaria" e "straordinaria" amministrazione: la *vulgata* si limita tradizionalmente a ripetere che la distinzione nel diritto commerciale non ha motivo di porsi; eppure quando si fanno i conti col diritto positivo un significato efficiente ed operativo per l'espressione bisogna reperirlo (art. 2409, 92 disp. att. c.c., 167 l.f.); anche se il punto non può essere qui approfondito, è da ritenersi che il legislatore abbia inteso come atti di "straordinaria amministrazione" proprio quelli che modificano la formula aziendale; un altro interessante problema pratico si manifesta quando l'azienda diviene l'oggetto di una condanna alla restituzione, rimosso il titolo acquisitivo originario (annullamento, risoluzione, revocatoria fallimentare): l'esecuzione può allora diventare difficile, posto che l'azienda cambia ogni giorno nella composizione dei suoi elementi, e non è mai uguale né al momento in cui si pronunzia la condanna né quando la si esegue; anche in questo caso l'eseguibilità della condanna è subordinata al fatto che nell'azienda osservata nel momento in cui si esegue sia ancora osservabile il "programma" imprenditoriale impresso originariamente; in caso contrario, se cioè la composizione dei suoi elementi è stata variata sino al punto da renderla non più riconoscibile, resta solo la tutela obbligatoria.

⁽⁷⁹⁾ In tal senso, fra gli altri, S. FROVA, *Pianificazione*, cit., p. 33.

⁽⁸⁰⁾ Già a livello generale una eccessiva analiticità delle previsioni potrebbe rendere la pianificazione troppo rigida, ed esposta a frequenti variazioni ed aggiustamenti, idonei a diminuire il grado di adesione interna all'azienda.

⁽⁸¹⁾ Cfr. in argomento, quanto alla comparazione fra costi e benefici dei meccanismi di previsione del rischio di insolvenza dei propri debitori, G. DE LAURENTIS, *Il rischio di credito*, Milano, 1994, *passim*, spec. p. 39.

⁽⁸²⁾ La sottolineatura della progettualità dell'imprenditore si ritrova ad es. in C. ANGELICI, *Diritto Commerciale*, I, Bari, 2002, *passim*, spec. pp. 33 s.; E. LOFFREDO, *Economicità e impresa*, cit., *passim*; N. RONDINONE, *L'attività nel codice civile*, cit., *passim*; utilizza in ambito giuridico la categoria della programmazione, con dovizia di riferimenti, anche se al fine esclusivo di spiegare il funzionamento della direzione unitaria nei gruppi, soprattutto bancari, e di dare soluzione al problema del relativo conflitto di interessi, R. PENNISI, *Attività di direzione e poteri della capogruppo nei gruppi bancari*, Torino, 1997, *passim*, spec. pp. 37 ss., 135 ss.

⁽⁸³⁾ V. il legame fra programmazione ed organizzazione ad es. nelle riflessioni di J. GALBRAITH, *La progettazione organizzativa: un'analisi dal punto di vista del trattamento delle informazioni*, in *Misurazioni d'azienda, programmazione e controllo*, cit., I, pp. 81 ss.

⁽⁸⁴⁾ Si fa riferimento qui a quelle strutture economiche note come "aziende divise" o "multidivisionali"; in ambito giuridico v. P. SPADA, *Impresa*, in *Digesto disc. priv. Sez. comm.*, VII, 1992, pp. 56 ss.; R. COSTI, *La titolarità di più imprese*, in *Arch. giur.*, 1964, pp. 87 ss.

⁽⁸⁵⁾ Qui sta appunto la differenza fondamentale, tanto sotto l'aspetto aziendalistico quanto sotto quello giuridico, rispetto al gruppo, ove invece la distinzione fra i soggetti impone di perseguire l'equilibrio in ogni società, sia pur secondo modalità differenti rispetto a quelle dell'impresa "monade"; cfr. sin d'ora B. PASSAPONTI, *I gruppi e le altre aggregazioni aziendali*, Milano, 1994, pp. 135 ss.

⁽⁸⁶⁾ Sull'autonomia dell'azienda-impresa cfr. A. TOMMASETTI, *I soggetti ed il concetto di azienda*, cit., pp. 465 s.; S. SARCONI, *L'azienda*, cit., pp. 172 s.; su analoga lunghezza d'onda, a proposito del requisito della professionalità, G. OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 595; l'aspirazione alla continuità dell'azienda è

essere in grado di essere idealmente distaccata dal suo “soggetto economico”, ossia deve essere gestita secondo criteri tali da garantire il mantenimento dell’equilibrio economico e finanziario senza ricorrere ad iniezioni esterne per un tempo indefinito ⁽⁸⁷⁾.

Nel diritto quest’esigenza è parzialmente insita nelle nozioni di *economicità* (che esprime l’attitudine del risultato ad alimentare l’attività, coprendo i costi)⁽⁸⁸⁾ e di *professionalità*: il significato che viene attribuito all’ultimo termine nella letteratura tradizionale ⁽⁸⁹⁾, come stabilità e non occasionalità dell’attività, è senz’altro esatto in termini funzionali, ma omette di precisare in qual modo tale stabilità tendenziale sia perseguita.

Quest’aspetto non è affatto privo di rilevanza, posto che è proprio dall’esame del “come” l’attività si proponga come non meramente occasionale che può desumersi la presenza o meno dell’elemento, e così la qualificazione della stessa come imprenditoriale o meno. Non è casuale perciò che l’elemento sia di fatto svalutato nell’elaborazione scientifica ⁽⁹⁰⁾, soppiantato spesso da quello dell’organizzazione ⁽⁹¹⁾, laddove la pratica giurisprudenziale reagisce alla carenza di *standards* di valutazione dotati di fondamento empirico attraverso la stereotipazione nelle motivazioni delle formule tradizionali e l’esercizio di fatto di una estesa discrezionalità, in concreto tendendo a rinvenire quasi sempre gli elementi della fattispecie (il che non è nemmeno troppo eccentrico rispetto alle linee di fondo del sistema).

Si ritrova così ad es. l’affermazione tralascia per cui anche un singolo affare può determinare l’imprenditorialità di chi lo porta a compimento, se ciò viene fatto con modalità e spiegamento di mezzi “complessi” ⁽⁹²⁾; in tal modo però si realizza ancora chiaramente uno spostamento del processo qualificatorio dalla professionalità all’organizzazione.

La soluzione, di per sé esatta, poggia invece sulla comprensione della portata della programmazione nella ricognizione dei tratti morfogenetici dell’impresa: basterà pertanto che la “complessità” dell’affare, ossia dell’*output*, richieda necessariamente una programmazione delle modalità di perseguimento dello stesso, chiaramente ed oggettivamente riscontrabile dal concreto coordinamento dei fattori della produzione.

E’ manifesto che il diritto si accontenta di meno rispetto all’economia; non occorre cioè una proiezione temporale indefinita dell’attività: sarà sufficiente che le modalità dell’azione siano indirizzate programmaticamente verso un risultato, anche se lo stesso dovesse esaurire la pianificazione, per poi aprirsi subito la fase di liquidazione.

Soltanto al di sotto di questa soglia non vi è rilevanza giuridica per il diritto commerciale.

L’*economicità*, infine, potrà apprezzarsi solo attraverso la valutazione prospettica delle condizioni programmate d’equilibrio: non è il successo, e la produzione di un risultato di gestione positivo, a rendere “economica” l’attività, ma la predisposizione di un assetto dei fattori della produzione tale far intendere che

sottolineata dai teorici della moderna “teoria della creazione del valore”, sulla quale v. per tutti L. GUATRI- S. VICARI, *Sistemi d’impresa e capitalismi a confronto. Creazione di valore in diversi contesti*, Milano, 1994, spec. pp. 79 s.

⁽⁸⁷⁾ Il che non vuol dire che l’impresa debba essere eterna, posto che un mutamento nell’ambiente può imporne la liquidazione, quando non è possibile né economica la ristrutturazione, nemmeno se si varia il mercato ove si opera; ma la stessa, per costituire oggetto dell’interesse dello studioso, deve essere concepita in modo tale da continuare per un tempo indefinito.

⁽⁸⁸⁾ In realtà l’economicità nella letteratura aziendalistica sembra essere qualcosa di più rispetto alla mera formula della copertura dei costi coi ricavi: si fa rilevare infatti come occorra anche la *congrua* remunerazione dei fattori di produzione, e come l’accumulazione di un margine di liquidità sia indispensabile per affrontare le future turbolenze ambientali e gli squilibri finanziari temporanei; anche per questo motivo, come si è detto, parte della dottrina giuridica dubita della validità della ricostruzione ormai maggioritaria (e v. le riflessioni di A. GENOVESE, *op. loc. cit.*); ciononostante, come si è già avuto modo di ripetere, quella presupposta dall’art. 2082 c.c. è una esigenza di qualificazione, e non di efficienza: il diritto vuole sottoporre alla disciplina dell’impresa un numero di complessi produttivi ben più ampio di quelli dotati di una formula aziendale di successo.

⁽⁸⁹⁾ Si rinvia per ulteriori riferimenti a V. BUOCONORE, *L’impresa*, cit., pp. 138 ss.

⁽⁹⁰⁾ Il requisito non può ritenersi già insito nel concetto di attività, come invece talvolta si opina: può aversi sequenza coordinata di atti indirizzati verso un fine anche in assenza di professionalità; quello che scrimina è proprio la programmazione: una mera successione di atti funzionalmente unificati non dà luogo ad un’attività di impresa se la dimensione teleologica non manifesta profili programmatici.

⁽⁹¹⁾ V. l’enfaticizzazione dell’organizzazione ad es. in V. AFFERNI, *Gli atti di organizzazione e la figura giuridica dell’imprenditore*, Milano, 1973, *passim*.

⁽⁹²⁾ Cfr. *ex multis* Cass., 29 agosto 1997, n. 8193, Reghenzani c. Min. Finanze, in *Mass. Foro it.*, 1997; Trib. Napoli, 14 aprile 1997, Punzo c. Fall. Soc. Punzo ed altri, in *Dir. fall.*, 1999, II, p. 399

l'equilibrio è perseguito come una funzione dell'attività, al limite anche in modo inidoneo ⁽⁹³⁾; l'economicità come elemento di qualificazione dell'imprenditore è un *equilibrio programmato*, laddove la perdita non è incompatibile, bensì presuppone, l'economicità dell'agire.

Dunque la programmazione non è un concetto meramente economico, ma ha una precisa rilevanza giuridica, tanto nella fase qualificatoria quanto in quella operativa (ove, come si vedrà, può misurare la "conformità" di certe condotte allo schema legale); d'altro canto il carattere "universale" della stessa, atta ad informare di sé tutta l'impresa, non è tale da lasciare impermeabile la nozione giuridica di imprenditore, ove la programmazione riassume invece proprio la caratteristica dell'attività d'impresa di essere *economica, professionale e organizzata al fine* della produzione di beni o servizi.

Non occorrerà, come si è detto, che la programmazione sia formalizzata in un apparato documentale, né si deve temere che l'indagine qualificatoria sia così destinata ad essere condotta su basi soggettive e psicologiche: la ricognizione dei tratti pianificatori potrà essere operata attraverso l'esame delle modalità di svolgimento dell'attività e sui caratteri dell'organizzazione, così da rinvenire i profili del coordinamento impresso ai fattori della produzione. Non va dimenticato infatti che nell'applicazione giurisprudenziale la "prova" non deve essere conseguita in termini di certezza assoluta, ma di probabilità qualificata, e l'inferenza probatoria può giovare del meccanismo induttivo (art. 2729 c.c.).

D'altro canto la visione pianificatoria si sposa alla perfezione anche con le teorie economiche dell'impresa incentrate sulla riflessione coasiana, che informano l'indirizzo metodologico improntato all'analisi economica del diritto.

Infatti l'impresa, "scatola nera" di produzione, concepita come "alternativa" al mercato fondata sulla eliminazione dei costi transattivi, si muove in un universo in movimento ove il titolare non è in grado di prevedere tutte le condizioni operative, ossia nella situazione tipica dei contratti "incompleti".

Il fatto che la nozione dell'impresa proposta sia tesa a sopprimere i costi transattivi relativi ai rapporti contrattuali sul mercato non sopprime l'esigenza per l'imprenditore di massimizzare il proprio risultato; un momento relazionale infatti è sempre presente nell'impresa, non solo al suo interno, ma soprattutto nel rapporto col mercato, e nell'erogazione dell'*output*: la struttura pianificata allora corrisponde ad una precisa vocazione "razionale" dell'imprenditore, che così minimizza il rischio ineliminabile dell'imprevisione; la programmazione pertanto rientra pienamente nel novero degli strumenti per la riduzione dei costi di transazione, proprio nella classificazione data da Coase, che ricomprende non soltanto quelli rivolti a semplificare le contrattazioni, ma anche quelli legati alla difficoltà di prevedere le condizioni future ⁽⁹⁴⁾.

4. *La quadratura del cerchio negli hard cases: l'inizio e la fine dell'impresa.* – L'analisi del momento di inizio e di fine dell'impresa ha sempre costituito la cartina di tornasole per tutte le concezioni sull'impresa

Al riguardo la tendenza diffusa fra gli interpreti ed in giurisprudenza è decisamente centripeta, nel senso di perseguire con tenacia l'anticipazione e la posticipazione rispettivamente dell'inizio e della fine dell'impresa rispetto alla fase centrale di elaborazione dell'*input* e di erogazione dell'*output*. D'altro canto non si può certo dire che tale *modus operandi* tradisca le linee di fondo del sistema, chiaramente ispirate all'estensione, piuttosto che alla riduzione, della sfera applicativa del diritto dell'impresa ⁽⁹⁵⁾.

La questione ha un'incidenza prevalentemente fallimentaristica, anche se non possono essere trascurati né profili eccentrici rispetto alla prospettiva concorsuale, né la possibilità che il problema debba trovare soluzioni distinte, in relazione ai fini della disciplina della quale si reclama l'applicazione ⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹³⁾ Su ciò v. E. LOFFREDO, *op. loc. citt.*; M. RAGNO, *Fondazioni bancarie ed attività d'impresa*, in *Banca impr. soc.*, 2000, pp. 444 s.

⁽⁹⁴⁾ La eccentricità di tale proposta sembra risiedere piuttosto nel fatto per cui la ricostruzione giuridica prospettata prescinde dalla predisposizione di incentivi all'adozione di un comportamento efficiente: ma in realtà l'incentivo, come si è già detto, risiede nella estensione della disciplina di "trattamento" dell'insolvenza d'impresa, che disincentiva le condotte inefficienti.

⁽⁹⁵⁾ Anche se il profilo non può qui essere approfondito, l'accertamento dell'inizio e della fine dell'impresa (non piccola) ha un'efficacia immediata e diretta sulla ripartizione del rischio da insolvenza, nella misura in cui condiziona la fallibilità, che "conforma" l'obbligazione.

⁽⁹⁶⁾ Conf. G. RAGUSA MAGGIORE, *Inizio e occasionalità dell'impresa commerciale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p.161 nota 11; M. LA TORRE, *Il problema dell'inizio dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 1981, I, p. 66.

In relazione al momento d'inizio, la tesi che ricerca il discrimine nell'effettivo esercizio dell'attività produttiva sembra muovere in realtà da un equivoco: l'art. 2082 c.c. infatti non definisce l'imprenditore come colui che esercita professionalmente un'attività di produzione⁽⁹⁷⁾, bensì un'attività economica organizzata *al fine* della produzione; attività infatti può bene esserci anche prima dell'inizio del ciclo di produzione, non essendo il fatto descritto dalla legge per il suo contenuto, ma per la sua strumentalità rispetto ad un fine⁽⁹⁸⁾.

L'equivoco si riproduce là dove i singoli atti che compongono l'attività vengono identificati con quelli di acquisto delle materie prime e di vendita dei prodotti finiti; in realtà, a prescindere dalla difficoltà di integrare questo modo di vedere con le imprese che operano in settori merceologici altamente "smaterializzati"⁽⁹⁹⁾, anche l'organizzazione, nel suo profilo dinamico⁽¹⁰⁰⁾, si concretizza in un'attività, all'interno della quale sono individuabili singoli atti suscettibili di essere messi in relazione teleologica col fine produttivo.

Ciononostante anche le tesi che focalizzano l'inizio dell'attività d'impresa col venire in essere dell'organizzazione manifestano spesso limiti logici e forzature⁽¹⁰¹⁾, finendo col legittimarsi a livello ideologico, attraverso il dichiarato proposito di estendere la tutela del credito.

Così anche per la suggestiva e raffinata prospettazione per cui pure l'adozione di atti "di organizzazione" avrebbe contenuto economico, potendo essere svolta durante l'esercizio in atto dell'attività in modo inscindibile dagli atti di gestione⁽¹⁰²⁾, e valutata proprio per la conformità all'oggetto dell'impresa⁽¹⁰³⁾, ed anche in forma autonoma, come specifico oggetto di una produzione in sé finita⁽¹⁰⁴⁾.

Senonché, che gli atti di organizzazione (*rectius*, *ri-organizzazione*) siano "inerenti all'esercizio dell'impresa" prova poco, oltre al fatto che il criterio relazionale dell'art. 2204 c.c. attiene anche a fatti non direttamente correlati alla produzione⁽¹⁰⁵⁾; ma l'essere un atto conforme allo schema legale di un'attività non implica anche che lo stesso ne esaurisca il contenuto tipico.

Quanto poi al fatto che possa ben concepirsi un'attività economica di organizzazione di imprese "chiavi" o persino "mercato in mano", la tesi manifesta un vizio logico assai simile a quelle altre che si accontentano della venuta in essere di una parte del ciclo produttivo, ad es. l'approvvigionamento di materie prime o di mano d'opera: in realtà, il fatto che un certo risultato possa costituire l'*output* in cui si compendia la gestione caratteristica di un'impresa non prova ancora che la sua creazione basti ad imputare la qualità imprenditoriale *ad un'altra*. O meglio, quel risultato potrebbe far imputare la qualità di imprenditore rispetto al settore merceologico utilizzato come criterio di qualificazione, non ad un altro; l'attività di approvvigionamento di materie prime può costituire soltanto *una fase*⁽¹⁰⁶⁾ di un'impresa di produzione; e l'esercizio professionale di questa fase può anche essere l'oggetto di un'attività imprenditoriale in sé perfetta, benché ausiliaria (artt. 2195

⁽⁹⁷⁾ Questo sembra invece il senso della riflessione di G. OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa*, cit., p. 597.

⁽⁹⁸⁾ Un indizio normativo in tal senso si trova nell'art. 2555 c.c., ove è qualificato chiaramente come imprenditore colui che organizza: così A. GENOVESE, *La nozione giuridica dell'imprenditore*, cit., p. 50; quest'autore si accontenta dell'adozione di atti "necessari o utili, oggettivi e riconoscibili": *ivi*, pp. 22 s. e 50 ss.; una prospettiva simile a quella del testo, se ben s'intende, è quella sposata da F. FARINA, *L'acquisto della qualità d'imprenditore*, Padova, 1985, pp. 210 s.

⁽⁹⁹⁾ E v. infatti la precisazione di M. LA TORRE, *op. cit.*, p. 54 nota 27bis.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. L. FARENGA, *I contratti parasociali*, Milano, 1987, pp. 92 ss., che distingue fra "organizzazione dell'attività" e "attività di organizzazione".

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. R. FRANCESCHELLI, *Imprese e imprenditori*, Milano, 1972, pp. 129 ss., che distingue "atti di organizzazione" ed "atti dell'organizzazione", richiedendo il requisito della "messa in moto" del compendio produttivo, quantomai equivoco; enfatizza la portata dell'organizzazione, svalutando di conseguenza la professionalità, anche V. AFFERNI, *op. cit.*, pp. 120 ss.

⁽¹⁰²⁾ La normale inscindibilità degli atti di gestione e di organizzazione- pianificazione, pur nella fase di costituzione dell'impresa, è sottolineata anche dagli aziendalisti: v. sul punto M. DE SARNO, *Costituzione e cessazione dell'impresa*, in *Azienda*, cit., a cura di E. Viganò, p. 605.

⁽¹⁰³⁾ Arg. ex artt. 2204 e 2208 c.c.: in tal senso v. P.G. JAEGER, *Note critiche sull'inizio dell'impresa commerciale*, in *Riv. soc.*, 1966, pp. 776 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ IDEM, *op. cit.*, pp. 778 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ Senza dimenticare che in dottrina si reputa limitata la legittimazione dell'istitutore, il quale non potrebbe trasformare radicalmente l'impresa senza il consenso dell'imprenditore: cfr. V. BUOCONORE, *op. cit.*, p. 499; M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, in *Tratt. dir. civ. it.* diretto da F. Vassalli, X, 1, Torino, pp. 298 s.

⁽¹⁰⁶⁾ Sul concetto giuridico di "fase" v. le lucide osservazioni di A. GENOVESE, *op. cit.*, pp. 14 s.

n. 5, 2602 c.c.^[107]); ma dall'organizzazione della fase non si può ricavare l'organizzazione del processo completo; insomma, delle due l'una: o il soggetto che si è rifornito od organizzato è un imprenditore ausiliario (oppure un organizzatore di imprese di professione), ciò che nessuno si sente di dire, oppure non è ancora un imprenditore.

D'altro canto sarebbe impossibile, su queste sole basi, rinvenire altresì l'*economicità* dell'impresa sulla cui esistenza si indaga⁽¹⁰⁸⁾: come verificare la capacità anche solo tendenziale dei ricavi di coprire i costi analizzando soltanto un segmento del ciclo produttivo, od addirittura un mero antefatto di quest'ultimo?

In realtà, per affermare che l'impresa è iniziata (e per effettuare la denuncia obbligatoria presso il Registro delle Imprese, ex art. 2196 c.c.), non è sufficiente rinvenire i tratti morfogenetici di un'impresa senza ulteriori qualificazioni, ma occorre qualificare per intero la fattispecie concreta, classificandola all'interno dei sottotipi (agricolo- commerciale, piccolo- non piccolo) e degli ordinamenti settoriali.

Per converso, le tesi che predicano la sufficienza dell'esistenza di un'organizzazione completa ed idonea ad esercitare una certa attività imprenditoriale⁽¹⁰⁹⁾ talvolta si manifestano insicure, e ripiegano verso elementi spuri quali quello della obiettiva "riconoscibilità" esteriore⁽¹¹⁰⁾ degli atti. Si tratta tuttavia di una sicurezza di peso assai scarso, influenzata da una sopravvalutazione del ruolo generale dell'affidamento: in materia al contrario il legislatore manifesta la precisa tendenza ad estendere la responsabilità per le obbligazioni contratte nell'esercizio dell'impresa a prescindere da requisiti esteriori (arg. ex art. 147, comma 2°, l.f.). D'altro canto, la rilevanza dell'esteriorizzazione, in un'economia che denuncia ormai un'estesa smaterializzazione, ove l'approvvigionamento di mezzi finanziari è talvolta molto più rilevante dell'approntamento di mezzi materiali, è assai bassa.

La tesi che si incentra sull'organizzazione ha però dalla sua un argomento "pratico" molto forte: il motivo per cui esiste la disciplina dell'impresa risiede soprattutto nel particolare rischio di insolvenza che incombe sui creditori dell'imprenditore, il quale "scommette" sulla riuscita di una certa formula imprenditoriale, ed entra in contatto con altri operatori i cui flussi finanziari dipendono a loro volta, in varia misura, dall'adempimento "regolare" (arg. ex art. 5 l.f.) dello stesso debitore.

E' intuitivo che colui il quale ha predisposto il proprio apparato organizzativo ha già sostenuto spese ingenti, entrando in relazione col mercato; potrebbe aver già erogato tutte le somme attraverso il proprio patrimonio personale, ma è inusuale che ciò avvenga: il ricorso all'indebitamento ed alla leva finanziaria è anzi uno strumento generalizzato di aumento della redditività⁽¹¹¹⁾. Il rischio dell'insuccesso, e della mancata remunerazione dei fattori produttivi, incombe sul soggetto economico già in questa fase; posso avere una struttura imponente per vendere al dettaglio scarpe sportive, ma se nessuno mette piede nel punto di vendita non completerò mai il mio ciclo produttivo, e sarò costretto a chiudere; il perché in questo caso i creditori non debbano essere tutelati coll'estensione delle procedure concorsuali non è semplice da giustificare.

Ancora una volta la risposta sembra dover essere trovata nella programmazione: potrà considerarsi attività organizzata *professionalmente* ed *economicamente* quella che sia già stata oggetto di una pianificazione completa (anche se non necessariamente accurata ed analitica) degli obiettivi e delle risorse; la mera consistenza materiale di un'organizzazione, semplice immagine statica di un'attività indefinita, suscettibile di esercizio solo se completata col sostrato teleologico, non sarà sufficiente. Perciò l'organizzatore "professionale" di aziende

⁽¹⁰⁷⁾ Critico circa la ausiliarità dell'impresa consortile V. BUOCONORE, op. cit., p. 484; *contra* ad es. M. BIONE, *L'impresa ausiliaria*, Padova, 1971, pp. 98 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ La rilevanza e necessità dell'*economicità* viene spesso dimenticata quando si qualifica l'imprenditorialità della *holding*: infatti quando questa eroga servizi finanziari o comunque accessori alle altre società del gruppo, può riscuotere e riscuote per questo un corrispettivo, ma quando si limita all'esercizio della "direzione unitaria", la percezione di un "prezzo" sarebbe a di poco discutibile, laddove la riscossione degli utili derivanti dalle partecipazioni detenute non costituisce necessariamente un ricavo; si ha talvolta l'impressione che l'imprenditorialità della *holding* sia un problema più di politica del diritto che tecnico.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. al riguardo ad es. G. RAGUSA MAGGIORE, op. ult. cit., pp. 166 ss.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. ad es. M. GHIDINI, *Inizio e cessazione dell'impresa*, in *Temì*, 1962, pp. 418 ss.

⁽¹¹¹⁾ Secondo le assunzioni del noto teorema di Modigliani- Miller: cfr. F. MODIGLIANI- M. MILLER, *The cost of capital, corporation finance, and the theory of investment*, in *American Economic Review*, 1958, pp. 261 ss.; IDEM, *Corporate income taxes and the cost of capital: a correction*, *ivi*, 1963, pp. 433 ss.

non è imprenditore rispetto all'azienda approntata per terzi: la programmazione infatti non è completa, ma necessita di essere integrata dal vero "soggetto economico"; in questo stadio infatti l'unica programmazione completa attiene all'*output* "produzione di aziende", e non già all'*output* del prodotto finale- azienda.

Gli studi aziendalistici mostrano del resto come dal punto di vista logico (non necessariamente sotto quello pratico) la fase di programmazione e di concezione della formula aziendale si collochino in posizione assai arretrata rispetto all'inizio della gestione ordinaria ⁽¹¹²⁾.

L'esistenza di un'organizzazione in atto d'altro canto sarà indispensabile, e perché l'impresa è un'attività "organizzata" (art. 2082) e perché nella maggior parte delle ipotesi solo dal coordinamento oggettivo dei fattori produttivi sarà possibile ricavare induttivamente la ricorrenza di una pianificazione.

Il conseguimento dell'*economicità*, in particolare, come si è già visto, potrà essere ricavato solo attraverso la valutazione delle condizioni programmate d'equilibrio: l'*economicità* è infatti un *equilibrio programmato*.

Analoghe difficoltà interpretative circondano il fenomeno della *fine dell'impresa*; qui tuttavia l'enfasi sulla tutela dei creditori contro le cessazioni "a sorpresa" potrebbero essere forse sdrammatizzate non poco se si desse piena attuazione al principio dell'efficacia dichiarativa della pubblicazione (art. 2196, comma 3°, c.c.), affermando la decorrenza del termine di cui all'art. 10 l.f. dalla data dell'iscrizione nel Registro delle Imprese, piuttosto che da quella dell'effettivo arresto dell'attività ⁽¹¹³⁾.

Gli interpreti e gli operatori sembrano comunque aver trovato una singolare concordia in ordine alla formula della "effettiva e definitiva disgregazione del complesso aziendale" ⁽¹¹⁴⁾; in giurisprudenza poi si sottolinea che l'adozione di atti "ontologicamente" analoghi a quelli tipici dell'esercizio corrente impedirebbe di affermare la cessazione. E' ben rappresentata tuttavia anche l'opinione per cui il mantenimento di un'organizzazione idonea non potrebbe impedire la cessazione, quando si sia ormai arrestata l'attività economica ⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹²⁾ Cfr. M. DE SARNO, *op. cit.*, pp. 604 s.

⁽¹¹³⁾ In tal senso l'ordinanza di rimessione alla Corte Cost. del Trib. Monza, 2-9 novembre 2000, in *Fallimento*, 2001, p. 75; la questione tuttavia è stata ritenuta "manifestamente" infondata dalla Corte Cost., 7 novembre 2001, n. 361 (in *Foro it.*, 2002, I, con brevi osservazioni di M. FABIANI, ed in *Società*, 2002, p. 310), e poi, su riproposizione della questione da parte del Trib. Pistoia, da Corte Cost., 22 aprile 2002, n. 131 (entrambe le ordinanze della Corte sono pubblicate su *Giur. comm.*, 2002, II, p. 563, con ampia e documentata nota di A. ZORZI); nello stesso processo *a quo*, i Giudici di merito sono infine giunti ad interpretare il sistema in senso conforme a quanto qui riportato: Trib. Monza, 10 ottobre 2002, inedita. L'esaltazione del ruolo della pubblicità commerciale, in relazione alla cessazione della qualità di socio occulto illimitatamente responsabile, è stata del resto operata dalla stessa Corte, nella successiva ordinanza 1 luglio 2002, n. 321. In senso conf. alla prospettazione del Tribunale monzese v. M. FERRO, *L'istruttoria prefallimentare*, Torino, 2001, p. 118; G. LIMITONE, *Sul nuovo orientamento costituzionale in materia di fallimento della società e dei soci: conseguenze applicative*, in *Fallimento*, 2001, pp. 641 ss.; *contra* S. DI AMATO, *Il fallimento della società di persone: interventi della Corte Costituzionale e prospettive di riforma*, in *La riforma del diritto commerciale da Mirone a Rovelli*, a cura di G. Limitone, Atti del Convegno di Padova del 6/7 aprile 2001, Milano, Ipsoa, 2002, pp. 153 ss.; la datazione esatta della cessazione "di fatto" resterebbe rilevante naturalmente per gli imprenditori commerciali per qualunque motivo mai iscritti nel Registro delle Imprese, sempre ammesso che qui il termine inizi davvero a decorrere, secondo la soluzione che sembra più corretta, e che trovasi espressa ad es. nella cit. Trib. Monza, 24 maggio 2001.

⁽¹¹⁴⁾ Tale espressione è caratteristica di quasi tutte le pronunzie giurisprudenziali, benché le stesse poi si differenzino in misura sensibile quanto alla concreta caratterizzazione richiesta per tale "disgregazione": cfr., a partire da Cass., 3 novembre 1989, n. 4599, Barbugian c. Fall.to Barbugian, in *Giur. comm.*, 1990, II, p. 929; Cass., 17 marzo 1997, n. 2321, Vassallo c. Banca di Roma s.p.a., in *Giur. it.*, 1998, I, p. 1190; Trib. Reggio Calabria, 18 maggio 1995, Iaria c. Arillotta, e App. Catanzaro, 2 luglio 1993, Cataldi c. Fall.to Cataldi, in *Dir. fall.*, 1995, II, p. 647; Trib. Perugia, 19 luglio 1995, Philips c. L., in *Riv. giur. umbra*, 1995, p. 799; Trib. Messina, 17 luglio 1997, Tornabene c. Fall.to Tornabene, in *Fallimento*, 1998, p. 308; in dottrina cfr. R. FRANCESCHELLI, *op. cit.*, p. 132; G. RAGUSA MAGGIORE, *La cessazione dell'impresa commerciale e il fallimento (art. 10 l. fall.)*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, pp. 172 ss., che isola, in modo simmetrico rispetto alla propria soluzione circa il problema dell'inizio, il momento ove l'organizzazione non è più idonea ad esercitare quell'impresa; sembra aderire V. BUOCONORE, *op. ult. cit.*, pp. 177 ss.; IDEM, *Fallimento e impresa*, Napoli, 1969, pp. 256 ss.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. variamente G. OPPO, *op. cit.*, pp. 597 s.; M. GHIDINI, *op. cit.*, pp. 427 ss.; A. JORIO, *Gli articoli 10 e 11 della legge fallimentare e le società commerciali*, in *Riv. soc.*, 1969, pp. 327 ss.; di recente G. BONFANTE, *L'imprenditore*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da G. Cottino, I, Padova, 2001, p. 556.

Anche in questo caso, dietro all'apparente uniformità di principio, si cela un amplissimo utilizzo della discrezionalità giurisprudenziale, ove si annidano con frequenza i preconcetti economici e giuridici del Giudice in materia d'impresa⁽¹¹⁶⁾; ed anche in questo caso sembra che i dubbi siano generati da una visione "monca" dell'imprenditore, carente di un presupposto di qualificazione essenziale.

Di per sé non ha senso parlare di atti "ontologicamente" identici a quelli della gestione ordinaria: non ci può essere identità senza chiarire quale sia il criterio relazionale impiegato per affermare la "conformità"; o meglio, il criterio c'è, anche se resta inespresso, e coincide visibilmente col ciclo produttivo; dunque la vendita dell'ultimo paio di scarpe a tre anni dalla chiusura del negozio, quando tutti gli altri beni sono stati liquidati, dovrebbe far ritenere "ancora in esercizio" l'impresa? Ed allora perché non dire altrettanto dell'acquisto? E' chiaro che non esiste atto "ontologicamente" identico, in assenza di parametri relazionali esterni.

L'errore risiede evidentemente, anche qui, nella visione riduzionistica dell'impresa come ristretta all'esercizio del ciclo produttivo, senza considerazione dell'attività di organizzazione economica.

E che dire del soggetto con organizzazione dei fattori produzioni intatti, che abbia chiuso il negozio da anni, senza più vendere ad alcuno? In realtà si vede bene come il concetto di "organizzazione" da disgregare sia per l'opinione dominante coincidente con quello di azienda ex art. 2555 c.c., operazione che si è già visto non essere possibile; disgregazione si potrà avere solo se quell'organizzazione venga a mancare dei requisiti essenziali ex art. 2082 c.c., compreso il coordinamento dei fattori, anche di quelli immateriali, e non separabili dal soggetto economico esercente.

Potrà esserci allora ancora un'azienda ex art. 2555 c.c., addirittura suscettibile di cessione ad un prezzo superiore alla sommatoria dei valori di liquidazione dei singoli componenti, in condizioni di definitivo arresto dell'attività; il fenomeno del resto è ben noto alla pratica delle società di *appraisal*.

La soluzione anche qui si trova solo una volta che si sia inserito nel discorso l'elemento della programmazione.

La liquidazione dell'impresa è anch'essa un'attività *programmata*⁽¹¹⁷⁾, ove tuttavia le direttive funzionali non sono più rivolte all'"autonomia" ed alla "continuità" dell'azienda nel senso ordinario.

Ciononostante si tratta di una programmazione che mantiene chiari *profili di economicità*, sia pur modificata rispetto alla fase ordinaria: l'obiettivo finale della liquidazione dev'essere infatti quello della estinzione delle passività secondo il piano delle scadenze correnti (od in quelle ricontrattate secondo termini ragionevoli ed accettabili dai creditori); ciò può essere raggiunto anche con l'arresto immediato del ciclo produttivo, e la cessione dell'azienda in blocco, oppure col ricorso integrale al finanziamento esterno (garantito dal presumibile valore di realizzo del complesso); ma nei fatti è molto più frequente che la fase liquidatoria sia finanziata allo stesso tempo con i flussi e delle alienazioni e della continuazione temporanea della gestione dell'impresa. Si inserisce così nel procedimento di liquidazione uno spazio per la continuazione dell'attività d'impresa, gestita secondo un criterio di economicità (il c.d. "minimo mezzo" di cui parlano gli aziendalisti), teso non più principalmente a remunerare i fattori della produzione, bensì alla copertura delle esigenze del

⁽¹¹⁶⁾ E' così che viene dato specifico risalto alla permanenza dello "scopo di lucro" (Cass., n. 2321/1997), alla percezione di "vantaggi mediati" dall'affitto del complesso aziendale (Trib. Perugia, 21 febbraio 1996, in *Fallimento*, 1996, p. 706, la cui *ratio decidendi* è tranquillamente riportata come presupposto argomentativo anche dalla cit. Trib. Perugia, 19 luglio 1995), all'esecuzione in senso squisitamente civilistico di contratti stipulati nella fase ordinaria (Trib. Messina, 17 luglio 1997, cit.).

⁽¹¹⁷⁾ Bisogna distinguere fra liquidazione del soggetto, ossia di tutti i rapporti attivi e passivi dello stesso, e dell'impresa, che comporta il pagamento dei debiti contratti in esercizio e la realizzazione dei fattori della produzione investiti; nella sostanza i due concetti coincideranno quasi sempre nelle società che esercitano una sola impresa, mentre l'alienazione di beni non investiti nel processo produttivo si renderà comunque spesso necessaria, portando ad emersione una gestione extracaratteristica di liquidazione, quando non sia prevedibile che l'attivo investito copra il passivo; sulla pianificazione e sullo svolgimento dell'attività di cessazione dell'impresa cfr., nella letteratura aziendalistica, M. DE SARNO, *Costituzione e cessazione dell'azienda*, cit., pp. 614 ss.; IDEM, *Economia dell'impresa in liquidazione*, Padova, 1997, *passim*, spec. pp. 70 ss.; C. CARAMIELLO, *L'azienda nella fase terminale*, Pisa, 1968, *passim*. Anche in questo caso non sono rilevanti per il giurista talune distinzioni concettuali elaborate dagli aziendalisti, quale quella che discrimina il *piano di liquidazione* da quello di *cessazione* (a più diretta ed analitica incidenza economica e finanziaria).

processo (oppure, più semplicemente, a mantenere i valori immateriali, che verrebbero abbattuti da un'interruzione della produzione)⁽¹¹⁸⁾.

La programmazione di questa gestione dovrà naturalmente armonizzarsi ed integrarsi con la pianificazione generale del processo liquidatorio, ma manterrà *una propria economicità*, non potendo scendere sotto la prospettiva del “minimo mezzo”; l'orizzonte temporale ovviamente muterà, dovendosi adeguare alla previsione del momento di presumibile interruzione dell'attività produttiva, coincidente col passaggio alla semplice alienazione dei beni rimasti, *quando il soggetto non è più imprenditore* ⁽¹¹⁹⁾.

Pertanto non ha alcuna validità il ragionamento che si incentra sulla identità “ontologica” degli atti compiuti in liquidazione: la vendita dell'*output* non è infatti relazionabile all'impresa se non sussista più una programmazione del ciclo economico, ossia se la liquidazione abbia già arrestato il processo di trasformazione dei fattori produttivi, ed imboccato la via della mera cessione dei beni. Permarrà allora una programmazione, ma questa riguarderà l'estinzione delle passività, e non già l'attività d'impresa; in altre parole, sarà una pianificazione che attiene ormai solo *al soggetto*.

Anche se liquidazione non vi sia ⁽¹²⁰⁾, la fine dell'impresa coinciderà con l'arresto del processo di pianificazione strategico; l'imprenditore potrà poi fare quello che vuole col compendio aziendale, ma lo stesso non sarà comunque più strumentale all'esercizio di un'attività imprenditoriale.

D'altro canto solo l'inserimento dell'elemento programmatico può consentire di uscire dal circolo vizioso della *sospensione* dell'impresa (ovvero, che è dir la stessa cosa, della *definitività* dell'arresto), della quale in dottrina spesso si parla, senza tuttavia fornire spiegazioni convincenti ⁽¹²¹⁾; in proposito va riscontrato che non v'è dubbio che l'imprenditore possa interrompere la liquidazione, così come la società è libera di revocare lo stato di liquidazione e tornare all'operatività; allo stesso modo non v'è dubbio che un soggetto economico possa chiudere i locali dell'azienda e procedere ad un radicale rinnovamento.

Ma nella prospettiva tradizionale risulta veramente difficile comprendere quale possa essere il tratto discriminante, a meno di non ricorrere a parametri soggettivi e psicologici: se l'impresa è cessata, non potrà riprendere, ma solo nascerne una nuova ⁽¹²²⁾; e se non è cessata, allora parlare di sospensione non ha alcuna validità scientifica.

In realtà queste situazioni assumono un significato preciso solo in relazione alla programmazione; così la sospensione dell'impresa (*rectius*, l'interruzione del processo produttivo) non costituirà cessazione della stessa solo nel caso in cui sia stata programmata una modifica della formula imprenditoriale (od una vera e

⁽¹¹⁸⁾ Può intuirsi come in questo schema potesse trovare soluzione anche il problema, non a caso annoso (v. per tutti l'apparato bibliografico di L. DI BRINA, *La responsabilità per le nuove operazioni successive allo scioglimento della s.p.a.*, Milano, 1997, *passim*), delle “nuove operazioni” ex artt. 2279- 2449- 2452 c.c. (vecchio testo): “nuova” era infatti non quell'operazione che si collocasse all'interno del ciclo produttivo d'impresa (la quale ben può continuare durante la liquidazione), né quella che si ponesse come strumentale alla produzione di un lucro (ove anche il procedimento di liquidazione è connotato da operazioni “economiche”, ispirate alla logica del “minimo mezzo”, ed in sostanza anche all'acquisizione di un risultato positivo); si trattava piuttosto di tutte quelle operazioni le quali si manifestassero per l'eccentricità rispetto alla pianificazione della liquidazione, ed al fine ultimo della cessazione dell'attività. In tal modo, sia pur indirettamente, l'ordinamento imponeva che fosse posta in essere una pianificazione delle operazioni di liquidazione (c.d. piano di cessazione), al fine di non incorrere in responsabilità per tutto quello che viene fatto nel segmento temporale in considerazione. La situazione non sembra tuttavia troppo diversa adesso a proposito dell'art. 2486 c.c., per il quale gli amministratori gestiscono “*ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio*”, e dell'art. 2489 c.c., ove si specifica che i liquidatori “*hanno il potere di compiere tutti gli atti utili per la liquidazione della società*”; è omissis il rinvio all'art. 2279 c.c., così come la responsabilità diretta per le obbligazioni contratte in violazione del divieto; ma la cornice funzionale in cui operano i gestori della liquidazione non può essere diversa; paradossalmente, forse il vecchio era dotato di una precisione definitoria maggiore al nuovo, se interpretato alla luce della programmazione.

⁽¹¹⁹⁾ Ai fini fallimentari tuttavia l'intervento di Corte Cost., n. 319/2000 ha determinato l'impossibilità di predicare l'interruzione dell'attività di impresa prima della cancellazione dal Registro delle Imprese (da intendersi come cancellazione del soggetto, e non già come denuncia della cessazione dell'attività); quel che è peggio, l'intervento manipolativo non ha modificato i tratti sistematici dell'ordinamento, così ingenerando semplicemente confusione.

⁽¹²⁰⁾ La stessa infatti risulta indefettibile solo per le società di capitali, secondo l'opinione dominante (certa quanto alle persone fisiche).

⁽¹²¹⁾ L'a. che più ha approfondito la questione è M. GHIDINI, *op. cit.*, pp. 425 ss.; cfr. anche A. JORIO, *op. cit.*, pp. 328 s. e nota 82.

⁽¹²²⁾ In termini G. BONFANTE, *op. loc. cit.*

propria sostituzione della *business idea*) che necessiti dell'arresto della produzione. In tutti i casi in cui l'imprenditore torni sui suoi passi a liquidazione in corso, invece, occorre distinguere: se il procedimento ha già superato la fase della programmazione "economica", si tratterà dell'inizio di una nuova impresa; altrimenti non ci sarà alcuna soluzione di continuità.

Il discorso potrebbe continuare: l'inserimento della programmazione potrebbe probabilmente dare molti frutti in altri contesti "ardui" del diritto dell'impresa: la stessa è stata ad es. impiegata in sede giurisprudenziale a proposito del difficile nodo dei criteri di valutazione dell'insolvenza della società in stato di liquidazione⁽¹²³⁾; e fecondi potrebbero essere gli sviluppi in tema di concorrenza sleale, al fine di rimuovere l'*impasse* in cui si trovano dottrina e giurisprudenza quanto alla caratterizzazione soggettiva od obiettiva di certe condotte anticoncorrenziali (art. 2598 n. 3 c.c.: storno di dipendenti, vendita sotto il costo, etc.) solitamente descritte a livello tipologico per l'intenzionalità dell'agire dell'operatore, siccome rivolto precipuamente a nuocere ai concorrenti danneggiati.

L'apparente sconcerto nel verificare come la ricostruzione della fattispecie in termini soggettivi consenta una migliore e più efficiente selezione degli interessi in gioco, di contro alla sterilità della concezione "oggettiva", potrebbe essere diminuito se si intendesse quel finalismo dell'agire come un precipitato dell'analisi della programmazione aziendale, ove la eccentricità della condotta rispetto alla razionale pianificazione dell'agire imprenditoriale consentirebbe di accertare la violazione dell'art. 2598 n. 3 c.c.⁽¹²⁴⁾.

Diversamente ci si dibatte nel paradosso per cui proprio nel settore che tradizionalmente registra la più pervicace aspirazione alla "oggettivizzazione" delle tecniche di imputazione dell'agire giuridico si ha necessità di effettuare indagini psicologiche; senza che possa apparire del tutto tranquillizzante la pur acuta constatazione di come proprio l'*animus nocendi* possa qualificare per la scorrettezza⁽¹²⁵⁾ una condotta che va sussunta in una clausola generale elastica ed aperta all'immissione di valori deontologici esterni. In tal modo infatti ci si rifugia ancora una volta nel dominio dell'extragiuridico al fine di rinvenire la disciplina per una certa fattispecie..

5. *L'estraneità degli atti di gestione all'oggetto sociale rispetto alla pianificazione d'impresa e nel gruppo.* – Nella società, struttura specializzata per l'impresa, come si è visto, l'esercizio di quest'ultima subisce delle rilevanti modifiche funzionali, dovute alla presenza di una gestione istituzionalizzata nell'interesse altrui, ed alla problematica del rapporto di agenzia.

La direttiva funzionale più importante è chiaramente racchiusa nell'oggetto sociale, nozione poliedrica, cui non si può certo dire che la dottrina abbia dedicato sinora le attenzioni che merita⁽¹²⁶⁾.

La dottrina, dopo qualche equivoco incentrato sull'omofona categoria contrattualistica, sembra ormai sedimentata sul concetto di "attività economica esercitata dalla società"⁽¹²⁷⁾.

⁽¹²³⁾ V. Trib. Monza, 3 luglio 2000, Edifin c. International des jeux, in *Fallimento*, 2001, p. 441.

⁽¹²⁴⁾ Scorretto perciò sarà quell'atto che non si collochi all'interno di un disegno pianificatorio "razionale", ossia volto ad acquisire un vantaggio concorrenziale in un sistema giuridico che legittima ed impone la concorrenza; il riferimento alla concorrenza come criterio di valutazione della razionalità dell'agire appare inevitabile, posto che in termini astratti anche una vendita sotto il costo marginale può rientrare in una pianificazione "economica", se con essa si potrà ottenere l'eliminazione del nemico, e l'adozione della politica tariffaria che più aggrada (dunque proprio l'imprenditore in posizione dominante sarebbe legittimato ad adottare i comportamenti chiaramente vietati dall'art. 2598 n. 3); l'osservazione conferma che la pianificazione da sola non basta sempre a misurare la "conformità" degli atti d'impresa: occorre spesso inserire un valore esterno "tipico", che misura la razionalità del disegno pianificatore in atto rispetto ad una serie di comportamenti standardizzati.

⁽¹²⁵⁾ Cfr. ad es. P.G. JAEGER, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1970, I, p. 84.

⁽¹²⁶⁾ Forse non è un caso che, nonostante l'esistenza di più monografie dedicate all'argomento (alcune addirittura al fenomeno nel suo complesso, quindi proprio in una prospettiva di ricostruzione dell'istituto: alludo ai libri di E. ZANELLI, *La nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962, e G. LA VILLA, *L'oggetto sociale*, Milano, 1974), non ci sia alcuna voce enciclopedica che si occupi espressamente di "oggetto sociale", e nemmeno un manuale di diritto commerciale "classico" dedichi un capitolo al fenomeno (con l'eccezione adesso del *Diritto delle società* a cura di R. ALESSI e M. RESCIGNO, Milano, 1998, pp. 235 ss., nella parte curata da G.B. MACRÌ, anche se forse la struttura collettanea e "tematica" dell'opera ha favorito questa scelta redazionale).

⁽¹²⁷⁾ Invero da Zanelli in poi la dottrina sembra univoca; fa eccezione F. TASSINARI, *Revoca della liquidazione e cambiamento dell'oggetto sociale*, in *Giur. comm.*, 1990, II, pp. 669 ss.; IDEM, *La rappresentanza nelle società di persone*, Milano, 1993, pp. 57 ss., il quale però presceglie una prospettiva chiaramente orientata all'identificazione del fenomeno per le sue implicazioni rappresentative.

Su ciò si può anche concordare, in linea di principio, con riferimento almeno al significato che il sintagma assume negli artt. 2328 - 2437 c.c. ⁽¹²⁸⁾: non sussistono tuttavia elementi univoci che facciano propendere per una ricostruzione unitaria della nozione.

La tradizione storica e l'esigenza di tenere presente il collegamento fra la clausola statutaria sull'oggetto sociale ed il diritto di recesso assicurato in caso di cambiamento, istituto inserito in una disciplina contraddistinta da forti profili di imperatività, inducono a ritenere che l'indicazione nell'atto costitutivo concerna solo il *settore merceologico* ove la società può operare (e dove gli amministratori sono *legittimati* ad operare).

L'oggetto sociale statutario è infatti una direttiva ⁽¹²⁹⁾, non ha natura ordinatoria, e la spiegazione si rinviene agevolmente nell'esigenza di considerare i costi di agenzia: la "delega" all'*agent* ha un senso economico solo se lo stesso gode di un margine di discrezionalità, ove esercitare in modo proficuo la propria autonomia, che gli proviene dall'essere depositario di informazioni tecniche non nella diretta disponibilità del *principal*; d'altro canto il monitoraggio sui singoli atti dell'*agent*, necessario per accertare la conformità del suo operato a specifiche istruzioni, sarebbe troppo costoso ⁽¹³⁰⁾; oltre a questo, se a ciascun socio fosse dato il diritto di recesso per ogni variazione di tali istruzioni, sarebbero incentivati pericolosi comportamenti "strategici" fra i *principals*, idonei a bloccare l'attività d'impresa (*deadlock*); la concorrenza di diritti sullo stesso "bene" infatti produrrebbe facilmente la paralisi del loro esercizio ⁽¹³¹⁾, e l'adozione di strategie opportunistiche; perciò nella società per azioni la delimitazione dei poteri del gestore si limita alla cornice merceologica ⁽¹³²⁾.

Ciononostante la definizione appare fuorviata dalla concezione tradizionale per cui l'attività imprenditoriale coincide collo specifico processo produttivo; in realtà la ricostruzione della stessa come una

⁽¹²⁸⁾ Quanto all'art. 2328, n. 3, il nuovo testo, dopo la Riforma, è addirittura esplicito nell'indicare "l'attività che costituisce l'oggetto sociale"; anche il nuovo art. 2437 c.c. fornisce una chiara conferma, là dove limita il diritto di recesso ai casi in cui vi è un "cambiamento significativo dell'attività sociale".

⁽¹²⁹⁾ Su ciò v. ancora il *Recesso nelle società di capitali*, cit., pp. 201 s.

⁽¹³⁰⁾ Per un'analisi economica di tale fenomeno nella distinzione fra costruzione "in economia", appalto a regia e appalto comune, può vedersi forse Trib. Monza, 13 agosto 2001, Nuova Filanda s.r.l. c. Viganò, inedita, ove si legge "la nomina del d.l. svolge per il committente la funzione di ridurre il rischio che la costruzione dell'opera, non realizzata dallo stesso con propri mezzi (e dunque con controllo assoluto del risultato, ove il rischio della difformità sarebbe interamente "internalizzato"), ma affidata a terzi, sia davvero conforme a quanto programmato. In tal modo è evidente che il "prezzo" del controllo (ossia l'onorario del professionista nominato), affinché lo stesso sia economico, deve essere inferiore al costo per la realizzazione "in economia" (ossia con mezzi propri, laddove l'interposizione dell'appaltatore, imprenditore dotato di struttura specializzata, con costi fissi e valori "riproducibili" atti a ridurre l'onere economico per la realizzazione, è volta proprio a diminuire il costo da sostenere per disporre del bene). Perché ciò avvenga, è naturalmente necessario che la "sorveglianza" imposta al d.l. non sia tale da dover annullare completamente la "discrezionalità" dell'appaltatore, posto che altrimenti il professionista richiederebbe un congruo incremento del corrispettivo, che compensi il rischio assunto in proprio della esecuzione a regola d'arte completa ed assoluta. Quando tale situazione si verifica (ossia quando l'appaltatore è privato di ogni "discrezionalità", da intendersi come sfera decisionale autonoma di propria competenza), l'appalto muta natura e diviene "a regia": si trasforma allora in una figura contrattuale diversa, e dotata di caratteri autonomi, ove il rischio della difformità è interamente assunto dal committente, e con un incremento considerevole dei costi (posto che alla diminuzione del corrispettivo preteso dall'appaltatore sarebbe collegato l'incremento di quello necessario per remunerare il d.l., ma soprattutto andrebbe considerato il costo necessario per acquisire le informazioni tecniche sulla base delle quali dirigere "a regia" i lavori). E' logico che la scelta cada sul primo o sul secondo modello a seconda della valutazione del costo delle informazioni necessarie per dirigere e portare a termine il lavoro: se il committente può procurarsele ad un prezzo minore di quello richiesto dall'appaltatore (che deve remunerare l'investimento fatto), sceglierà l'appalto "a regia"; diversamente farà ricorso alla figura codicistica tradizionale, e si avvarrà della discrezionalità tecnica del prestatore d'opera."

⁽¹³¹⁾ Si tratta della struttura logica della c.d. tragedia degli anticomuni, di recente rielaborata e rivitalizzata da F. HELLER, *The tragedy of anticommons*, in *Harvard l. review*, 1998, pp. 625 ss.; per una esposizione ed applicazione "italiane" cfr. U. MATTEI, *La proprietà*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, I, Torino, 2001, spec. pp. 7 ss.

⁽¹³²⁾ Si comprende allora come il vero problema, in tema di oggetto sociale, sia non tanto la sua formulazione generica, che pure rende troppo ampia la sfera di discrezionalità dei gestori, rendendo altresì impossibile il *monitoring* (ridotto in sostanza alla redditività dell'investimento, secondo la teoria "manageriale"), quanto quella eccessivamente analitica; quanto detto non esclude la possibilità che l'atto costitutivo sancisca altri condizionamenti all'attività degli amministratori, non solo riservando all'assemblea delle specifiche materie (art. 2364 n. 4), ma altresì limitando la disponibilità di certe scelte; la conseguenza operativa più diretta sarà inerente alla competenza a rimuovere l'ostacolo (assemblea ordinaria o straordinaria), ma in ogni caso non sarà dato il recesso.

sequenza di atti comprensiva anche di momenti ulteriori rispetto all'elaborazione dell'*output* fa capire che sarebbe più opportuna l'adozione di una diversa formula.

La società è infatti sì una struttura specializzata per l'impresa, ma ciò ancora non prova che vi debba essere sovrapposizione totale fra "oggetto sociale" e "settore merceologico"; l'oggetto sociale è *l'oggetto della società, non dell'impresa*; ben potrebbe pertanto immaginarsi che la sfera di legittimazione degli amministratori comprenda qualcos'altro, relativo all'organizzazione del soggetto, e per il quale appaia opportuno concedere il diritto di recedere, in caso di variazione ⁽¹³³⁾.

Nel vecchio art. 2384*bis* c.c. (e qui entriamo in un'area affatto contigua rispetto a quella tipica della "trasformazione" dell'azienda sociale), norma anch'essa oggetto di discussioni senza fine, al contrario, il problema dell'oggetto assumeva una portata differente: qui il problema delle strategie opportunistiche fra i soci era fuori gioco ⁽¹³⁴⁾: funzione della norma era, chiaramente, la verifica della "conformità" dell'operato degli amministratori alle direttive funzionali che delineano il quadro organizzativo complessivo della società-impresa.

Di più, *ratio* dell'art. 2384*bis* c.c., assieme a quella di altre norme, sembrava essere quella di approntare una tutela "avanzata" ed anticipata contro gli atti degli amministratori tesi ad estrarre benefici privati dall'attività gerita, per sé o per altri, in carenza del rispetto delle procedure legali ⁽¹³⁵⁾.

Ora l'art. 2384*bis* non c'è più, avendo il legislatore delegato abrogato la norma, ed al contempo sancito che gli amministratori "*compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale*" (art. 2380*bis* c.c.)⁽¹³⁶⁾; apparentemente l'eccesso rispetto all'oggetto sociale sembrerebbe poter adesso costituire il superamento di un limite "legale" all'operato degli amministratori, e quindi risultare opponibile ai terzi senza limiti, non rientrando nella sfera applicativa dell'art. 2384, comma 2°, c.c.

Ma in realtà questa soluzione ermeneutica, oltre a collidere con la Prima Direttiva, sarebbe in contrasto con la volontà del legislatore: l'art. 2380*bis* non regola infatti i poteri rappresentativi degli amministratori, ma la loro sfera di competenze "interna"; sul piano della legittimazione rappresentativa, i poteri degli amministratori sono "generalisti" (art. 2384, comma 1°, c.c.), e la direttiva che reclama la conformità del loro operato all'oggetto sociale può avere solo fonte statutaria, opponibile ai terzi se questi abbiano agito "intenzionalmente" a danno della società (art. 2384, comma 2°, c.c.)⁽¹³⁷⁾.

La scelta del riformatore sembra abbastanza discutibile: la repressione del conflitto di interessi viene infatti così consegnata a norme di incerta efficacia, quali quella (art. 2391) che prevede: l'obbligo di *disclosure* per ogni interesse che l'amministratore abbia in una certa operazione (a prescindere dal conflitto); l'obbligo di motivazione della delibera del c.d.a. conseguente; l'estensione della responsabilità del gestore che abbia violato

⁽¹³³⁾ Ad es. in dottrina si è discusso circa l'inerenza all'oggetto altresì dello scopo della società, ossia della funzione della destinazione del risultato, talvolta ammettendo l'integrazione: cfr. ad es. D. PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, cit., pp. 230 ss.; la posizione che avevamo assunto nel *Recesso* (op. cit., pp. 327 s.) era nel senso dell'applicazione analogica, per questi casi, della causa di recesso per modifica dell'oggetto; la questione peraltro sembra avere una portata soltanto teoretica.

⁽¹³⁴⁾ Soprattutto una volta che si sia definitivamente respinta la teoria degli atti "modificatori" dell'oggetto sociale (cfr. A. GRAZIANI, *Se una società per azioni possa prestar garanzie per altra società qualora tale prestazione non sia prevista nell'oggetto sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, pp. 36 ss.), e della rilevanza delle modifiche "di fatto" ai fini del recesso: e v. sul punto quanto già esposto nel *Recesso*, pp. 191 ss., cui fra l'altro ora aderisce completamente la Corte d'Appello milanese nel decreto 16 ottobre 2001, già citato.

⁽¹³⁵⁾ Si comprende allora, al di là delle ovvie constatazioni formali, perché il problema dell'estraneità degli atti all'oggetto sociale si presenti continuamente intrecciato, nelle applicazioni giurisprudenziali, con quello del conflitto di interessi: l'operatore percepisce infatti la portata antidistrattiva che hanno entrambi gli istituti (e si v. la discussione sulla valenza sistematica del conflitto d'interessi, in relazione al pericolo del *moral hazard* ed alla responsabilità limitata, contenuta nel già ricordato libro di L. ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*); proprio per la sua natura, infatti, il conflitto di interessi si presta ad essere prevenuto attraverso strumenti normativi (v. anche l'art. 2390 c.c.) che ostacolano e colpiscono operazioni o situazioni che costituiscono *figure sintomatiche* di distrazione dell'attività dalla sua funzione (a somiglianza di quanto insegna la dottrina pubblicistica riguardo all'eccesso di potere).

⁽¹³⁶⁾ Si tratta della prima volta che una disposizione normativa definisce il concetto di "amministrazione", non contenendo com'è noto una norma analoga il codice del 1942.

⁽¹³⁷⁾ Addirittura, sembrerebbe di poter dire che se lo statuto non specifica espressamente che l'ambito dei poteri rappresentativi degli amministratori è ristretto a quello dell'oggetto sociale, l'estraneità non potrebbe affatto essere opposta. La riduzione della tutela contro gli abusi non può considerarsi in contrasto con la Seconda Direttiva, risultandone potenziata la tutela dell'affidamento dei terzi.

la procedura ai “danni” (e non più le sole “perdite”, ossia anche il mancato guadagno); la responsabilità per i danni derivati alla società dall’utilizzazione “a proprio vantaggio” delle informazioni apprese in ragione del proprio ruolo (c.d. *corporate opportunities*). L’atto compiuto col concorso dell’amministratore, a vantaggio proprio o di terzi, che non abbia dichiarato l’interesse (oppure semplicemente sia stato deliberato senza motivazione) sarebbe poi suscettibile di rimozione, atteso che se l’amministratore è parte non potrebbe considerarsi “terzo”, laddove se il destinatario fosse un altro soggetto, si potrebbe dimostrare la sua carenza di “buona fede” (così come per il vecchio art. 2384*bis*), od addirittura sostenere la non “terzietà”, se si tratta del soggetto portatore dell’interesse indirettamente gerito dall’amministratore.

In apparenza la tutela contro il conflitto d’interessi ne uscirebbe addirittura potenziata.

Senonché le cose, a livello pratico, non stanno in questo modo: l’obbligo di *disclosure* per ogni interesse, anche non conflittuale, determinerà una rigida formalizzazione del processo decisionale, con grande aumento dei costi di agenzia, ed indurrà presumibilmente ad interpretazioni nell’applicazione lassiste, che diminuiranno il potenziale dissuasivo della disposizione.

La tutela fornita dal nuovo art. 2391 c.c. ⁽¹³⁸⁾ poi comporta un aggravamento dell’onere probatorio di non poco momento, che rende assai poco efficace tanto la tutela “reale” (rimozione del deliberato) quanto quella obbligatoria (responsabilità degli amministratori): l’art. 2384*bis* infatti prescindeva dal danno, laddove l’art. 2391 espressamente lo richiede.

In alcuni casi poi (le c.d. *corporate opportunities*), l’esistenza di un vero e proprio “danno” sociale è spesso in pratica seriamente discutibile, e scarsamente dimostrabile in termini “patrimoniali” (in un sistema di responsabilità civile ancorato al binomio patrimoniale- atipico, non patrimoniale- tipico), così come dimostra il dibattito omologo in materia di *insider trading* ⁽¹³⁹⁾.

Inoltre la vanificazione dell’acquisto del terzo, che non potrà non essere considerato tale, se si pensa che lo stesso potrebbe essere del tutto all’oscuro dell’operato dell’amministratore, nonostante la “convergenza” degli interessi di entrambi (invece conflittuali rispetto a quello sociale), dipenderebbe dalla prova dell’assenza della buona fede in riferimento all’esistenza dell’interesse e del danno potenziale, e non già dell’estraneità all’oggetto.

Il risultato è che spesso il soggetto in sostanza responsabile dell’insolvenza della società, capace di “flettere” l’operato degli amministratori, potrà essere tranquillamente ammesso al passivo sociale, anche se la eccentricità dell’atto che lo ha beneficiato rispetto all’oggetto sociale sia macroscopica, e la stessa praticabilità dell’azione di annullamento, sottoposta ad un termine di decadenza “bruciante” (novanta giorni) che decorre dal compimento dell’atto, difficilmente praticabile.

Difficile anche pensare che le nuove norme sul finanziamento del socio (art. 2467 per la s.r.l., 2497*quinquies* nei gruppi) possano supplire a tale vuoto: alcune situazioni, quelle più gravi, restano evidentemente scoperte.

Nei gruppi va un po’ meglio, posto che l’ampiezza e la genericità delle espressioni utilizzate dall’art. 2497 c.c. consentirà di pervenire a soluzioni analoghe a quelle passate per l’art. 2384*bis* c.c., nei confronti di chi eserciti la direzione ed il coordinamento; il soggetto che abbia consapevolmente tratto beneficio dall’operazione sarà poi egualmente responsabile, sia pur limitatamente al vantaggio ⁽¹⁴⁰⁾; ma dovrà anche dimostrarsi l’esistenza della direzione e coordinamento, requisito non previsto dall’art. 2384*bis*.

⁽¹³⁸⁾ Si trascura di considerare l’estensione dell’art. 2390 c.c. ad ipotesi prima non espressamente previste, posto che l’esperienza applicativa era già giunta a risultati “evolutivi”, non lasciandosi fuorviare dal preconetto della natura eccezionale di ogni norma prescrivente un divieto di concorrenza.

⁽¹³⁹⁾ Cfr. S. BAINBRIDGE, *Insider trading*, in *Encyclopedia of law and economics*, § 5650, pp. 784 ss., reperibile in www.encyclo.findlaw.com; N. LINCiano- A. MACCHIATI, *Insider trading. Una regolazione difficile*, Bologna, 2002, *passim*; A. BARTALENA, *Insider trading*, in *Tratt. Soc. per az.* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 10, *, Torino, 1993, pp. 222 ss.; G. CARRIERO, *Informazione, mercato e buona fede: il cosiddetto insider trading*, Milano, Giuffrè, 1992, *passim*.

⁽¹⁴⁰⁾ Le norme che impongono al socio finanziatore di restituire quanto ricevuto nell’anno precedente la dichiarazione di fallimento, ed al soggetto che esercita la direzione e coordinamento di fare altrettanto per i “vantaggi” ricevuti manifestano una *ratio* e talvolta una struttura assai simile alla revocatoria fallimentare: in entrambi i casi si vorrebbe dissuadere dalla ricezione di vantaggi “privati” per soggetti posti in condizione “privilegiata” rispetto ad altri. Come per la revocatoria, nonché per l’estraneità di cui all’art. 2384*bis* c.c.,

Hoc iure utimur: occorrerà pertanto rassegnarsi ad un diritto che si ringiovanisce nell'aspetto, ma arretra nella prevenzione effettiva del conflitto di interessi ⁽¹⁴¹⁾(così come è avvenuto per la riforma della disciplina penale), tutto all'opposto di quanto avviene negli Stati Uniti, spesso assunti come modello da imitare; ormai la tecnica di repressione del fenomeno è di stampo esclusivamente obbligatorio ⁽¹⁴²⁾.

La conformità degli atti degli amministratori all'oggetto sociale pertanto rileverà in pratica solo in sede di esercizio dell'azione di responsabilità; ma invariata, nei confronti dell'amministratore convenuto in responsabilità, è la portata e l'ampiezza della direttiva funzionale costituita dall'"oggetto"; e non vi è motivo pertanto di considerare il contenuto dello stesso come limitato, in quest'ambito, a quello della clausola statutaria dell'art. 2328 c.c., perché più ricco è l'ambito dei vincoli teleologici che condizionano l'operato dei gestori nell'ordinamento societario.

Identificare allora l'"oggetto sociale" in questione con il settore merceologico in cui opera la società, vorrebbe dire od irrigidire l'applicazione oltre limiti ragionevoli, o rinunciare alla tutela nella stragrande maggioranza delle situazioni, e proprio in quelle più pericolose per gli interessi tutelati, oppure ancora rinchiudersi in un circolo vizioso di interpretazioni destinate a "girare a vuoto", a causa dell'assenza di un elemento ricostruttivo della fattispecie.

Impostare un giudizio relazionale fra un atto posto in essere dagli amministratori ed il settore merceologico in cui la società espleta il processo produttivo (o, se si preferisce, coll'"attività d'impresa"), vorrebbe dire infatti negare spesso a priori l'intraneità di un atto in realtà strategico per la persecuzione del disegno imprenditoriale progettato dal *management*, oppure affermarla altrettanto aprioristicamente in relazione ad atti astrattamente relativi al settore merceologico, ma in realtà eccentrici rispetto a quel disegno, e subdolamente volti ad un fine distrattivo.

Il fatto è che l'art. 2384**bis** c.c. prima, e la disciplina sulla responsabilità oggi, non appresta tutela contro i soli atti degli amministratori che attengono al processo produttivo, né all'esercizio dell'impresa in senso stretto, ma nei confronti di tutte le condotte che impiegano il patrimonio sociale.

Vi sono atti che, in relazione al ciclo di produzione, appaiono del tutto "neutri": si pensi all'organizzazione della struttura finanziaria, che però attiene indubbiamente all'impresa, come si diceva poc'anzi; od alle forme finanziarie di "copertura" dai rischi (assicurazioni, derivati finanziari o di credito), il cui nesso con l'impresa è ancora più sfumato; od al caso "classico" delle garanzie prestate in favore di terzi. Per tutte queste fattispecie non avrebbe senso confrontare l'atto con la nozione tradizionale di oggetto sociale: la prestazione di una garanzia, l'assumere la qualità di controparte in un derivato, potrebbe essere così paragonato solo se questo è l'*output* specifico di quell'attività d'impresa (senza dimenticare che si tratta spesso di attività

il G.D. potrà rilevare *ex officio* la sussistenza della pretesa riconvenzionale, evitando così di ammettere al passivo il creditore che si sia insinuato nel fallimento; sempre che in sede di riforma della legge fallimentare non venga drasticamente ridotta tale possibilità processuale: coll'art. 2384**bis** o colla revocatoria infatti il G.D. (od il curatore) neutralizza l'efficacia stessa del titolo su cui si fonda la pretesa ad essere ammessi al passivo, laddove le nuove norme prevedono un debito del creditore, oggetto di una pretesa soltanto connessa, ex artt. 35 o 36 c.p.c.

⁽¹⁴¹⁾ Non si vede del resto quali siano i reali "benefici" di tale modifica: la legittimazione "esterna" degli atti estranei all'oggetto sociale determina nuovi costi di agenzia per i soci di comando (volti a prevenire le condotte infedeli degli amministratori), e per i soci minoritari (al fine di prevenire i comportamenti opportunistici dei maggioritari); inoltre l'oggetto sociale, come si vedrà subito, in quest'ambito risulta dalla combinazione di valori statutari (modificabili solo col rispetto di certe procedure) e di valori progettuali assemblati dagli stessi amministratori; non si vede pertanto quale interesse meritevole di tutela possa legittimare questa sovversione di fatto dello schema per il procedimento decisionale; quanto ai terzi, la tutela apprestata dall'elemento soggettivo a struttura "dolosa" era già più che idonea, evitandosi così di onerare chi entrava in contatto con la società di fare particolari ricerche al fine di leggere le condotte opportunistiche o fraudolente; quanto a coloro che nell'applicazione giurisprudenziale sono stati gravati di oneri maggiori (in sostanza importando una concezione della buona fede "etica"), va anche detto che si trattava o di soggetti intranei alla compagine sociale od al gruppo, e pertanto probabilmente partecipi della pianificazione complessiva, oppure di soggetti "professionali", in possesso degli strumenti di ricerca più opportuni (banche, istituzioni finanziarie), ed anzi in grado di esternalizzare vantaggi positivi proprio per l'adozione di queste cautele (esattamente come per la revocatoria fallimentare).

⁽¹⁴²⁾ Utile appare però l'accentramento della legittimazione a far valere la responsabilità nel curatore fallimentare (art. 2497, ult. cpv.), ciò riduce i costi di transazione, aumentando l'efficienza dell'istituto.

assoggettate a riserva legale di esercizio, laddove la conclusione di un contratto nell'esercizio di un'attività diversa è liberamente consentito).

Un analogo discorso può registrarsi per l'assunzione di una partecipazione in un'altra impresa: anche questo può essere oggetto di un'attività professionale specifica (art. 106 t.u. banc.); ma quando ciò non sia, l'acquisto di una quota, anche di controllo, in un'altra società non costituisce né un *input* né un *output*; questo ovviamente sul presupposto che non sia accoglibile la prospettiva, pur autorevole, per cui ciò comporti l'esercizio in via mediata dell'attività della controllata⁽¹⁴³⁾.

L'*impasse* non si supera nemmeno facendo riferimento all'oggetto sociale "in concreto", come pur ripetutamente afferma la giurisprudenza⁽¹⁴⁴⁾: con tal formula infatti si fa riferimento alla misura dell'oggetto sociale statutario concretamente realizzata; la prospettiva quindi non cambierebbe in realtà molto. Ma al di là delle affermazioni di principio, l'analisi concreta dei casi prova che la giurisprudenza (formatasi per lo più nell'applicazione del vecchio art. 2384*bis*) intuisce la soluzione corretta, e ne fa applicazione.

In realtà il confronto deve essere impostato con il modo in cui lo svolgimento dell'impresa è stato programmato, e quindi anche nella sua proiezione futura; se il termine di paragone fosse l'organizzazione attuale della stessa, anche intesa in senso ampio, comprensiva della struttura finanziaria, gli amministratori sarebbero impossibilitati a svolgere qualunque cambiamento, e la struttura risulterebbe permanentemente ingessata, in contrasto con le esigenze della stessa⁽¹⁴⁵⁾. Per questo non è sufficiente, a livello di principio, discorrere della necessità di esaminare tutte le circostanze "concrete", le modalità "economiche" colle quali l'impresa viene esercitata, come pur si legge in giurisprudenza.

E' solo la programmazione che può fornire il giusto sostrato relazionale al giudizio sull'estraneità⁽¹⁴⁶⁾.

Anche l'immissione nel procedimento logico di elementi funzionali estranei alla mera coincidenza merceologica sarebbe di scarsa utilità concreta: si pensi ad es. alla destinazione lucrativa del risultato, che orienta sicuramente anche l'attività di produzione dello stesso, come si diceva; eppure di fronte ad un atto gratuito, od addirittura liberale, l'interprete si troverebbe disarmato, e costretto a forzature concettuali: dire che l'atto può essere volto ad ottenere un beneficio economico avrebbe poca utilità concreta; per ogni atto può affermarsi la potenziale strumentalità con l'oggetto e col lucro finale, ma quando si approfondisce, o ci si rifugia in un'indagine soggettiva o psicologica, o si resta al livello delle affermazioni astratte.

Così, è certo che una campagna pubblicitaria sia in potenziale correlazione con la produzione del lucro; ma se il *management* aveva pianificato un certo sviluppo degli investimenti pubblicitari nel medio periodo, ed improvvisamente stipula un contratto onerosissimo ed eccentrico rispetto ai piani con un certo operatore del settore, la sanzione *potrebbe* colpire (laddove l'atto, ormai, sarebbe di per sé salvo, a meno che non si riescano a dimostrare *tutti* i presupposti dell'art. 2391 c.c.).

Contro questa prospettiva potrebbe replicarsi che la programmazione non è necessariamente contenuta in alcun atto scritto, né viene prevista la sua pubblicazione in alcun modo; ciononostante, a parte il fatto che tale

⁽¹⁴³⁾ La tesi, formulata compiutamente da F. GALGANO, *Qual è l'oggetto della società holding?*, in *Contr. impr.*, 1986, pp. 1 ss., e parzialmente accolta dalla Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, Caltagirone c. Fall.to Caltagirone, in *Giur. comm.*, 1991, II, p. 366, è generalmente respinta dalla dottrina: cfr. per tutti N. RONDINONE, *L'"Attività"*, cit., pp. 562 ss.; F. VELLA, *Le società holding*, Milano, 1993, pp. 112 ss.; d'altro canto basti pensare alle conseguenze assurde a cui si dovrebbe altrimenti approdare: una società che ne controlli un'altra, la quale a sua volta sia a capo della successiva, e così via per *n* anelli della catena, sarebbe imprenditore indiretto rispetto all'impresa dell'ultima in ragione di *n-1*; senza contare che la *holding* "pura" che controlli una società con oggetto agricolo dovrebbe a sua volta essere considerata imprenditore agricolo. Nella Riforma tale tesi sembra esser stata oggetto di una singolare applicazione "invertita" a proposito della modifica dell'oggetto o dello scopo della società o dell'ente che esercita l'attività di coordinamento: in questi casi infatti il diritto di recesso è dato ai soci delle controllate (art. 2497*quater*, lett. a), laddove nella versione classica dovrebbero essere piuttosto i soci della controllante a subire la modifica "indiretta" del proprio oggetto sociale, per effetto del cambiamento di quello della controllata.

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr. di recente Trib. Roma, 10 gennaio 2001, Im.it c. Bnl s.p.a., in *Dir. banca merc. fin.*, 2002, p. 131, ed i riferimenti contenuti nella nota di D.U. SANTOSUOSSO.

⁽¹⁴⁵⁾ Non diversamente da quanto avviene quando si fa riferimento ad un giudizio quantitativo relazionale alle "dimensioni" concrete assunte dall'attività: cfr. in tal senso ad es. G. CASELLI, *Oggetto sociale e atti ultra vires*, cit., pp. 92 ss.

⁽¹⁴⁶⁾ In tal senso, fra l'altro, la pronuncia del Trib. Bologna, 22 giugno 1999, Ist. San Paolo c. Fall.to Agrinvest, pubblicata, sia pur in una forma estremamente mutilata, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 521, con nota di E. RICCIARDIELLO.

documentazione per le aziende di maggiori dimensioni esisterà, si dimentica che l'accertamento dell'efficacia verrà condotto in un giudizio, alla luce delle regole che governano l'istruzione probatoria; e queste regole prevedono che dei documenti possa essere ordinata l'esibizione, che i rappresentanti legali siano interrogati o comunque gli amministratori chiamati a testimoniare, e soprattutto che i fatti rilevanti possano essere ricavati da altri fatti noti, purché questi indichino i primi in modo grave, univoco e concordante (art. 2729 c.c.). Oltre a questo, il funzionamento concreto di tali meccanismi conduce talvolta ad inversioni pratiche dell'onere probatorio, quando l'attore fornisce elementi induttivi idonei a rendere verosimile la prospettazione. Ed allora, la stigmatizzazione giudiziaria di un atto il cui legame con una "razionale" pianificazione finanziaria, pur non nota nei suoi termini concreti, non appaia facilmente instaurabile, potrà costringere gli amministratori a svelare il disegno programmatico, al fine di illustrare la razionalità del proprio operato ⁽¹⁴⁷⁾.

Non si tratta di un esame nel merito delle scelte imprenditoriali, bensì di una verifica di conformità delle condotte degli amministratori rispetto a direttive *dagli stessi predisposte*; infatti non è la *opportunità* di una certa programmazione ad essere qui ⁽¹⁴⁸⁾ sindacata, ma la "conformità" di un comportamento rispetto alla stessa.

Apparentemente il fatto che siano proprio gli amministratori gli "autori" del metro sulla base del quale si valuta la conformità del proprio operato potrebbe destare qualche perplessità: ma in realtà la soluzione si armonizza perfettamente con la problematica dei costi di agenzia: è anzi la forma più efficiente di controllo quello svolto sugli *standards* predisposti dall'*agent*, di per sé autonomamente sindacabili per loro *razionalità* rispetto alle direttive funzionali fissate dal *principal*; questo non disporrebbe delle informazioni sufficienti per esercitare un'attività di indirizzo analitica e costante (tantopiù quando le informazioni necessarie per approntare la pianificazione dell'attività sono "diffuse" lungo tutta l'organizzazione, così come accade per la formazione della programmazione d'azienda), se non a costi proibitivi (e negativi della stessa utilità della struttura d'agenzia)⁽¹⁴⁹⁾.

La paternità del metro relazionale comporterà inoltre la possibilità che lo stesso sia variato dai suoi stessi autori, anche dopo, prima o contestualmente al compimento dell'atto: ma occorrerà appunto che ciò avvenga in modo trasparente ed "effettivo"; né mancano gli strumenti per reprimere gli eventuali abusi: la responsabilità degli amministratori emergerebbe nel giudizio di responsabilità, qualora la programmazione ad es. fosse repentinamente variata in seguito, senza apparenti giustificazioni economiche, e così l'atto privato subito della sua sola simulata portata strategica.

L'utilità di questo modo di procedere emerge nell'esame della fattispecie all'interno dei gruppi di società.

La dottrina aziendalistica infatti evidenzia come nel gruppo non si possa rinvenire un'unica unità economica, da considerare in modo simile ad un'azienda divisa; al contrario l'autonomia delle singole unità aziendali non è solo giuridica: ciascuna deve perseguire un proprio obiettivo di economicità, laddove l'unità risiede piuttosto nell'identità del soggetto economico ⁽¹⁵⁰⁾. Quello che varia rispetto ad una serie di società

⁽¹⁴⁷⁾ Né può dirsi che i nostri Tribunali ignorino la gestione di fattispecie ove l'oggetto del giudizio consiste in un'analisi dell'inserimento di un atto in un disegno progettuale più complesso: si pensi all'accertamento della "gratuità" di un atto nel giudizio di revocatoria (art. 2901, comma 2°, c.c., del quale è discussa l'applicabilità all'art. 64 l.f.), ed alla valutazione della sua "contestualità" rispetto all'assunzione del debito, che viene apprezzata in senso "logico", e non meramente fattuale- cronologico: cfr. *ex multis* Cass., 5 dicembre 1992, n. 12948, Cassa risp. c. Fall. Immobiliario, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1126.

⁽¹⁴⁸⁾ E' chiaro tuttavia che certe linee programmatiche sono vincolate: così non sarebbe idonea la pianificazione di una società che produca scarpe la quale conduca nel medio periodo ad entrare nel settore degli elettrodomestici senza copertura statutaria; in questo caso nessuna programmazione, per quanto analitica, potrebbe salvare l'atto dalla inefficacia.

⁽¹⁴⁹⁾ Ma v. decisamente nel senso della superiorità di un tecnica di tutela fondata sull'individuazione di *rules*, anziché *standards*, quanto all'analisi della discrezionalità degli amministratori nelle transazioni intra- gruppo, F. DENOZZA, *Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni "virtuali"*, in *Giur. comm.*, 2000, I, pp. 327 ss., secondo il quale diversamente si introdurrebbe il rischio aggiuntivo di indurre i gruppi ad internalizzare un numero di transazioni molto superiore a quello che sarebbe efficiente, nella misura in cui ciò consente al soggetto economico di estrarre benefici privati.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. in argomento B. PASSAPONTI, *I gruppi*, cit., pp. 94 ss., 100 ss., 135 ss.; E. CINQUE, *Alcune riflessioni sul fenomeno dei gruppi in relazione al concetto di "azienda"*, in *Azienda*, cit., a cura di E. Viganò, pp. 547 ss., il quale però non esclude che in taluni casi particolari possa parlarsi di un'unica azienda; probabilmente l'equivoco sulla nozione aziendalistica di "soggetto economico", che

“isolate” è l’accentramento di certe funzioni amministrative, ove l’elaborazione della strategia della singola società non può che fare i conti coll’analogia formulazione degli obiettivi assunta a livello centrale ⁽¹⁵¹⁾.

Ciò non implica che la pianificazione all’interno delle singole società sia soppiantata e “trasferita” presso i centri direzionali dell’agglomerato: al contrario ciascuna unità economica mantiene una propria funzione programmatica, ove pianifica il raggiungimento del proprio specifico obiettivo di economicità; ma ovviamente le opzioni saranno limitate dalla necessità di rendere il piano compatibile con le linee di indirizzo date.

Che il gruppo corrisponda ad interessi meritevoli di tutela, nella misura in cui costituisca una struttura volta a diminuire i costi, assecondando la vocazione “espansionistica” dell’impresa, del resto ormai nessuno sembra più dubitare ⁽¹⁵²⁾.

Il diritto deve preoccuparsi di dare del fenomeno una spiegazione formale, e di individuare la disciplina applicabile, ed i limiti che tale modalità operativa può (e deve) incontrare.

In concreto l’esistenza della pianificazione di gruppo implica una modifica delle linee funzionali che informano l’attività d’impresa della singola società appartenente, e come tale non può non influenzare pertanto il contenuto dell’“oggetto sociale” ⁽¹⁵³⁾ quale parametro di misurazione della conformità dei singoli atti agli *standards* che delimitano la funzione “amministrativa”. Le “direttive” che promanano dalla pianificazione del gruppo infatti si inseriscono nella programmazione della singola impresa, introducendovi nuove “necessità” ⁽¹⁵⁴⁾.

coincide in realtà con il soggetto od i soggetti in possesso delle capacità manageriali per adottare le scelte strategiche, ha portato alla diffusa convinzione per cui gli aziendalisti vedrebbero il gruppo come “un’unica impresa”.

⁽¹⁵¹⁾ Naturalmente non è detto che esista un centro direzionale unitario che elabori un’unica strategia valida per tutte le società del gruppo: ciò corrisponde ad una visione estremamente “gerarchica” del gruppo, compatibile solo con un grado di integrazione molto elevato fra le singole produzioni (ossia, con un gruppo fortemente caratterizzato in senso “economico”: cfr. ancora B. PASSAPONTI, *op. cit.*, pp. 149 ss.); ben può darsi che sussistano più centri direzionali, in corrispondenza della coesistenza di più raggruppamenti produttivi omogenei; anche se probabilmente talune funzioni, per le quali sia utile una gestione “unitaria”, saranno comunque accentrate (altrimenti, potrebbe dubitarsi della stessa utilità economica di una gestione “di gruppo”); allo stesso modo, non è detto che la pianificazione strategica della capogruppo o della *holding* di settore sia “imposta” dall’alto alle controllate: al contrario la programmazione è sempre un processo concertato, che procede per fasi successive, attraverso il rilevamento delle informazioni a tutti i livelli della struttura organizzativa, l’elaborazione delle proposte strategiche, la formulazione delle osservazioni anche della “periferia” in ordine alla loro fattibilità, e la definitiva redazione del “piano”; ciò avviene anche perché è di vitale importanza che la programmazione sia “condivisa” dagli elementi operativi; nelle singole aree operative poi si sviluppa una distinta programmazione, che si muove con discrezionalità, pur se in una cornice delimitata, al fine di perseguire i propri specifici risultati. Questa struttura descrittiva del processo decisionale, tipica dell’azienda divisa (o multidivisionale), o comunque unitaria, può essere importata, *mutatis mutandis*, anche all’interno del gruppo.

⁽¹⁵²⁾ Cfr. nella letteratura economica, per tutti, O. WILLIAMSON, *L’organizzazione economica*, Bologna, (trad. it.), 1991, *passim*.

⁽¹⁵³⁾ Parla di “modifica dell’oggetto sociale” a causa dell’inserimento della società nel gruppo, riecheggiando la formulazione dell’art. 2361 c.c., G. MUCCIARELLI, *Problemi in tema di gruppi e oggetto sociale*, in *I gruppi di società*, Milano, 1996, pp. 1673 ss.

⁽¹⁵⁴⁾ “Necessità” comunque diverse e meno intense rispetto a quelle che discendono dal progetto-quadro economico disegnato dai soci nell’atto costitutivo, posto che le direttive contenute nella pianificazione di gruppo *non possono essere vincolanti* nei confronti degli amministratori (salvo casi eccezionali e positivamente regolati: v. gruppi bancari), al pari di quanto avviene per le “autorizzazioni” dell’assemblea ex art. 2364 n. 4 c.c., delle quali i gestori possono e debbono rifiutare l’esecuzione nel caso in cui siano deleterie per la società (in tal senso V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell’impresa e competenza dell’assemblea*, loc. cit.; tuttavia se le delibere dell’assemblea possono esentare gli amministratori da responsabilità verso la società, non sembra che le direttive della capogruppo possano avere la stessa efficacia, cosicché i *managers* della controllata rimarranno responsabili ex artt. 2393-2394-2395 c.c.); sull’annoso problema dell’efficacia delle “direttive” della capogruppo la letteratura giuridica è sterminata: cfr. per tutti P. FERRO-LUZZI, *Riflessioni sul gruppo (non creditizio)*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, pp. 13 ss.; N. RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1999, pp. 714 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, *passim*; P. FERRO-LUZZI- P. MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1994, I, pp. 419 ss.; A. GAMBINO, *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, in *Giur. comm.*, 1993, I, pp. 841 ss.; P. SPADA, *L’amministrazione della società per azioni tra interesse sociale ed interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, pp. 233 ss.; F. D’ALESSANDRO, *Il diritto delle società da “i battelli del Reno” alle “navi vichinghe”*, in *Foro it.*, 1988, V, cc. 48 ss.; fondamentali sono poi gli studi contenuti nei volumi che racchiudono gli atti del convegno di Venezia del novembre 1995 (*I gruppi di società*, cit.), in particolare quelli di G. COTTINO, F. D’ALESSANDRO, F. DENOZZA, F. DI SABATO, P. MARCHETTI, G. MINERVINI, S. SCOTTI CAMUZZI.

Il fenomeno per cui un'attività d'impresa viene "piegata" alle esigenze di un programma economico esterno non è del resto sconosciuto al diritto commerciale: questa è infatti la struttura classica di tutte le imprese "ausiliarie" (art. 2195, n. 5, c.c.), ed in particolare delle imprese consortili, chiamate ad esercitare appunto una o più "fasi" delle imprese consorziate (art. 2602 c.c.).

In particolare la funzione consortile non implica che il consorzio eserciti "indirettamente" l'impresa delle consorziate, come pure si è tentato di dimostrare al fine di giustificare la tesi dell'esercizio mediato dell'oggetto della controllata, ma piuttosto che la programmazione dell'attività del consorzio, essenziale per assicurare l'equilibrio specificamente "economico" ⁽¹⁵⁵⁾ dello stesso, nonché la peculiare "destinazione" del risultato, non può non tenere conto del programma economico delle imprese associate, ed a quello adeguarsi ⁽¹⁵⁶⁾. Similmente, la pianificazione delle consorziate terrà conto delle linee direttrici funzionali in cui si compendia l'influenza della struttura "reticolare".

In questa sede non ha poi particolare importanza accertare quale sia la fonte specifica di tale potere di emanare direttive, se essa risieda semplicemente nell'esercizio delle prerogative di socio ⁽¹⁵⁷⁾, oppure altrove; né se e quando l'esercizio di queste "prerogative" renda la capogruppo responsabile dei danni od addirittura titolare diretta di una funzione gestoria ⁽¹⁵⁸⁾; quello che rileva è come tale *potere* "di fatto" si imponga alla pianificazione della singola società, modificandone la cornice funzionale, ed arricchendola di nuovi *standards* di valutazione dell'operato gestorio degli amministratori ⁽¹⁵⁹⁾.

Quanto detto non implica che qualsiasi pianificazione del gruppo renda di per sé *intra vires* l'atto posto in essere dal *management* della controllata: la realtà economica del gruppo, infatti, e la ragione della sua differenza rispetto all'azienda unica divisa, comporta che l'economicità, e nel caso della società, lo scopo lucrativo, vadano perseguiti non già soltanto a livello centrale, ma anche in ogni singola componente del gruppo; la pianificazione del gruppo può indirizzare quella del singolo anello della catena verso obiettivi superiori, non rendere impossibile il raggiungimento degli obiettivi specifici di questo. E' il *come* insomma del raggiungimento di quegli obiettivi di lucratività che può essere condizionato dalla capogruppo, non già il *se*.

⁽¹⁵⁵⁾ Sulla relatività rispetto al tipo di impresa del concetto di "economicità" cfr. E. LOFFREDO, *op. loc. citt.*

⁽¹⁵⁶⁾ L'esempio del consorzio tuttavia porta alla luce quale esigenza vi fosse di modificare l'ordinamento vigente al fine di rendere trasparente che la società è inserita nella struttura di un gruppo: e v. adesso l'art. 2497bis c.c.; tutto ciò a prescindere dall'opportunità di concedere addirittura il recesso in caso di entrata ed uscita da un gruppo (in tal senso *de iure condito*, considerando l'appartenenza al gruppo come un elemento dell'oggetto sociale, v. U. TOMBARI, *Il gruppo di società*, Torino, 1997, pp. 173 ss.; *contra* quanto dicevamo ne *Il recesso*, cit., pp. 195 ss.; adesso la previsione è contenuta, sia pur con certe limitazioni, nella lett. c dell'art. 2497quater); è chiaro tuttavia che altro è prevedere la semplice pubblicità della situazione (a somiglianza di quanto avviene nei gruppi bancari: e cfr. G. LA ROCCA, *Impresa e società nel gruppo bancario*, Milano, 1995, pp. 195 ss.), ed altro l'inserimento nell'atto costitutivo; la differenza rispetto al consorzio risiede oggi nel fatto che gli amministratori della società appaiono liberi di realizzare la sottoposizione della propria pianificazione a quella strategica di gruppo, laddove chi fa parte di una società consortile sa dal contenuto dell'atto costitutivo che l'attività sarà destinata ad integrarsi con altre economie individuali esterne (non però necessariamente i soci della consorziate, a meno che l'indicazione della "partecipazione" sia trasparente nel bilancio, come non deve necessariamente essere visto che difficilmente una partecipazione in struttura consortile costituisce "immobilizzazione"; tuttavia il contesto medio- piccolo in genere rende l'informazione di fatto disponibile).

⁽¹⁵⁷⁾ V. in argomento il noto saggio di P. SCHLESINGER, *I poteri extra- assembleari dell'azionista di controllo*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, pp. 991 ss.

⁽¹⁵⁸⁾ Come noto il nostro sistema non definisce nemmeno ora in modo specifico il contenuto della funzione amministrativa (se non per la "attuazione dell'oggetto sociale" ex art. 2380bis), e questo è precisamente lo spazio lasciato vuoto dalla giurisprudenza dopo il *revirement* della Cassazione in materia di amministratori "di fatto": il problema ora è infatti verificare cosa rende il soggetto che si ingerisce nella gestione "amministratore"; v. comunque di recente lo studio di F. GUERRERA, *Gestione "di fatto" e funzione amministrativa nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, pp. 131 ss.; in relazione ai gruppi bancari cfr. poi A. BLANDINI, *Direzione unitaria e responsabilità nei gruppi*, Napoli, 2000, pp. 171 ss.; in generale N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano, 1998.

⁽¹⁵⁹⁾ Si noti come questi nuovi *standards* valutativi siano solo parzialmente eteronomi, poiché in realtà la scelta di entrare in un gruppo può rispondere essenzialmente ad una libera scelta degli amministratori (ad es. nelle situazioni di controllo "contrattuale"), pur se "limitata" di fatto dall'esistenza ora del diritto di recesso dei soci, ed anche in caso di controllo fondato sulla partecipazione, gli amministratori sarebbero liberi di sottrarsi alla funzionalizzazione, se ne hanno il potere contrattuale (ad es. favorendo il coagulo di una maggioranza che scalzi il dominio del socio di riferimento); l'unica sanzione di cui può avvalersi la capogruppo infatti per le violazioni del disegno pianificatorio è la rimozione degli amministratori della controllata.

Ciò avviene perché la pianificazione costituisce una direttiva funzionale di secondo livello, che gli amministratori predispongono, anche recependo gli indirizzi della strategia dell'agglomerato, al fine di raggiungere gli obiettivi sanciti dal programma organizzativo fissato nell'atto costitutivo; non viene rotto insomma dal gruppo il legame fra il conferimento e la destinazione del risultato dell'attività in comune⁽¹⁶⁰⁾, perché lo scopo lucrativo dev'essere raggiunto nelle economie dei soci della società che produce il risultato, non già all'esterno.

Ciò significa che l'economicità della controllata può essere perseguita nell'ambito della pianificazione di gruppo in modo diverso rispetto alla situazione della società "monade", ed attraverso sequenze più complesse e più ampie⁽¹⁶¹⁾, ma *deve essere raggiunta*⁽¹⁶²⁾. All'interno del gruppo, *così come al di fuori di esso*⁽¹⁶³⁾, non è la contropartita immediata di un atto di erogazione dell'*output* a determinare il raggiungimento dello scopo lucrativo, ma il "senso" economico complessivo dell'attività, se opportunamente pianificata. Ecco allora che la prestazione di una garanzia in favore di un'altra società, anche se non facente parte di un medesimo gruppo, può essere intranea all'oggetto sociale, anche se apparentemente assunta senza contropartita, e generatrice solo di un rischio e di una posizione da registrare nei conti d'ordine, se mi aspetto (ossia, prevedo, *ergo* programma) che l'operare di quella società produrrà per me anche in un futuro non immediato né prossimo un vantaggio positivo⁽¹⁶⁴⁾⁽¹⁶⁵⁾.

⁽¹⁶⁰⁾ Si v. G. FERRI jr, *Investimento e conferimento*, Milano, 2001, *passim*.

⁽¹⁶¹⁾ D'altro canto l'impresa è *attività*, non già mera successione di atti, per cui non ha senso ricercare la lucratività dell'attività nella singola relazione di corrispettività che qualifica il singolo atto negoziale gestorio.

⁽¹⁶²⁾ Impossibile instaurare invece una comparazione fra la maggiore o minore redditività del modo di perseguire la lucratività all'interno od all'esterno di un gruppo: ciò riguarda infatti il merito delle scelte gestionali (c.d. *business judgement rule*), col limite della assoluta irragionevolezza. Anche per questo al socio viene ora attribuito il diritto di recesso, alla sola condizione che venga prodotta "un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento", anche nel senso della diminuzione del rischio, posto che ciò abbassa il saggio di profitto, e può costringere a finanziarsi a condizioni onerose per investire altrove. Questa precisazione è opportuna anche per comprendere come il "vantaggio compensativo" non possa essere valutato in senso quantitativo, a pena di instaurare un sindacato giurisdizionale direttamente sulla convenienza di un singolo atto di gestione; ed anche qui il limite della ragionevolezza può essere sufficiente a reprimere le situazioni evidentemente abusive.

⁽¹⁶³⁾ Si pensi al creditore che conceda al suo debitore una proroga del termine per l'adempimento, od addirittura rinunci agli interessi maturati o ad una parte del capitale: questo comportamento, che dal punto di vista civilistico costituisce un atto gratuito, può avere una spiegazione razionale ed "economica" in un contesto commerciale, dove l'insolvenza definitiva del debitore è suscettibile di causare un danno ben superiore alla rinuncia parziale alle proprie ragioni (ed il fenomeno è comunissimo negli accordi stragiudiziali per eliminare l'insolvenza); il diritto societario e dell'impresa indagano i nessi fra gli atti che conducono alla produzione del risultato, non la struttura civilistica e negoziale degli atti di gestione.

⁽¹⁶⁴⁾ Quanto detto spiega inoltre perché la maggior parte dei casi e degli esempi che coinvolgevano l'applicazione dell'art. 2384bis c.c. riguardassero in realtà fattispecie di sospetta eccentricità rispetto allo scopo lucrativo sociale, e non all'"oggetto" inteso in senso merceologico.

⁽¹⁶⁵⁾ Un risultato ermeneutico analogo sembra predicabile per l'art. 64 l.f., alla luce di un'interpretazione "evolutiva" che identifichi l'atto "a titolo gratuito" con quello estraneo alla pianificazione d'impresa: in tal senso cfr. Trib. Monza, 15 dicembre 2001, Fall.to Lombardia 7 c. Elleci s.r.l., inedita, ove " ... in realtà, ratio dell'art. 64 l.f. è la negazione dell'efficacia di quegli atti che, per l'anomalia caratterizzata dall'assenza di un corrispettivo, non paiono inserirsi in un programma aziendale improntato alla riproduzione dei valori impiegati nel processo produttivo ... La norma dev'essere infatti collocata all'interno della visione economica del legislatore del 1942, ove la non ancora pienamente emersa differenza fra "economicità" e lucro soggettivo ... doveva far ritenere scontata la non inerenza ad un disegno imprenditoriale razionale di qualunque attribuzione patrimoniale non accompagnata dalla pattuizione di un vantaggio economico immediato. L'evoluzione subita dai processi economici, e soprattutto dalle metodologie di rilevazione e studio degli stessi, favorito dalla diffusione di una cultura "aziendalistica" la diffusione dei gruppi di società, e l'individuazione di atti economici apparentemente non volti alla percezione di un'utilità immediata, ma in realtà collocabili all'interno di una moderna visione dell'impresa, come segmenti di processi economici più ampi, funzionalizzati pur sempre alla produzione di un risultato "economico", deve necessariamente condurre l'interprete ad una rilettura teleologicamente orientata dell'art. 64 l.f. ove emerga la ratio più profonda della stessa, siccome norma volta a sanzionare con l'inefficacia, al fine di ripartire gli effetti dell'insolvenza su di una sfera di soggetti più ampia dei creditori concorrenti, gli atti posti in essere dall'imprenditore che non si collocano all'interno di una razionale pianificazione aziendale. Ciò che conta pertanto non è né la diminuzione patrimoniale del disponente, né l'accrescimento della sfera del beneficiario, categorie queste intrinsecamente connotatesi per la dimensione statica, e dunque difficilmente armonizzabili con la realtà essenzialmente dinamica dell'impresa, soprattutto una volta compreso che le norme sulla revocatoria fallimentare non svolgono una funzione di riparazione del danno subito, secondo un meccanismo legislativo destinato ad operare esclusivamente *ex post*, ossia una volta che l'azienda è avviata alla

La dottrina ⁽¹⁶⁶⁾ e la giurisprudenza ⁽¹⁶⁷⁾ esprimevano già questi concetti facendo riferimento alla nota “teoria dei vantaggi compensativi” ⁽¹⁶⁸⁾.

Adesso l’art. 2497 c.c. istituisce una responsabilità da “abuso di direzione e coordinamento” ⁽¹⁶⁹⁾, i cui presupposti, rispetto ai soci “esterni”, sono la violazione dei “*principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*”, e la produzione di un “*pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale*”.

Al di là della magniloquenza delle formule, che senz’altro incrementerà non poco i livelli, già relativamente alti, di contenzioso, sembra di poter affermare che i “principi” in questione possano coincidere con quanto appena detto, circa la necessità della pianificazione della produzione del risultato economico direttamente a vantaggio delle controllate (i cui soci subiscono altrimenti un “pregiudizio alla redditività della partecipazione); quanto alla lesione del “valore della partecipazione sociale”, l’enunciato richiama un’autorevole dottrina ⁽¹⁷⁰⁾, e forse anche l’importante teoria economica della “creazione del valore” ⁽¹⁷¹⁾; a tal ultimo riguardo tuttavia va riscontrato come non necessariamente sia vantaggioso per il socio (e per la società) tutto ciò che incrementa il valore della partecipazione: vi sono infatti fenomeni di sopravvalutazione artificiale di tale valore sul mercato che, una volta scoperti, determinano un rimbalzo estremamente dannoso, in quanto idoneo a provocare una perdita di “fiducia” nel titolo di difficile e comunque costosa rimozione; pertanto in

dissoluzione, per effetto della sanzione fallimentare, bensì sono attributarie di un ruolo ben più complesso, percepibile soprattutto ex ante, nel perseguimento dell’obiettivo di intervenire indirizzando i comportamenti gestionali soprattutto quando l’imprenditore è ancora in bonis, benché si trovi in condizioni di difficoltà economica e finanziaria”. L’osservazione può condurre a rilevare come ormai, dopo l’abrogazione dell’art. 2384bis, la rimozione degli effetti dell’atto “eccentrico” possa essere perseguita solo in sede fallimentare, attraverso l’art. 64 l.f.; e c’è da aspettarsi che la norma sia anche in futuro interpretata in tal modo dalla giurisprudenza, al fine di rimediare al vuoto di tutela che si è venuto a creare sul piano del diritto societario.

⁽¹⁶⁶⁾ Cfr. per tutti P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, pp. 710 ss.; si rinvia poi alle indicazioni bibliografiche di N. RONDINONE, *I gruppi di imprese*, cit., pp. 542 ss., e di R. PENNISI, *Attività di direzione e poteri della capogruppo*, cit., *passim*, spec. pp. 140 ss., il quale ultimo pure ricorre alla programmazione (ed alla disciplina sui gruppi bancari) per illustrare i termini del problema; l’importanza della programmazione di gruppo nell’economia della soluzione è percepita anche da V. SALAFIA, *Patologie dei gruppi di società*, in *Società*, 1995, pp. 1142 s.; IDEM, *Conflitto di interessi nelle società di capitali*, *ivi*, 1996, p. 397.

⁽¹⁶⁷⁾ V. Cass., 11 marzo 1996, n. 2001, Isvim c. Borgosesia, in *Giur. comm.*, 1997, II, p. 515 (con nota di R. GUIDOTTI); IDEM, 5 dicembre 1998, n. 12325, Banca di Roma c. Sacal, in *Giur. it.*, 1999, I, p. 2317 (con nota di P. MONTALENTI), *Foro it.*, 2000, I, c. 2936 (con nota di G. LA ROCCA), *Riv. dir. impr.*, 2001, p. 343 (nota di M.M. RISCOSSA); IDEM, 21 gennaio 1999, n. 521, Doronzo c. Viscontea s.p.a., in *Corr. giur.*, 1999, p. 1529 (con nota di R. ROSSI); alcuni pronunciamenti più recenti sembrano invece mettere in primo piano la presenza di un “interesse economico apprezzabile” della controllata apparentemente danneggiata, così segnando un deciso regresso sul piano della comprensione economica della situazione: cfr. Cass., 10 aprile 2000, n. 4505, Centro informatica 2000 c. Roma Ced, in *Giur. it.*, 2001, I, p. 477; IDEM, 15 giugno 2000, n. 8159, Slan s.r.l. c. Cassa risp. Perugia, in *Dir. prat. soc.*, 2000, 23, p. 98; richiede invece l’ingresso di una vera e propria “contropartita” nel patrimonio della danneggiata Trib. Napoli, 5 ottobre 2000, Fall.to Interscambi c. Credit, in *Dir. fall.*, 2001, p. 275 (nota di A. PENTA); una *ratio decidendi* imperniata sulla programmazione è quella della già cit. Trib. Bologna, 22 giugno 1999, anche se purtroppo i passi più importanti della motivazione sono stati omessi nella pubblicazione.

⁽¹⁶⁸⁾ E cfr. di recente F. DENOZZA, *Rules vs. standards*, cit., pp. 328 s., il quale mostra come il sostrato economico sia fornito alla teoria dei vantaggi compensativi dal teorema di Kaldor- Hicks; ma se tale è la giustificazione teoretica della dottrina dei “vantaggi compensativi”, allora perché non predicare l’intranità anche dell’atto compiuto ove la società- monade compensi adeguatamente la minoranza danneggiata? In realtà è solo quando l’atto rientra in una razionale programmazione delle scelte imprenditoriali che può dirsi lo stesso conforme al modello legale, siccome preordinato, *attraverso l’esercizio dell’attività economica*, alla produzione del risultato lucrativo *direttamente nelle economie dei soci*. Non sarebbe conforme allo schema legale la condotta ad es. dell’amministratore che, senza perseguire alcun fine lucrativo nella conduzione degli affari sociali (ed anzi, al limite, restando del tutto inerte), assicurasse ciononostante ai soci una cospicua remunerazione dell’investimento attraverso il proprio patrimonio personale, nonostante che probabilmente nessuno avrebbe a dolersene.

⁽¹⁶⁹⁾ Rispetto all’omologa figura di cui all’art. 90 d. lgs. n. 270/1999, l’art. 2497 c.c. definisce, a livello generale, cosa si intende per abuso della direzione unitaria.

⁽¹⁷⁰⁾ Cfr. D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in Tratt. soc. per az. diretto da G.E. Colombo e G. Portale, 3^{**}, Torino, 1993, pp. 3 ss.

⁽¹⁷¹⁾ Cfr. L. GUATRI- S. VICARI, *Sistemi d’impresa e capitalismi a confronto. Creazione di valore in diversi contesti*, cit., *passim*; L. GUATRI, *La teoria di creazione del valore*, Milano, Giuffrè, 1991, *passim*.

taluni casi l'aumento del valore della partecipazione distrugge valore, invece che crearne; e di ciò si dovrà tener conto nell'applicazione.

Occorrerà soltanto precisare che la correlazione fra l'atto "sospetto" ed il vantaggio per la controllata sia "diretta" in senso logico, non potendosi condividere la prospettiva giurisprudenziale che, discorrendo di vantaggi "mediati o riflessi" rischia di legittimare qualunque compensazione⁽¹⁷²⁾.

Indubbiamente potrebbe sembrare ideale la situazione ove sia pattuito, contestualmente all'adozione dell'atto "sospetto", il vantaggio compensativo correlato, cosicché la società "danneggiata" divenga titolare di un diritto all'adempimento⁽¹⁷³⁾.

Ciononostante si è osservato che *"il dinamismo e l'esigenza di adattare rapidamente l'organizzazione al contesto ambientale renderebbe spesso troppo rigido questo meccanismo, costringendo a frequenti operazioni negoziali di modifica e di risoluzione, e variazioni contabili correlate, sia nel contesto individuale che in quello consolidato, che generebbero nuovi costi di transazione, senza apportare una sostanziale garanzia di correttezza nei confronti dei soci delle società indotte a spogliarsi del proprio attivo a vantaggio di altre"*⁽¹⁷⁴⁾;

In effetti sembra che solo apparentemente l'assunzione di un obbligo contestuale all'erogazione costituisca una garanzia più forte e significativa: frequente è nella pratica la formula della concessione a titolo precario di strutture e risorse formalmente pertinenti ad altre società, come rimedio compensativo; in questi casi allora la reversibilità della situazione ad iniziativa del concedente non garantisce alcunché, in una prospettiva strettamente contrattualistica; l'imposizione di stipulare veri e propri impegni obbligatori, di carattere locatizio, invece, produrrebbe presumibilmente la corsa alla simulazione di corrispettivi fittizi e comunque irrisori, con ricadute sul piano dell'inquinamento delle rappresentazioni contabili; meglio allora scegliere di legittimare l'organizzazione, concepita in modo sinergico, purché ci sia *disclosure* circa la predisposizione dei fini e degli strumenti.

⁽¹⁷²⁾ E v. Trib. Bologna, 22 giugno 1999: *"... un vantaggio, direttamente correlato a quell'attribuzione patrimoniale, che ne dimostri l'appartenenza e la riconduca al profilo "funzionale" dell'organizzazione, vista come strumento economico per la produzione di un utile. La situazione ideale è naturalmente rappresentata dalla contestuale assunzione di un obbligo, da parte proprio del beneficiario dell'erogazione, oppure da un altro soggetto aderente al gruppo (per il quale si porrà un analogo problema di ricerca di un vantaggio compensativo correlato), di operare a vantaggio dell'ente che si è privato di parte della propria capacità economica; se tale vantaggio è stato concesso mediante un'attribuzione unilaterale precedente, si dovrà verificare se la prestazione futura rientrasse comunque nella logica dell'operazione, sì da risultare ad essa correlata almeno nel senso di una contestualità in senso logico, e non cronologico, secondo principi ben noti in tema di revocatoria (artt. 2901 c.c., 64 l.f.) ... Quello che è importante rilevare è come occorra che il destinatario del vantaggio sia direttamente ed immediatamente il soggetto che si è impegnato senza formale contropartita, e non già anche altra società del gruppo, non potendosi sostenere che l'equilibrio "complessivo" del gruppo e la sua maggiore efficienza globale avvantaggino anche l'ente che si è spogliato di parte delle proprie risorse. E questo perché non esiste un soggetto unitario che assorba tutte le strutture societarie facenti parte del gruppo, né può parlarsi di una nozione di interesse "di gruppo", se non nell'accezione funzionale appena delineata; non esiste un interesse del gruppo, ma al limite un interesse di gruppo. Ciò forse è predicabile per i gruppi bancari, ove il vantaggio delle possibilità concesse dalla legge e dalle relative Istruzioni di Vigilanza alla capogruppo, nell'interesse alla stabilità dell'agglomerato, sembrano poter portare ad affermare che è lecito "danneggiare" una società facente parte del particolare contesto sinergico, purché si resti nei limiti dei criteri di "equità e ragionevolezza", e non si pregiudichino gli interessi di azionisti "esterni", e naturalmente non si tradisca l'aspettativa alla stabilità che è il fine di tutta la disciplina. Resta inteso che se una società "terza" venisse ad essere destinataria di un vantaggio da parte del soggetto direttamente beneficiario, la situazione potrebbe essere ricomposta attraverso l'erogazione di una compensazione da parte della prima nei confronti di quella che si è originariamente impoverita, come ben potrebbe verificarsi se solo questa è in grado di prestare un servizio utile; la relazione compensativa si instaura infatti direttamente fra i soggetti che modificano la propria sfera patrimoniale, proprio perché non si è alla ricerca di un nesso di corrispettività fra atti negoziali, ma piuttosto di una correlazione in senso economico e funzionale [il corsivo è aggiunto]"*.

⁽¹⁷³⁾ Questa è la posizione espressa da L. ENRIQUES, *Il conflitto di interessi*, cit., pp. 298 ss., e che trovava sede anche nella proposta di legge "Veltroni"; secondo F. DENOZZA, *op. ult. cit.*, p. 338, la compensazione, benché futura, dovrebbe essere tale che ne sia *"esattamente stimabile il grado di probabilità"*, e che *"l'incertezza così misurata possa essere monetizzata a valori di mercato"* (i corsivi sono dell'a.); questa riflessione sembra risolversi nella tensione assiologica verso un grande livello di rigore e di analiticità nella pianificazione del vantaggio compensativo, che però in molti casi potrebbe entrare in contrasto con i limiti della previsionalità di cui si parlava in precedenza; di questo l'a. è tuttavia pienamente consapevole, là dove stima che il rischio di *over-inclusiveness* della *rule* sia complessivamente inferiore a quello insito nelle soluzioni più elastiche.

⁽¹⁷⁴⁾ Trib. Bologna, 22 giugno 1999, cit.

D'altro canto il fatto che la pianificazione costituisca un'attività dinamica soggetta a frequenti cambiamenti, sulla base dell'esigenza di adattarsi ai mutamenti degli scenari ambientali ipotizzati, rientrando nella competenza degli amministratori, genera la possibilità che la modifica del piano strategico od operativo inquadri diversamente i rapporti fra componenti dell'agglomerato, generando nuovi "costi" e vantaggi "correlati", come pure l'interruzione di nessi già acquisiti fra erogazioni e rimedi compensativi in atto, operanti nel lungo periodo; con l'ovvia limitazione, oggetto di controllo da parte del magistrato, se necessario con l'ausilio del consulente tecnico, che il mutamento appaia incoerente rispetto alla filosofia complessiva del gruppo ed al contesto ambientale in cui questo si trova attualmente ad operare; in questo caso ben potrà il Giudice convincersi della strumentalizzazione del meccanismo, e della natura di comodo del mutamento di rotta; sintomatici saranno la brevità dello spazio di tempo intercorso fra il cambiamento del piano aziendale e la sua attuazione, la contiguità fra il momento ove si legittima l'operazione, prevedendo il vantaggio compensativo correlato, e quello ove si restaura con lo stesso procedimento una situazione simile a quella preesistente, privando di efficacia la compensazione.

All'obiezione prevedibile che così operando il magistrato invaderebbe lo spazio occupato dalle scelte di merito della gestione, può risponderci che non vi è altro modo di discernere il lecito dall'illecito, e che in fondo così non si opera un sindacato sul merito delle scelte, quanto piuttosto si accerta l'effettività delle scelte medesime, verificando la loro razionalità⁽¹⁷⁵⁾ anche dal punto di vista economico, per convincersi della loro veridicità⁽¹⁷⁶⁾.

La riforma sembra sposare un indirizzo ancora più elastico, laddove esclude la responsabilità⁽¹⁷⁷⁾ quando il danno "risulta mancante *alla luce del risultato complessivo* dell'attività di direzione e coordinamento ovvero *integralmente* eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette" (art. 2497 c.c.): dunque è oggetto di attenzione una prospettiva *ex post*, ove comunque la compensazione successiva elimina l'esigenza di reprimere (secondo fra l'altro le indicazioni del teorema di Kaldor- Hicks); la coordinazione delle due formule deve a mio avviso essere intesa nel senso che il "risultato complessivo" non esclude la valutazione preventiva, alla luce della pianificazione strategica: ossia se la programmazione è idonea, razionale, e tesa a non pregiudicare la controllata, il verificarsi di un danno per la materializzazione di condizioni di rischio inattese non genererà responsabilità (altrimenti sindacandosi nel merito le scelte gestionali); se tuttavia lo sviluppo concreto degli eventi produce un risultato positivo impreveduto per la controllata, benché la pianificazione non fosse stata impostata in tal senso, e non potesse quindi considerarsi idonea, egualmente sarà esclusa ogni sanzione; infine se il danno si verifica, e la programmazione è deficitaria, l'adozione di iniziative "compensative" *ex post* sortisce lo stesso effetto di esenzione, a condizione però in tal caso che la compensazione sia *effettiva*, e ciò non solo in termini qualitativi, ma anche e soprattutto *quantitativi* ("integralmente").

A mio avviso tuttavia il fatto che non sia concretamente esperibile l'iniziativa risarcitoria non esclude che la condotta degli amministratori debba essere egualmente qualificata come irregolare, al fine di poterli revocare con giusta causa, e di poter azionare gli altri controlli, anche *ex art. 2409 c.c.*⁽¹⁷⁸⁾

Non sarà ammissibile invece la pretesa di ritenere che il vantaggio operi sul piano del "servizio" di direzione unitaria prestato dalla capogruppo, posto che tale relazione, che si risolve in un'attività di coordinamento e guida da parte del soggetto al cui livello sono accentrate le funzioni direttive, costituisce la ragion d'essere dell'esistenza del gruppo come della parziale e relativa subordinazione (in termini economici)

⁽¹⁷⁵⁾ Sulla ricerca della "razionalità" e "coerenza" nei comportamenti intragruppo cfr. P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi*, cit., pp.731 s.

⁽¹⁷⁶⁾ Non si deve dimenticare, poi, che il tema dell'indagine diviene così l'accertamento di un abuso dell'organo amministrativo, che avrebbe in ipotesi operato in conflitto di interessi per conto proprio o di terzi, mentre la regola dell'insindacabilità del merito gestionale presuppone proprio la correttezza dell'operato del *management* (in tal senso L. ENRIQUES, *op. loc. citt.*), e tutela la libertà di questo di muoversi nel contesto imprenditoriale, senza temere di dover rispondere di qualunque errore tattico, o di imprevisione delle infinite variabili connesse alla riuscita di un disegno; l'abuso non è invece negligenza o imperizia, ma frode, e come tale fa cadere le remore ad entrare nel vivo delle decisioni gestionali.

⁽¹⁷⁷⁾ E dunque, se le parole hanno un senso, esenta da conseguenze sanzionatorie una condotta che resta illecita.

⁽¹⁷⁸⁾ Anche il controllo giudiziario *ex art. 2409 c.c.* tuttavia ha subito un non lieve *lifting* in senso riduttivo delle potenzialità d'intervento; ma basta che le condotte irregolari "*possano arrecare danno*" alla società (od alle controllate).

della società “diretta”, sicché il vantaggio sarebbe solo apparente: a ben vedere, infatti, la controllata non acquista nulla, posto che il “vantaggio” è una ricaduta diretta del suo appartenere al gruppo.

6. *L’assunzione di partecipazioni e l’art. 2361*. – Un recente decreto della Corte d’Appello milanese, di cui si diceva, ha affrontato una questione giuridica assai delicata, che coinvolge l’applicazione di una delle norme più oscure dell’ordinamento societario, l’art. 2361 c.c. ⁽¹⁷⁹⁾.

Una società, esercente una certa attività d’impresa, conferisce il ramo principale dell’azienda in un’altra, già controllata al 100%.

La Corte ha escluso il profilo incentrato sull’art. 2384*bis*, e poi ritenuto che quest’operazione non configuri un’assunzione di “partecipazione”, e che comunque non siano integrati i presupposti applicativi di cui all’art. 2361 c.c., essendovi identità di oggetto sociale ⁽¹⁸⁰⁾, e dovendosi riferire il concetto di “misura” tanto al patrimonio della partecipante quanto a quello della partecipata ⁽¹⁸¹⁾, a seconda delle circostanze; evidentemente, nella fattispecie esaminata, quest’ultima affermazione deve considerarsi un *obiter dictum*, posto che la “misura” avrebbe dovuto stimarsi considerevole tanto per la conferente (che aveva trasferito il proprio *core business*) quanto per la conferitaria.

L’interpretazione dell’art. 2361 c.c. effettivamente sembra non aver mai trovato un punto fermo.

La proposta ricostruttiva più suggestiva (ora privata del suo sostrato ermeneutico) vedeva nella norma una specificazione dell’art. 2384*bis* c.c., contenente elementi di valutazione peculiari, d’altro canto non previsti necessariamente come congiuntamente necessari, ed utilizzabili altresì nell’applicazione della norma generale sugli atti *ultra vires* ⁽¹⁸²⁾; l’oggetto sociale di cui alla disposizione sulle partecipazioni allora sarebbe quello concreto, “di fatto”. A questa tesi viene replicato spesso che la modifica, per essere “sostanziale”, dovrebbe riguardare un oggetto formale, e perciò quello statutario; d’altro canto la “sostanzialità” del cambiamento non potrebbe riguardare altro, posto che il parametro quantitativo è già contenuto nella “misura”.

In realtà non sembra che l’attributo “sostanziale” debba essere letto necessariamente in modo disgiunto dalla “misura”: questa infatti di per sé non dice nulla, se non viene messa in relazione ad un parametro di valore che dica cosa deve intendersi per “troppo”.

Anche l’espressione “oggetto” non necessariamente deve essere intesa come se fosse riferita all’oggetto sociale della partecipata, od al settore merceologico ove questa opera ⁽¹⁸³⁾.

In effetti che l’art. 2361 non potesse ritenersi una mera specificazione dell’art. 2384*bis* c.c. lo provava il fatto che la prima norma, e non la seconda, fosse ⁽¹⁸⁴⁾ sanzionata penalmente (art. 2631 c.c., vecchio testo).

Questa constatazione dimostra che l’art. 2361 c.c. non prescrive soltanto un parametro valutativo da riferire alla pianificazione dell’azienda, ma pone altresì dei limiti alla pianificazione stessa, limiti che non consistono nell’oggetto statutario (per questo già c’era l’art. 2384*bis* c.c., ove la rigidità della direttiva statutaria ostacolava l’efficacia di qualunque pianificazione eccentrica).

D’altro canto c’è una rilevante differenza fra l’“assunzione di una partecipazione” ed un atto di gestione da valutare per la sua estraneità all’oggetto sociale: la prima infatti ⁽¹⁸⁵⁾ può essere la risultante di una serie di

⁽¹⁷⁹⁾ Sulla quale il legislatore delegato non ha ritenuto di intervenire, se non per marginali correzioni formali, e per aggiungere l’ipotesi dell’assunzione di partecipazione che comporti la responsabilità illimitata (con ciò, fra l’altro, abrogando finalmente l’orientamento giurisprudenziale volto ad impedire che società di capitali divenissero socie di società di persone).

⁽¹⁸⁰⁾ La motivazione del provvedimento però indugia sull’osservazione per cui in realtà l’oggetto della *holding*, anche se “pura”, non può mai coincidere con quello della controllata, posto che il primo deve contenere anche la “direzione unitaria”; l’intuizione contiene in realtà il germe distruttivo della tesi dell’esercizio “indiretto”.

⁽¹⁸¹⁾ Secondo la proposta ricostruttiva sposata ad es. da G. SCOGNAMIGLIO, *Società di persone e imprese individuali di gruppo nell’amministrazione straordinaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, pp. 841; G. LA VILLA, *L’oggetto sociale*, cit., pp. 313 ss.; P. GUERRA, *Le società di partecipazione*, Milano, 1957, pp. 52 s.

⁽¹⁸²⁾ In tal senso E. GLIOZZI, *Gli atti estranei all’oggetto sociale nella società per azioni*, Milano, 1970, *passim*.

⁽¹⁸³⁾ Si pensi ad es. alla partecipazione in strutture associative non societarie, che se acquisita in modo consistente può snaturare di fatto non tanto l’oggetto sociale, quanto lo scopo lucrativo.

⁽¹⁸⁴⁾ L’incriminazione della condotta sanzionata dall’art. 2361 c.c. non ha infatti sede nella riforma del diritto penale societario.

⁽¹⁸⁵⁾ Ossia la quota complessivamente raggiunta nella partecipata.

atti di acquisto susseguirsi in tempi diversi, e sottoposto a valutazione legale è il risultato finale, a prescindere dall'eventuale disegno strategico sottostante *ab initio* alle acquisizioni; al contrario gli atti di gestione possono essere sindacati solo atomisticamente considerati (e l'art. 2384*bis* disciplinava soprattutto l'efficacia di un atto negoziale); l'art. 2361 c.c. invece concerne precipuamente una condotta degli amministratori, mentre gli atti di assunzione delle partecipazioni vengono osservati non per la loro patologia negoziale⁽¹⁸⁶⁾, bensì per il risultato che producono sul piano dell'organizzazione societaria.

Molte interpretazioni partono poi dal presupposto che, se l'atto costitutivo prevede la possibilità di assumere partecipazioni, benché "genericamente" (così come recita la parte iniziale del disposto), un problema di conformità all'oggetto sociale nemmeno avrebbe motivo di porsi (ed in questo senso si situa anche il decreto milanese).

In realtà l'assunzione di partecipazioni come contenuto dell'oggetto sociale, nella prospettiva tradizionale, attiene esclusivamente al settore merceologico di quelle società che esercitano tale attività professionalmente; per tutte le altre, l'oggetto sociale non dovrebbe contenere nulla di simile, e gli amministratori dovrebbero godere della piena libertà di determinarsi in tal senso, purché appunto la situazione sia compatibile con la pianificazione dell'impresa. Avere una partecipazione, infatti, come si è visto, non implica esercitare indirettamente l'impresa della società partecipata; quindi un problema di compatibilità con l'oggetto statutario neppure dovrebbe aver motivo di porsi.

D'altro canto, quand'anche l'oggetto sociale statutario contenesse una previsione al riguardo⁽¹⁸⁷⁾, addirittura specifica, con riferimento ad un certo tipo di partecipazioni, non per questo l'assunzione dovrebbe definirsi a priori *intra vires*: come si è visto non è la compatibilità astratta col contenuto dell'oggetto sociale a costituire allora il parametro di valutazione: anche l'atto più intraneo ad un settore merceologico può diventare *ultra vires* se ne viene rilevata l'eccentricità rispetto alla visione pianificatoria.

La riserva iniziale dell'art. 2361 c.c. è perciò solo una precisazione: il legislatore ha voluto evitare il rischio che l'interprete commettesse l'errore di considerare esentato da qualunque sindacato l'atto di assunzione di una partecipazione in presenza di generica "copertura" statutaria.

Un altro punto fermo sembra dover essere costituito dall'obbligo degli amministratori di impegnare le risorse del patrimonio sociale per esercitare un'impresa conforme al programma statutario: gli stessi saranno liberi di determinarne le dimensioni, sia all'inizio, sia nel prosieguo, ponendo in essere nuovi investimenti, nonché atti di disinvestimento. Assumere partecipazioni in una società operativa non implica, come si è detto, esercizio *indiretto* di un'impresa; pertanto il conferimento dell'intera azienda in una società costituisce un atto sospetto.

Ma il parametro di valutazione al riguardo sarà solo quello adottato in sede di azione di responsabilità, per sindacare la conformità dell'operato degli amministratori alla nozione di "oggetto sociale", non l'art. 2361; e non è detto che l'operazione sia estranea all'oggetto sociale: se infatti i *managers* hanno programmato una ristrutturazione che comporti l'assunzione di una partecipazione in una società, l'aumento del valore della stessa, per effetto dell'equilibrio sinergico dei fattori produttivi conferiti e di quelli già acquisiti al patrimonio della conferitaria, e poi l'alienazione della quota (o di una parte di essa), e l'acquisto di un'altra azienda collocata all'interno del settore merceologico previsto nell'atto costitutivo, non potrà essere riconosciuta alcuna illegittimità. Ancora una volta è la pianificazione a determinare la valutazione⁽¹⁸⁸⁾.

Nel caso esaminato dalla Corte d'Appello milanese non era stato pianificato alcun "ritorno" all'operatività attraverso l'investimento degli *assets* conferiti; ciononostante gli amministratori non avevano

⁽¹⁸⁶⁾ E' chiaro infatti che se acquisto l'1% delle quote di una società senza violare l'art. 2361 c.c., e poi incremento la partecipazione sfondando la soglia di tolleranza, sarà al limite l'ultimo atto a poter essere valutato dal punto di vista delle patologie negoziali, non i precedenti.

⁽¹⁸⁷⁾ E forse proprio l'art. 2361 c.c. dimostra che c'è un contenuto della clausola sull'oggetto sociale che non concerne la categoria merceologica ove è collocata l'azienda sociale.

⁽¹⁸⁸⁾ D'altro canto, se non fosse la pianificazione a determinare il parametro di valutazione, soltanto nel caso del conferimento in natura iniziale di un'azienda in esercizio gli amministratori potrebbero andare esenti da responsabilità: la società infatti nascerebbe priva di impresa in atto, ed i piani già predisposti per entrare in un mercato e posizionarvi resterebbero irrilevanti.

conferito tutti beni aziendali, avendo conservato la società un altro ramo aziendale, sia pur secondario (definito efficacemente in atti “rametto”). Pertanto il rigetto della prospettazione attorea, sotto questo punto di vista, deve ritenersi corretto, avendo i gestori soltanto provveduto a “ridurre” le dimensioni dell’impresa sociale.

Resta da definire l’effettivo ruolo dell’art. 2361 c.c.; in realtà, la norma detta un comando composito, che impedisce ai *managers* di impostare una politica di gestione degli investimenti tale da svuotare di fatto il programma statutario: per questo il concetto di “misura” dev’essere effettivamente valutato in modo dinamico, con riferimento tanto all’entità dell’investimento rispetto al patrimonio sociale amministrato, quanto alla quota detenuta nella partecipata.

Se ad es, gli amministratori assumono una serie di partecipazioni in società operative in settori eterogenei rispetto al *core business* dell’azienda, così come fra di loro, investendo una parte eccessiva degli *assets* societari, e così da caratterizzare in senso “finanziario” l’azienda (ossia, rendendo priva di significato la gestione “caratteristica”)⁽¹⁸⁹⁾, la sanzione scatterà, poiché si sarà modificata “sostanzialmente” la struttura dell’impresa sociale, in una direzione che il legislatore non consente agli amministratori; occorrerà quindi una precisa copertura statutaria⁽¹⁹⁰⁾, ed in questo ultimo solo la disciplina della responsabilità degli amministratori fornirà tutela contro gli abusi.

D’altro canto però il legislatore non ha voluto privare la società della possibilità di esercitare l’impresa mediante forme aggregative già conosciute all’esperienza economica di quei tempi⁽¹⁹¹⁾; dunque immaginiamo che un amministratore conferisca il ramo principale di azienda in un’altra società, continuando l’esercizio dell’impresa per una parte secondaria del proprio *business*: ben si è osservato in dottrina che niente al mondo potrebbe impedire agli amministratori della controllata di alienare il ramo d’azienda conferito, e così togliere ogni giustificazione alla caratterizzazione merceologica voluta dall’atto costitutivo; il rilievo è esatto, ma dimentica il ruolo del riferimento legislativo congiunto alla “misura” e all’“oggetto”: se la partecipazione è tale da consentire il controllo della partecipata⁽¹⁹²⁾, la società potrà impostare una pianificazione anche per le azioni della controllata, indirizzando “direttive” agli amministratori di questa⁽¹⁹³⁾; lo stesso potrebbe dirsi se l’oggetto della partecipata manifesta un’elevata compatibilità con quello della partecipante⁽¹⁹⁴⁾, così da rendere razionale la persecuzione di un disegno sinergico, non caratterizzato in senso “finanziario”.

Se poi, anche successivamente, a seguito della dismissione del controllo, oppure anche per il verificarsi della paventata cessione dell’azienda da parte della controllata, venisse meno tale disegno sinergico, l’art. 2361 c.c. riprenderà vigore, imponendo la programmazione di un ritorno dell’*asset* alla sua funzione strumentale al perseguimento del programma statutario.

⁽¹⁸⁹⁾ Dunque è vero che l’art. 2361 vuol evitare anche che si trasformi la società operativa in *holding* (cfr. per tutti F. VELLA, *Le società holding*, cit., pp. 181 ss.), ma la tutela non proviene solo dalla norma in questione, bensì dall’azione combinata della stessa e dalle norme che indirizzano l’attività degli amministratori all’attuazione dell’“oggetto sociale”.

⁽¹⁹⁰⁾ Mai però “generica”: in tal caso infatti l’applicazione dell’art. 2361 c.c. è fatta espressamente salva; occorrerà dunque specificare quali partecipazioni è possibile assumere, mentre la società “finanziaria” deve pertanto impostare in tal senso il proprio oggetto statutario, e questo spiega perché la norma non sia ritenuta applicabile a tali situazioni. In tempi di “*enronite*” allora la lungimiranza del legislatore del 1942 non dovrebbe lasciare insoddisfatti, e l’abrogazione dell’art. 2384**bis** al contrario dovrebbe apparire viepiù discutibile.

⁽¹⁹¹⁾ Le prime manifestazioni dei gruppi negli Stati Uniti risalgono allo *Sherman Act*, quando fu rimosso il divieto di operare in questa forma nella legislazione americana.

⁽¹⁹²⁾ Anche per l’operare di particolari vincoli contrattuali: il che conferma che l’“oggetto sociale” di cui all’art. 2361 c.c. non coincide con la nozione statutaria, ma attiene ai caratteri specifici della partecipazione.

⁽¹⁹³⁾ E’ vero che i soci di minoranza godono di una tutela inferiore, rispetto ai poteri di “controllo” sull’andamento dell’azienda conferita; è anche vero però che la stessa non fa più parte del patrimonio sociale, ove invece si trova ora la partecipazione correlata; ed è precisamente questo l’*asset* che gli amministratori devono gestire, e per il quale trovano applicazione le norme di diritto societario; d’altro canto un’argomentazione simile veniva utilizzata dalla giurisprudenza, com’è noto, per opporsi all’ammissibilità della partecipazione di società di persone in società di capitali, nonostante un’autorevole dottrina ne abbia da tempo dimostrato l’inconsistenza teorica: cfr. G.E COLOMBO, *La partecipazione di società di capitale ad una società di persone*, in *Riv. soc.*, 1998, pp. 1513 ss.; l’art. 2361, comma 2°, ha tuttavia ormai spazzato via quell’indirizzo.

⁽¹⁹⁴⁾ Dunque l’oggetto della partecipata non deve essere identico a quello della partecipante, come la lettera dell’art. 2361 c.c. in effetti non dice, ma potrebbe essere frainteso considerando costante la nozione di “oggetto sociale”.

Si vede bene come l'elasticità della norma sia notevole, e tale da non disincentivare operazioni vantaggiose, svolgendo al contempo un'efficacia "disciplinare" sulle iniziative più "avventurose".

Perciò nel caso esaminato dal provvedimento milanese il conferimento del ramo principale dell'azienda sociale in società controllata al 100%, a prescindere dalla questione se l'aumento di capitale in società già interamente controllata concretizzi o meno "assunzione di partecipazione", non doveva ritenersi operazione in collisione con l'art. 2361 c.c., e corretto appare il *decisum* dei giudici milanesi.

7. La trasformazione dell'attività d'impresa: lo "scorporo" dell'azienda sociale alla luce della pianificazione strategica. – Le operazioni di "scorporo" dell'azienda sociale possono essere poste in essere in una gamma poliedrica di varianti: si va dal conferimento, del quale si è detto, alla cessione vera e propria, dietro il versamento di un prezzo, ed all'affitto.

Naturalmente la modalità più "tipica" è la scissione, ove al socio dev'essere garantito il diritto di partecipare in tutte le società oggetto della scissione (art. 2506, comma 3°, c.c.)⁽¹⁹⁵⁾; tuttavia la situazione è manifestamente diversa rispetto a quella della cessione dell'azienda a terzi: nella scissione il problema è la tutela della minoranza contro le decisioni ristrutturative della maggioranza, che diversamente potrebbe di fatto escludere dal *core business* una certa minoranza; quando invece l'azienda viene ceduta od affittata, è l'intera compagine a subire l'"esproprio", sicché non si pone, *sul piano del diritto societario*, un problema di tutela della minoranza.

Certo, può darsi che la cessionaria sia una società controllata al 100% dalla maggioranza, ma questa situazione si colloca al di fuori del funzionamento delle norme sulla conformità all'oggetto sociale, ove il conflitto di interessi è solo uno degli "scopi", e non già la *ratio* specifica.

Dagli art. 2506 e 2506bis, quindi, non pare potersi ricavare un diritto del socio alla conservazione nel patrimonio della società cui partecipa di una *certa* azienda sociale.

La soluzione a questi problemi sembra discendere comunque integralmente dalla pianificazione strategica aziendale.

Quanto alla cessione, l'osservazione per cui gli amministratori potrebbero, col corrispettivo ricevuto, acquistare un altro ramo d'azienda omogeneo al precedente, appare del tutto esatta; ma l'esigenza di ricorrere a qualunque interpretazione "psicologica" è rimossa dal riferimento alla programmazione dell'attività: occorrerà solo che gli amministratori dimostrino di aver già razionalmente programmato, sin dall'inizio, di operare in tal modo.

Principi analoghi sembrano dover governare la fattispecie dell'affitto: tale modalità operativa è spesso assai utile per ristrutturare un ramo aziendale, che viene ad essere esdebitato, e può essere esercitato da un soggetto in possesso delle opportune informazioni tecniche, in modo tale da accrescere il valore dell'agglomerato; quando poi il contratto scada, l'azienda potrà essere ripresa o ceduta a terzi⁽¹⁹⁶⁾ con profitto, così da impiegare poi il prezzo in altri investimenti "operativi". L'operazione frequentemente è strumentale ad un processo di risanamento (*turnaround*), ove la prospettiva della percezione dei canoni serve ad impostare un piano concordato di scadenze con i creditori, rassicurati dalla depurazione del complesso operativo dalle passività, e dalla valutazione delle capacità dell'affittuario di ricavarne così un reddito, in parte destinate al debitore- affittante.

⁽¹⁹⁵⁾ Ma non più in modo necessariamente proporzionale alla propria quota originaria (com'era nella vigenza del nuovo art. 2504octies, comma 4°, c.c.; la norma voleva certamente impedire che al socio potesse essere "sottratta" surrettiziamente la partecipazione agli utili prodotti da un particolare ramo d'azienda); adesso infatti il progetto può imporre modalità di attribuzione non proporzionali, e la tutela del dissenziente non è più un *veto power*, ma il solo diritto di far acquistare la propria partecipazione, secondo il valore di liquidazione del recesso (art. 2506bis, comma 4°: in sostanza la norma costituisce un nuovo caso di diritto di recesso).

⁽¹⁹⁶⁾ Od allo stesso affittuario: com'è noto la prelazione dell'affittuario è prevista dall'art.3 l. n. 223/1991, opponibile addirittura nell'ambito delle procedure concorsuali; così facendo infatti si incentiva l'efficienza delle ristrutturazioni attraverso il ricorso all'affitto.

Oltre a questo, la dottrina aziendalistica mostra come l'affitto di azienda talvolta risponda ad una logica sinergica, al fine di realizzare un collegamento fra due imprese (¹⁹⁷), con un costo ed un livello di integrazione minori rispetto a quelli partecipativi.

Quando pertanto il programma consista nello sviluppo di una prima fase prodromica alla realizzazione di una vera e propria integrazione verticale, che come si è visto è possibile e lecita proprio ex art. 2361 c.c., reprimere la stipulazione dell'affitto per la supposta contrarietà all'oggetto sociale equivarrebbe a negare la praticabilità dell'operazione, senza giustificazioni teoriche ed economiche di apparente rilevanza.

Ciò non toglie certo che gli abusi spoliativi debbano essere repressi; ma a ciò basterà l'esame della pianificazione aziendale, quando essa sussista; le operazioni paracriminali imposte come si diceva in apertura di queste note sono del tutto sprovviste di qualsiasi pianificazione "economica", nel senso prima esposto.

Non è quindi tanto il fatto della "temporaneità" dell'affitto a rendere legittima l'operazione (che altrimenti sarebbe sempre legittima, anche nelle sue forme "distrattive"), come invece ritenuto da una recente pronuncia del Tribunale di Como (¹⁹⁸); d'altro canto la natura "transitoria" degli affitti più subdoli è nei fatti una mera utopia, essendo al contrario la situazione progettata proprio per ottenere la definitiva sottrazione degli *assets* concessi in godimento al titolare (¹⁹⁹).

Problemi particolari possono sorgere in prossimità della scadenza del termine statutario; è noto infatti che la società costituisce un centro di relazioni giuridiche potenzialmente perpetue, potendo la maggioranza prorogare più volte sino all'infinito la durata (²⁰⁰).

Dovrà quindi ritenersi legittima, in prossimità della scadenza, una "trasformazione" dell'azienda, nel senso del suo affitto a terzi, oppure addirittura della cessione, o del conferimento, qualora si prospetti una opportunità di realizzo soddisfacente, difficilmente replicabile in fase liquidativa ?

Dal punto di vista strettamente economico questo tipo di soluzione potrebbe addirittura rivelarsi opportuna: è noto che la pendenza della procedura liquidativa, a causa delle notevoli limitazioni funzionali all'esercizio dell'impresa imposte dalla legge (es. artt. 2489, comma 1°, 2280, comma 1°, c.c.), è idoneo a deprimere non poco l'entità dei valori "immateriali" dell'azienda (dominanti oggi nella valutazione dei compendi economici); dunque la "programmazione" anticipata del trasferimento (od anche solo l'affitto, progettato per essere mantenuto per la durata presumibile del procedimento di liquidazione) avrebbe una giustificazione razionale.

E proprio questa situazione si era verificata nell'antefatto del procedimento milanese ex art. 2409 c.c.: gli amministratori infatti avevano conferito il ramo principale d'azienda a due anni dalla scadenza del termine; la situazione era tale da far dubitare seriamente della possibilità che subentrasse una proroga, a causa dell'insanabile discordia fra i soci, idonea a provocare un permanente "stallo" decisionale; ed infatti la società entrò poi in stato di liquidazione.

E' chiaro che l'assunzione di una partecipazione, pur corrispondente ad un conferimento del ramo d'azienda, non necessariamente agevola l'andamento e l'efficienza prospettici della liquidazione: l'alienazione della quota, quando detenuta in struttura non "aperta", può comportare difficoltà addirittura superiori rispetto a quella del patrimonio aziendale.

(¹⁹⁷) Così B. PASSAPONTI, *I gruppi e le altre aggregazioni aziendali*, cit., pp. 27 ss.

(¹⁹⁸) Trib. Como, 25 luglio 2001, cit. in precedenza.

(¹⁹⁹) La sentenza comasca contiene un interessante riferimento alla formulazione statutaria per cui l'impresa avrebbe potuto essere esercitata dagli amministratori anche "indirettamente"; in realtà già si è visto che l'affittante non esercita indirettamente alcuna impresa (in senso contrario, ma distinguendo originalmente fra imputazione dell'attività e dell'organizzazione, così da riconoscere la prima negando la seconda, N. RONDINONE, *L'attività*, cit., p. 556); tuttavia qualora lo statuto fosse interpretabile senza dubbio nel senso della legittimazione di tale modulo operativo (benché debba comunque esercitarsi un'attività qualificabile come imprenditoriale, atteso il limite imperativo di cui all'art. 2248 c.c.), probabilmente l'operato degli amministratori andrebbe esente da censure, dovendosi semmai vedere se la rimozione della clausola comporti modifica dell'oggetto sociale, con conseguente nascita del diritto di recedere (qui si propende per la soluzione negativa, attenendo la clausola al *quomodo* dell'agire sociale, e non al settore merceologico; andrebbe tuttavia valutato attentamente se non possano rinvenirsi ragioni di analogia con la causa di recesso per entra ed uscita dal gruppo).

(²⁰⁰) Salvo adesso il diritto di recesso ex art. 2437, comma 2°, lett. a.

Il problema è vedere se l'orizzonte temporale della pianificazione debba essere influenzato dall'imminenza della scadenza (che infatti modifica non poco l'"economicità" dell'impresa sociale, imprimendo direttive funzionali affatto peculiari), oppure se il *management* debba comportarsi sempre, nella predisposizione dei piani strategici ⁽²⁰¹⁾, come se l'impresa fosse destinata a perdurare (*going concern*).

L'unica risposta possibile sembra essere nel senso della sovrapposizione fra l'orizzonte temporale della programmazione ed il futuro della società qual è prevedibile al momento della redazione: l'impostazione di una strategia irrazionale, per la presenza di una ragionevole prospettiva di proroga del termine, sarà poi oggetto di sindacato delle scelte degli amministratori.

Ma difficilmente potrebbe essere considerato repressibile l'operato di un *management* che, in prossimità della *termination* statutaria, ed in condizioni di insanabile conflitto nella "proprietà", progetti con anticipo lo sviluppo di un procedimento liquidativo, contribuendo a massimizzare i risultati economici dello stesso, purché questo non entri in urto con inderogabili esigenze di "economicità" proprie della fase di gestione "ordinaria".

E legittima deve ritenersi tale modalità prospettica, anche in linea di principio: nel futuro della società, allo stato attuale, vi è la scadenza e lo scioglimento; dunque costituisce una modalità previsionale in sé "razionale" impostare la strategia tenendo conto di questa evoluzione prevedibile.

La discrezionalità valutativa insita nel metodo di analisi proposto in questo scritto non pare inferiore a quello cui si assiste quotidianamente nella prassi giudiziaria, col vantaggio di ottenere un'impostazione razionale almeno a livello di principio, che fornisca "copertura" scientificamente accettabile alle *rationes decidendi*. L'evoluzione magmatica del mondo degli effetti costringe infatti il Giudice ad un ricorso sempre più ampio alla discrezionalità, ed alla comprensione economica *diretta* della fattispecie, al fine di fornire al mercato quelle "regole" che il "sistema" giuridico non riesce più ad elaborare; ciò può costituire l'oggetto di appositi interventi positivi (legiferazione per "clausole generali")⁽²⁰²⁾, oppure orientare l'attività eseguita.

DANILO GALLETTI

⁽²⁰¹⁾ Il problema può influenzare del resto anche il modo in cui sono redatti i bilanci di esercizio.

⁽²⁰²⁾ Cfr. C. FOIS, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, in *Giur. comm.*, 2001, I, pp. 421 ss.