

Anno 15

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

diretto da Oreste Cagnasso e Maurizio Irrera

coordinato da Gilberto Gelosa

9-2017

In questo numero:

Prevenzione dei reati tributari e modello 231

Profili di diritto societario della crisi

Responsabilità dei sindaci

Società partecipate: nomina e revoca degli amministratori

Sistemi di allerta



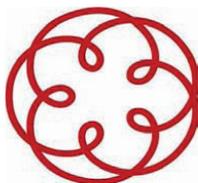
G. Giappichelli Editore

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

diretto da Oreste Cagnasso e Maurizio Irrera

coordinato da Gilberto Gelosa

9-2017



La Rivista è pubblicata con il supporto degli
Ordini dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili di:
Bergamo, Busto Arsizio, Cremona, Monza e Brianza, Verbania

Sezione di Diritto dell'impresa

a cura di Oreste Cagnasso e Maurizio Irrera.

Sezione di Diritto fallimentare

a cura di Luciano Panzani.

Sezione di Diritto tributario

a cura di Gilberto Gelosa.

Sezione di Pubblica amministrazione e impresa

a cura di Marco Casavecchia.

Sezione di Trust e negozi fiduciari

a cura di Riccardo Rossotto e Annapaola Tonelli.

Sezione di Crisi internazionale d'impresa

a cura di Luciano Panzani e Antonio Leandro.

Sezione di Diritto penale dell'impresa

a cura di Ciro Santoriello.

Comitato Scientifico

Carlo Amatucci, Guido Bonfante, Mia Callegari, Oreste Calliano, Maura Campra, Guido Canale, Paolo Felice Censoni, Stefano A. Cerrato, Mario Comba, Maurizio Comoli, Paoloefisio Corrias, Emanuele Cusa, Eva Desana, Francesco Fimmanò, Patrizia Grosso, Manlio Lubrano di Scorpaniello, Angelo Miglietta, Andrea Perini, Gabriele Racugno, Paolo Reviglione, Emanuele Rimini, Marcella Sarale, Giorgio Schiano di Pepe.

Redazione

Maria Di Sarli - Cristina Saracino (*Coordinatori*).

Alessandro Bollettinari, Alessandra Bonfante, Maurizio Bottoni, Mario Carena, Marco Sergio Catalano, Massimiliano Desalvi, Salvatore De Vitis, Elena Fregonara, Giulia Garesio, Sebastiano Garufi, Stefano Graidi, Alessandro Monteverde, Leonardo Nesa, Vittorio Occorsio, Luca Pecoraro, Giuseppe Antonio Policaro, Irene Pollastro, Federico Riganti, Rossella Riva-ro, Enrico Rossi, Riccardo Russo, Marina Spiotta, Andrea Sacco Ginevri, Massimo Travostino, Maria Venturini.

Direttore responsabile: Gilberto Gelosa.

I saggi pubblicati sono sottoposti a *blind referees* scelti tra i professori universitari appartenenti al Comitato scientifico, competenti nei vari settori.

La valutazione degli atti di Convegni e degli scritti già pubblicati o di prossima pubblicazione, nonché delle note redazionali, è riservata ai Direttori.

Ogni saggio ha il titolo ed è accompagnato da un abstract e dall'indicazione delle parole chiave in italiano e in inglese. Vengono pubblicati scritti, oltre che in italiano, in inglese, francese, spagnolo e portoghese.

I contributi per la pubblicazione devono essere inviati ad uno dei Direttori o al Coordinatore ai seguenti indirizzi e-mail: maria.disarli@tiscali.it; cristina.saracino@cagnasso-associati.it

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

In questo numero:

Prevenzione dei reati tributari e modello 231

Profili di diritto societario della crisi

Responsabilità dei sindaci

Società partecipate: nomina e revoca degli amministratori

Sistemi di allerta



G. Giappichelli Editore

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

Mensile - Iscrizione al R.O.C. n. 25223

Registrazione al Tribunale di Milano 8 novembre 2002, n. 618

G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISSN 2039-6880

Nds collabora con RES Centro Studi d'Impresa e Via Crisis



VÍA CRISIS
Revista Electrónica de Derecho Concursal

Publicato on-line nel mese di ottobre 2017
presso la G. Giappichelli Editore – Torino

Indice

Diritto dell'impresa

a cura di Oreste Cagnasso e Maurizio Irrera

P. MONTALENTI, Prevenzione dei reati tributari (c.d. <i>Cooperative Compliance</i>), Modello 231, sistemi di controllo e <i>governance</i> societaria: profili generali e ipotesi di riforma	963
O. CAGNASSO, Profili di diritto societario della crisi nell'ambito della riforma fallimentare	997
K. MARTUCCI, Nomina e revoca diretta degli amministratori dopo il T.U. sulle società partecipate (Prime riflessioni)	1005
F. SUDIERO, Responsabilità dei sindaci per omesso esercizio dell'azione di responsabilità contro gli amministratori: principi e problemi	1045

Documenti

G.A. POLICARO, "Sistemi di allerta interna": il quaderno n. 71 della Commissione Controllo Societario dell'ODCEC di Milano	1069
--	------

Segnalazioni

Segnalazioni di diritto commerciale (a cura di Giulia Garesio)	1087
Segnalazioni di diritto tributario (a cura di Leonardo Nesa)	1095

Contents

Company Law

edited by Oreste Cagnasso and Maurizio Irrera

- P. MONTALENTI, Precautionary measures against tax offences, 231 monitoring system, general auditing procedures: an overview and suggestions for amendments 963
- O. CAGNASSO, Aspects of Insolvency Company Law in the Context of the Bankruptcy Law Reform 997
- K. MARTUCCI, The appointment and removal of directors by public authorities after the consolidated act on state-owned companies (Preliminary thoughts) 1005
- F. SUDIERO, Statutory auditors' liability for the omitted exercise of the suit against the directors: principles and issues 1045

Documents

- G.A. POLICARO, *"Sistemi di allerta interna"*: No. 71 booklet of the Commissione Controllo Societario of the ODCEC of Milano 1069

News

- Corporate Law (ed. Giulia Garesio) 1087
- Tax Law (ed. Leonardo Nesa) 1095

Diritto dell'impresa

a cura di Oreste Cagnasso e Maurizio Irrera

Prevenzione dei reati tributari (c.d. *Cooperative Compliance*), Modello 231, sistemi di controllo e *governance* societaria: profili generali e ipotesi di riforma *

Precautionary measures against tax offences, 231 monitoring system, general auditing proce- dures: an overview and suggestions for amendments

Paolo Montalenti **

ABSTRACT

L'A. analizza i profili generali del sistema dei controlli nel quadro della *corporate governance* societaria. Si sofferma sui problemi inerenti al modello 231 e analizza il sistema di prevenzione dei reati tributari (c.d. *cooperative compliance*) focalizzando le indicazioni sistematiche, in particolare in tema di coordinamento dei controlli. Conclude prospettando alcune ipotesi di riforma.

PAROLE CHIAVE: *corporate governance* – modello 231 – *cooperative compliance* – sistemi di controllo – coordinamento tra funzioni di controllo.

* Il testo riproduce, con opportuni ampliamenti, la relazione tenuta alla Conferenza internazionale su *Governance societaria e gestione dei rischi tributari: la cooperative compliance e il coordinamento con gli altri modelli di gestione dei rischi societari*, Courmayeur, 23-24 giugno 2017, organizzata dal Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale e dalla Fondazione Courmayeur.

** Professore Ordinario di Diritto Commerciale presso l'Università degli Studi di Torino.

The Author gives an overview of the general problems of monitoring procedures regulation in the Italian corporate governance system.

After dwelling upon the so called 231 model problems, he investigates the matter of the new rules regulating the precautionary measures against tax offences; (i.e. cooperative compliance) stressing the systemic suggestions for a reform in this field, especially with regard to the coordination among corporate bodies and management positions with monitoring and auditing duties.

KEYWORDS: corporate governance – 231 model – cooperative compliance – monitoring – system – coordination of auditing procedures.

SOMMARIO

I. IL SISTEMA DEI CONTROLLI: PROFILI GENERALI. – 1. La *cooperative compliance* nel sistema dei controlli interni e di *governance* nelle società di capitali. – 2. Il concetto di controllo: l'evoluzione. Merito, correttezza, legalità. – 3. Controllo diretto e controllo indiretto. – 4. Controllo e vigilanza. – 5. Il dovere di vigilanza sugli assetti organizzativi. – 6. Informazione e funzione di amministrazione. – 7. Informazione e funzione di controllo. – II. L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA – 8. Il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39: il comitato per il controllo interno. – 9. La disciplina antiriciclaggio. – 10. Il Codice di Autodisciplina: centralità della gestione dei rischi. – 11. I settori vigilati. L'ordinamento bancario: cenni. – 12. Il settore assicurativo: indicazioni di sistema. – 13. Recenti sviluppi: il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica. – 14. Le nuove norme di comportamento del collegio sindacale del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti: profili generali. – 15. Segue. Adeguatezza degli assetti. – 16. Segue. I poteri del collegio sindacale. – III. IL MODELLO 231: PROFILI GENERALI E IPOTESI DI RIFORMA. – 17. Il d.lgs. 231/2001: profili generali. – 18. Il d.lgs. 231/2001: ipotesi di riforma. – 18.1. I profili di disciplina dell'ODV attualmente non regolati. – 18.2. ODV e collegio sindacale. – 18.3. Abrogare la norma che consente di attribuire all'organo di controllo la funzione ODV? Critica. Un'alternativa: per una "tendenziale" uniformazione. – 18.4. ODV-organismo: necessità di una disciplina. – 18.4.1. La nomina – 18.4.2. La composizione. – 18.4.3. La durata in carica. – 18.4.4. La revoca. – 18.4.5. Indipendenza. – 18.4.6. Doveri. – 18.4.7. Poteri. – 18.5. Rapporti con gli organi di controllo. – 18.6. ODV e gruppi. – IV. IL "SISTEMA" C.D. DI COOPERATIVE COMPLIANCE – A. PROFILI GENERALI. – 19. Il d.lgs. 5 agosto 2015 n. 128: rilevanza sistematica. – 20. Le caratteristiche del sistema di controllo in materia di violazioni tributarie. – 21. Le caratteristiche del sistema. – 22. La relazione annuale all'organo di gestione. – 23. La valutazione della Agenzia delle Entrate: un'indicazione prospettica? – 24. Reati tributati e abuso del diritto. – 25. L'area di applicazione. – B. IL PROCEDIMENTO. – 26. Il procedimento. – 27. Quasi una conclusione. – V. IL SISTEMA DEI CONTROLLI: PROPOSTE DI RIFORMA. – 28. Proposte di riforma.

I.

IL SISTEMA DEI CONTROLLI: PROFILI GENERALI

1. La *cooperative compliance* nel sistema dei controlli interni e di *governance* nelle società di capitali

I controlli interni nelle società di capitali rappresentano uno dei pilastri fondamentali, se non l'architrave, della struttura della *corporate governance*¹

¹ In argomento mi permetto di rinviare, anche per ampi riferimenti, a vari miei scritti in materia: da ultimo MONTALENTI, *Il sistema dei controlli interni*, in ID., *Impresa, società di capita-*

negli ordinamenti dei paesi industriali avanzati. È in questo quadro sistematico generale che svolgerò – dall’angolo visuale del giuscommercialista – alcune riflessioni in materia di *cooperative compliance*.

Come meglio si dirà, i tratti salienti del “Regime di adempimento collaborativo” (c.d. *cooperative compliance*), introdotto dal d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128, integrato dalle recenti disposizioni dell’Agenzia delle Entrate (Provvedimento 26 maggio 2017, n. 101573), presentano significativi spunti sistematici in materia di sistemi di controllo.

Adeguatezza del modello di prevenzione dei reati tributari, integrazione nel sistema dei controlli, procedure di *monitoring* e – istituto di particolare novità – la valutazione dell’Agenzia delle Entrate, costituiscono sicuri elementi meritevoli di approfondimento anche al fine di eventuali “estensioni” al Modello 231 e/o al sistema generale dei controlli societari.

In Italia la materia della *corporate governance* è stata oggetto di plurimi interventi: l’introduzione della vigilanza sui principi di corretta amministrazione e sull’adeguatezza degli assetti organizzativi in capo al collegio sindacale di società quotate, con il testo unico della finanza nel 1998 (art. 149 T.U.F.); la disciplina della c.d. responsabilità penale della persona giuridica – il d.lgs. 8

li, mercati finanziari, Torino, 2017, 253, da cui traggio, in parte, le considerazioni qui esposte e ID., *I principi di corretta amministrazione: una nuova clausola generale*, in AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, diretto da M. Irrera, Bologna, 2016, 3 ss. Mi permetto di segnalare alcuni ulteriori contributi che ho dedicato ai temi qui richiamati: MONTALENTI, *Collegio sindacale, flussi informativi e governo societario: novità e prospettive*, in NDS, 10 ss. e in AA.VV., *Norme di comportamento del collegio sindacale società non quotate*, Atti convegno ODCEC, Torino, 06/07/2015, pubblicato sul sito http://www.odcec.torino.it/public/convegni/documentazione_a_cura_del_prof_montalenti.pdf; ID., *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in Riv. soc., 2013, 42 ss.; ID., *I controlli societari: recenti riforme antichi problemi*, in Banca Borsa tit. cred., 2011, I, 535; ID., *Sistemi di controllo interno e corporate governance: dalla tutela delle minoranze alla tutela della correttezza gestoria*, in Riv. dir. comm. 2012, II, 243 ss.; ID., *Società per azioni, corporate governance, mercati finanziari*, Milano, 2011, *passim*; precedentemente: ID., *Consiglio di amministrazione e organi delegati: flussi informativi e responsabilità*, in Le Società, 1998, 899 ss; ID., *Corporate Governance, consiglio di amministrazione, sistemi di controllo interno: spunti per una riflessione*, in Riv. soc., 2002, 803 ss; ID., *L’amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 65 ss.; ID., *La società quotata*, in Trattato di diritto commerciale, diretto da G. Cottino, vol. IV, t. 2, Torino, 2004, 227 ss.; ID., *La responsabilità degli amministratori nell’impresa globalizzata*, in Giur. comm., I, 2005, 435 ss; ID., *Il sistema dei controlli interni nelle società di capitali*, in Le Società, 2005, 294 ss; ID., *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2006, Vol. 2, 832 ss; ID., *Sui controlli societari: funzioni da semplificare*, in Il Sole 24-ore, 27 novembre 2007.

giugno 2001, n. 231; la disciplina degli assetti organizzativi adeguati, la previsione espressa dei principi di corretta amministrazione (art. 2403 c.c.) e di corretta gestione societaria e imprenditoriale nei gruppi (art. 2497, comma 1, c.c.); l'estensione al collegio sindacale nelle non quotate di poteri analoghi a quelli dell'organo di controllo di società quotate: interventi tutti realizzati con la riforma societaria del 2003; la disciplina antiriciclaggio (d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231), sino all'intervento sul comitato per il controllo interno e la revisione contabile, di cui all'art. 19, d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 e alle modifiche in materia di organismo di vigilanza 231.

Il quadro si compone poi, per le società quotate, di ulteriori tasselli normativi e regolamentari: si pensi alle specifiche competenze del *collegio sindacale* in tema di regole di governo societario (art. 149, comma 1, lett. *c-bis*, t.u.f.) e alle competenze del *dirigente preposto* alla redazione dei documenti contabili in materia di "adeguate procedure amministrative e contabili" per la formazione del bilancio (art. 154-*bis*, comma 3, t.u.f.), introdotte dalla legge sulla tutela del risparmio (L. 28 dicembre 2005, n. 262), al Comitato per il controllo interno previsto dal Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana, nella versione aggiornata del 2011 e ora del 2015.

E un significativo contributo è fornito dalla disciplina speciale nei settori vigilati, cioè il settore bancario e il settore assicurativo.

2. Il concetto di controllo: l'evoluzione. Merito, correttezza, legalità

La partizione concettuale tradizionale in tema di controllo – controllo di legalità (formale e sostanziale), controllo di merito – merita una rivisitazione sistematica.

Il *controllo di merito*, e cioè il controllo sull'opportunità e la convenienza economica dell'attività (più che dei singoli atti) di gestione, spetta ai soci nei confronti del consiglio di amministrazione e a quest'ultimo, come *plenum*, nei confronti dei delegati. Si tratta di un controllo in forma di *potere di indirizzo, di condizionamento* e anche di *contrapposizione antagonista*, con la revoca dell'amministratore o della delega.

Il merito della gestione, e cioè il contenuto delle scelte manageriali è assistito – il punto è pacifico anche nel nostro ordinamento – dalla c.d. *business judgment rule*: le operazioni gestorie degli amministratori non sono sindacabili, né dal collegio sindacale né dal comitato *audit* né dai revisori né dal giudice, se non in caso di *manifesta irrazionalità*.

In contrapposizione al merito vi è il *controllo di legalità* (cfr. art. 2403,

cod. civ.) oggetto tipico – sin dal codice di commercio (cfr. art. 183, comma 1, n. 10, cod. comm. 1882), – della loro attività di vigilanza.

Ma a seguito della riforma del 2003 l'area “centrale” dell'attività di vigilanza del collegio sindacale è rappresentata dal *controllo sul rispetto dei principi di corretta amministrazione*, la verifica, cioè dell'osservanza delle regole tecnico-aziendalistiche – istruttorie, procedurali, decisionali – che concretano (arg. ex art. 2403, comma 1, cod. civ.) la diligenza professionale del buon amministratore (cfr. art. 2392, nuovo testo). Controlli che sono affidati, con compiti differenziati, sia all'organo di gestione come *plenum* sia all'organo di controllo. (cfr. art. 2381, comma 3, art. 2403, comma 1, cod. civ., art. 149, comma 1, t.u.f.; art. 149, comma 4-bis e comma 4-ter, t.u.f.).

Elemento centrale del controllo sulla correttezza gestoria è rappresentato dal *controllo sull'adeguatezza degli assetti organizzativi*, cioè il controllo sull'idoneità dell'intero sistema di funzionigramma e di organigramma e in particolare del sistema procedurale di controllo, dal monitoraggio dei rischi (c.d. funzione di *risk management*) alla verifica del rispetto delle regole normative, primarie e secondarie (c.d. funzione di *compliance*).

Un assunto deve essere in ogni caso ribadito con chiarezza: il *controllo* si emancipa dall'accezione tradizionale di “verifica *ex post*” (derivato del diritto amministrativo) e si evolve in *elemento coesistente dell'esercizio dell'impresa e del potere amministrativo*.

In altri termini il controllo non è estrinseco ma intrinseco alla funzione gestoria; in chiave assiologica la nozione dovrebbe evolvere da una concezione del controllo come “costo” all'idea del controllo come “opportunità”.

Anche se la disciplina – ancora composta di “tasselli” più che da un “quadro organico” – merita, a mio avviso, una “messa a punto legislativa”.

3. Controllo diretto e controllo indiretto

Deve altresì introdursi una distinzione che non trova un riferimento normativo specifico ma che ha una rilevanza cruciale nella realtà operativa dei controlli, ovvero la suddivisione del controllo tra *controllo diretto* e *controllo indiretto*. Una bipartizione che incrocia trasversalmente organi e funzioni e che vede però, nella tipologia economico-sociale, la netta *prevalenza dei controlli indiretti sui controlli diretti*: un assunto chiaro nella prassi e nella dottrina, specie aziendalistica, ma non percepito pienamente della giurisprudenza².

² Si veda, da ultimo, Cass, 28 agosto 2017, n. 20437, inedita che sembra sostenere la tesi

Ciò deriva, è indubbio, anche dalla oggettiva complessità della grande impresa moderna nella quale il *potere di amministrazione*, sia pure gerarchicamente organizzato, è fortemente articolato e diffuso, per cui ben si può affermare che anche la “direzione suprema degli affari” si estrinseca, da un lato, in direttive generali, dall’altro nella verifica dell’efficienza e dell’efficacia dell’azione di altri soggetti (organi delegati, alta dirigenza, *managers*, responsabili di settore, amministratori di società controllate ecc.).

Analogo fenomeno si verifica nelle *procedure di controllo* per cui molte istanze procedono non già ad atti di ispezione e di controllo diretto bensì ad atti di accertamento presso le “istanze inferiori” volti a verificare il corretto svolgimento delle procedure di controllo e l’adeguatezza degli assetti organizzativi di cui le procedure stesse sono parti integranti.

Il sistema si presenta cioè come una sorta di “*piramide rovesciata*” che ricomprende l’insieme delle funzioni di controllo indiretto e che poggia sul vertice, anch’esso rovesciato, dei controlli diretti su cui si regge, in definitiva, l’intera architettura.

I controlli indiretti, proprio perché molteplici articolati e diffusi, contengono in sé maggiori risorse di *feedback* e quindi di “autocorrezione”, ma, proprio perché si fondano sui controlli diretti (i c.d. “controlli di linea”), rischiano anch’essi un “*default a catena*” in caso di carenza o di inefficacia di questi e richiedono quindi un apposito presidio attraverso l’istituzione di un appropriato sistema di “controllori dei controllori”.

4. Controllo e vigilanza

Si deve altresì distinguere tra *controllo* e *vigilanza*.

I due concetti non sono, a mio parere, coestensivi. Il controllo evoca strumenti di verifica più pervasivi; di contro la vigilanza deve essere intesa come attività di sorveglianza generale e, di regola, indiretta. Si pensi, ad esempio, alla funzione di *internal auditing* ripartita tra amministratore delegato, con funzioni, dunque, di controllo in senso proprio e presidente, con funzioni, dunque, di supervisione sintetica.

Deve peraltro rilevarsi che il legislatore predica allo stesso verbo oggetti diversi che caratterizzano, con declinazioni diverse, la condotta.

Ad esempio il collegio sindacale “*vigila*” sull’“*osservanza*” della legge e dello statuto [art. 2403, cod. civ.; art. 149, comma 1, lett. a), t.u.f.], mentre il

per cui il potere-dovere di ispezione individuale anche in realtà societarie e aziendali particolarmente complesse deve sempre essere esercitato.

consiglio di amministrazione (nelle quotate) “*vigila*” sul “*rispetto effettivo*” delle procedure (art. 154-*bis*, comma 4, t.u.f.): espressione, quest’ultima, che sembra evocare un controllo più pervasivo.

Gli organi delegati, invece, e il dirigente preposto, “*attestano*” anche “*l’effettiva applicazione*”: espressione che pare alludere ad un controllo ancor più immediato e diretto.

Non vi è dubbio che tracciare una linea di demarcazione tra attività di verifica che presentano elementi di forte contiguità non è agevole; rimane tuttavia il fatto che tra controllo e vigilanza non vi è perfetta sovrapposizione. La rilevanza della distinzione risiede in particolare nel concetto di vigilanza che non può essere interpretato in termini di attività di ispezione diretta e diffusa ma che, come si è precisato, deve essere inteso come *funzione di sintetica e generale sorveglianza* sulle aree, peraltro ampie e articolate, oggetto dei poteri-doveri dell’organo di controllo: questione cruciale ai fini della equilibrata ricostruzione dei profili di responsabilità.

5. Il dovere di vigilanza sugli assetti organizzativi

Con la riforma del diritto societario è venuto meno il dovere *generale* di vigilanza sulla gestione di cui al testo previgente dell’art. 2392 cod. civ., fonte di indebita attribuzione di responsabilità oggettive agli amministratori: sul punto non si può che plaudere al legislatore.

Il dovere di vigilanza non è tuttavia scomparso: ha assunto *declinazioni diverse* adeguatamente circoscritte nell’*oggetto*, appropriatamente disciplinate nella *forma*, opportunamente *coordinate* nell’attuazione.

La disposizione specificamente dettata in materia stabilisce infatti, in primo luogo, che il consiglio di amministrazione “*sulla base delle informazioni ricevute*” valuta l’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società (art. 2381, comma 3).

Questa disposizione sembra, ad una prima lettura, circoscrivere il poterdovere di vigilanza sulla gestione da parte del consiglio come *plenum* alla disamina della relazione ad esso fornita dagli organi delegati.

È ben vero il contrario, non solo nel senso che *dovrà richiedersi*, come si è detto, *un supplemento di informativa ogni qualvolta se ne constati l’insufficienza*, ma altresì nel senso che il *consiglio dovrà accertarsi che siano espressamente precisate le caratteristiche dei modelli organizzativi e delle procedure, le verifiche in concreto effettuate per valutarne l’adeguatezza, gli eventuali difetti riscontrati, i miglioramenti adottati*.

In conclusione la valutazione *dell'adeguatezza del sistema organizzativo* sulla base delle informazioni ricevute non esclude a priori che gli amministratori debbano richiedere informazioni ulteriori e/o proporre in deliberazione ulteriori indagini e verifiche (al fine, se del caso, di proporre e deliberare i provvedimenti correttivi che è ragionevole esigere da un buon amministratore).

6. Informazione e funzione di amministrazione

In materia di *governance* della società azionaria si può osservare che il legislatore del 2003 ha inteso assegnare all'*informazione* e alla *trasparenza* un ruolo centrale, sia come canone dell'agire del buon amministratore sia come strumento di "tracciabilità" dei comportamenti, sia come mezzo di ricostruzione dei profili di responsabilità³.

Il canone dell'*"agire in modo informato"* (art. 2381, comma 6) assurge a paradigma generale di comportamento del buon amministratore.

Si pensi poi all'obbligo del presidente di provvedere affinché siano fornite *"adeguate informazioni"* al consiglio (art. 2381, comma 1), all'informativa periodica dovuta dai delegati al consiglio (art. 2381, comma 5), alla funzione centrale assegnata all'informazione come strumento di valutazione sia degli assetti organizzativi sia del generale andamento della gestione (art. 2381, comma 3), ai poteri-doveri di informazione degli amministratori, il cui limite è segnato dalla sede consiliare (art. 2381, comma 6), agli obblighi informativi in tema di operazioni con amministratori interessati (art. 2391), di operazioni con parti correlate (art. 2391-*bis*), di operazioni motivate da ragioni di gruppo (art. 2497-*ter*), di *leveraged buyout* (art. 2501-*bis*, comma 3) e così via.

Nell'oggettiva complessità della grande impresa moderna il *potere di amministrazione*, sia pure gerarchicamente organizzato, è fortemente articolato e diffuso, per cui ben si può affermare che anche la "direzione suprema degli affari" si estrinseca, da un lato, in linee direttrici generali, dall'altro nella verifica dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione di altri soggetti (organi delegati, alta dirigenza, *managers*, responsabili di settore, amministratori di società).

In conclusione l'informazione diviene il paradigma ordinatorio della funzione gestoria e il criterio di individuazione dei profili di responsabilità.

³ Sia consentito il rinvio a MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, cit., 42 ss., anche per i riferimenti. Nella letteratura più recente vedi SACCHI, *Amministrazione e controllo nell'impresa azionaria dopo la riforma del 2003*, in *Studi dedicati a Mario Libertini*, vol. I, Milano, 2015, 565 ss. Vedi anche MONTALENTI, *L'informazione e il diritto commerciale: principi e problemi*, in *Riv. dir. civ.*, 779 ss.

7. Informazione e funzione di controllo

Analoghe considerazioni possono svolgersi in relazione alla *funzione di controllo*⁴.

La riforma del 2003 ha elevato, come si è detto, i *principi di corretta amministrazione* a clausola generale di comportamento degli amministratori (arg. ex art. 2403 cod. civ.), prima espressamente contemplata soltanto per le società quotate [arg. ex art. 149, lett. b), t.u.f.].

La previsione normativa ha un rilievo sistematico e operativo fortemente innovativo: l'esperienza recente, in casi di particolare importanza e gravità, ci dimostra che è proprio sul terreno della correttezza e dell'adeguatezza degli assetti organizzativi che la responsabilità degli amministratori e dei sindaci può essere posta in discussione.

Il rispetto delle regole, anche tecniche, elaborate dalla prassi e dalle scienze aziendali, e non solo giuridiche, di buona gestione è oggi, infatti, norma di diritto comune.

Il *controllo* si emancipa, come si è detto, dall'accezione tradizionale di "verifica *ex post*" (derivato del diritto amministrativo) e si evolve in *elemento coesistente dell'esercizio dell'impresa e del potere amministrativo, intrinseco alla funzione gestoria*.

Elemento centrale del controllo sulla correttezza gestoria con il supporto della c.d. funzione *audit* è rappresentato dal *controllo sull'adeguatezza degli assetti organizzativi*, cioè il controllo sull'idoneità dell'intero sistema di funzionigramma e di organigramma e in particolare del sistema procedurale di controllo, dal monitoraggio dei rischi (c.d. funzione di *risk management*) alla verifica del rispetto delle regole normative, primarie e secondarie (c.d. funzione di *compliance*): un controllo, dunque, eminentemente effettuato in base a procedure informative adeguate, a relazioni, rapporti, c.d. *dashboards* appropriati, a sistemi di verifica dell'efficacia della trasmissione interna dei dati.

⁴ Ho trattato il tema in molti scritti; si veda da ultimo MONTALENTI, *Il sistema dei controlli societari: un quadro d'insieme*, in *Giur.it.*, 2013, 2175 ss., anche per i necessari riferimenti bibliografici.

II. L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA

8. Il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39: il comitato per il controllo interno

Il legislatore, nell'intervento legislativo di attuazione della direttiva comunitaria in materia di revisione legale dei conti, ha reso ancor più complesso, il quadro sinora delineato, in particolare sotto il profilo dei rapporti tra il collegio sindacale e il comitato per il controllo interno (ora anche "di gestione dei rischi") previsto, per le società quotate, dal Codice di Autodisciplina.

Infatti il d.lgs. 27 gennaio 2010 n. 39, modificato con il d.lgs. 17 luglio 2016, n. 135, che ha dato attuazione alla Direttiva 2006/43/CE relativa alla revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati, ha dettato per gli enti c.d. "di interesse pubblico", all'art. 19, una disposizione specifica in tema di controllo interno.

La norma stabilisce che il *comitato per il controllo interno e la revisione contabile "si identifica"*, nel modello tradizionale, con il collegio sindacale; nel modello dualistico con il consiglio di sorveglianza a meno che ad esso siano attribuite funzioni strategiche [art. 2409-*terdecies*, comma 1, lett. f-*bis*)], nel qual caso il comitato deve essere costituito al suo interno; nel sistema monistico con il comitato per il controllo sulla gestione.

Di là dalla singolarità della formulazione legislativa – "il comitato ... si identifica con ..." – ritengo che le nuove disposizioni non abbiano introdotto un nuovo organo, ma abbiano, per contro, ampliato (o precisato) le funzioni dell'organo di controllo (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza – o comitato costituito al suo interno, comitato per il controllo sulla gestione).

Si deve poi osservare che diverse competenze introdotte con la riforma, ancorché apparentemente "nuove" sono, a mio parere, ricomprese, pressoché *in toto*, nelle funzioni degli organi di controllo.

Ad esempio la vigilanza sul "*processo di informativa finanziaria*" è, a ben vedere, una specificazione del controllo sul rispetto della legge, delle regole di correttezza gestionale e dell'adeguatezza degli assetti organizzativi.

La vigilanza sull'"*efficacia del sistema di controllo interno, di revisione interna, se applicabile e di gestione del rischio dell'impresa*", in ragione di quanto poco sopra argomentato, ben può ritenersi ricompresa – ancorché utilmente precisata come competenza espressa – nella vigilanza sugli assetti organizzativi, di cui controllo interno e gestione del rischio costituiscono un

segmento procedurale, di complessità graduata in ragione delle caratteristiche dimensionali e operative dell'impresa.

Si tratta, in ogni caso, di materia che richiede, a mio avviso, un'opportuna, ulteriore revisione legislativa nell'ottica di un coordinamento generale del sistema dei controlli, come oltre precisato⁵.

9. La disciplina antiriciclaggio

La disciplina antiriciclaggio (d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231) si innesta anch'essa nel complesso reticolo della normativa sui controlli, articolandosi su alcune linee direttrici, che possono così sintetizzarsi.

Si individuano in primo luogo *i soggetti destinatari* della disciplina (Capo III, art. 10 ss.): intermediari finanziari, professionisti, soggetti affini; produttori e commercianti di oggetti preziosi.

Si enucleano poi le *operazioni*, in cui, essenzialmente, l'uso del denaro – o del denaro per importi superiori a una determinata soglia [€ 15.000,00: cfr. art. 15, commi 3 e 4; art. 16, comma 1, lett. a) e b)] – costituisce elemento di sospetto di riciclaggio.

Si statuiscono, infine, i diversi *obblighi procedurali*: gli obblighi di verifica della clientela (art. 15 ss.), semplificati (art. 25ss.) e rafforzati (art. 28 ss.); gli obblighi di registrazione (art. 36 ss.); gli obblighi di segnalazione (art. 41 ss.), assistiti da un serio apparato sanzionatorio (art. 55 ss.).

Le numerose regole organizzative e procedurali, in cui la disciplina antiriciclaggio si articola, si incardinano nel più generale alveo sistematico che, come si è detto, rappresenta una delle linee portanti dell'architettura di *governance* dell'impresa societaria, e cioè l'obbligo di dotarla di *assetti organizzativi adeguati* (cfr. art. 2381, commi 5 e 3, cod. civ.)⁶.

⁵ Vedi *infra* § 28.

⁶ La *legittimazione alla segnalazione di operazioni sospette* – con espressa esenzione dal segreto professionale e dalle connesse responsabilità – è ancorata alla clausola generale di *buona fede* (cfr. art. 41, comma 6.).

Si tutela inoltre il principio di *riservatezza* sull'identità delle persone e dei professionisti che effettuano la segnalazione (cfr. art. 45, commi 1 e 2).

La normativa primaria si articola poi in disposizioni specifiche (art. 37) sull'*archivio unico informatico* (completato dalle norme secondarie di Banca d'Italia: art. 37, comma 7), sul *Registro per i professionisti* e i *revisori contabili* (art. 38), sulle *procedure di esame delle operazioni* (art. 42, comma 1), sull'*adeguata formazione del personale* (art. 54).

Il legislatore ha infine assegnato un ruolo specifico sia agli organi di controllo endoso-

Un ulteriore tassello nel “reticolo” dei controlli.

10. Il Codice di Autodisciplina: centralità della gestione dei rischi

Il 5 dicembre 2011 è stato varato il nuovo Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana, poi aggiornato nel luglio 2015.

Con riferimento alla precedenti versioni avevo segnalato le difficoltà di individuazione di un ruolo autonomo del Comitato *Audit* rispetto al Comitato di controllo interno incarnato *ex d.lgs. 39/2010* nel collegio sindacale (o nell'organo di controllo equivalente).

Il nuovo Codice, anche sulla base di attente analisi e indicazioni propositive, apporta un significativo contributo in questa materia, fornendo una prima soluzione ai problemi di sovrapposizione e di coordinamento che il “reticolo” dei controlli imponeva, come da tempo ebbi modo di sottolineare.

Il Codice, nella sua nuova versione, precisa, anzitutto, che il sistema di controllo interno è anche sistema di *gestione dei rischi*, focalizzando così molto opportunamente e in coerenza con le indicazioni comunitarie l'oggetto primario delle procedure e delle strutture organizzative di *monitoring*.

Si prescrive altresì che il sistema sia “*integrato nei più generali assetti organizzativi e di governo societario*”. La precisazione non è meramente lessicale ma esprime per contro le necessità che il sistema di controllo non sia una procedura organizzativa “*a latere*” o “*ex post*” bensì un elemento coordinato e omogeneo all'intero assetto organizzativo dell'impresa. Il sistema si emancipa da una concezione per così dire “sanzionatoria” per configurarsi invece come elemento della “*conduzione dell'impresa coerente con gli obiettivi aziendali*” e come strumento di attuazione del principio di corretta gestione, sotto il profilo della completezza informativa e procedurale che si estrinseca nella “*assunzione di decisioni consapevoli*”.

Le diverse funzioni coinvolte – “*l'amministratore incaricato del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi*”, il *comitato controllo e rischi*, il responsabile della funzione di *internal audit*, gli altri *ruoli e funzioni aziendali*, il *collegio sindacale* – sono espressamente contemplate con una puntuale specificazione dei ruoli.

cietario (cfr. art. 52) sia alle autorità di vigilanza che devono espressamente verificare «l'adeguatezza degli assetti organizzativi e procedurali» (art. 53).

Un sistema “programmaticamente” organico assistito da sanzioni sia penali (art. 55) sia amministrative, in particolare in tema di “Organizzazione amministrativa e procedure di controllo interno” (art. 56).

Si consente la composizione del comitato con amministratori non esecutivi, in maggioranza indipendenti, ma la regola primaria, se pur derogabile, è ora nel senso che gli amministratori debbano essere *tutti* indipendenti.

Il comitato deve rendere un “*parere*” sull’intero sistema e, oltre ad assolvere compiti di valutazione e di informazione (cfr. 7. c.1.), «*valuta – ecco la novità – con cadenza almeno annuale il piano di lavoro predisposto dal responsabile della funzione di internal audit*» e ne «*monitora l’autonomia, adeguatezza, efficacia ed efficienza*».

L’amministratore incaricato verifica l’evoluzione del sistema, può chiedere verifiche *ad hoc* e riferisce tempestivamente al comitato problemi e criticità.

Il Codice contiene una nuova prescrizione di significativo valore sia sistematico sia operativo disponendo che «*l’emittente prevede modalità di coordinamento tra i soggetti sopra elencati al fine di massimizzare l’efficienza del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi e di ridurre le duplicazioni di attività*».

Si vuole così molto opportunamente indicare la strada per tentare di superare, attraverso – riterrei – un apposito Regolamento, il problema del coordinamento tra organi e delle duplicazioni dei compiti, che, come preciserò nelle conclusioni, è, a mio parere, il nodo centrale in questa complessa materia.

In fondo la conoscenza in concreto della realtà aziendale può condurre a superare quelle inefficienze da sovrapposizioni e quelle «aporie da reticolo» (di contro alle «sinergie di sistema») di cui il legislatore primario non si è, ad oggi, fatto carico.

11. I settori vigilati. L’ordinamento bancario: cenni

La legislazione bancaria, ancorché ispirata ai peculiari profili di tutela del risparmio, è storicamente anticipatrice di ulteriori interventi legislativi in materia di emittenti quotati e di società di diritto comune⁷. Per quanto attiene più direttamente alle regole relative alla gestione e ai controlli, si può osservare quanto segue.

La normativa primaria, oltre alla già ricordata previsione dell’emanazione

⁷ Ho trattato il tema in MONTALENTI, *Il sistema dei controlli interni nell’ordinamento bancario*, in ID., *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, cit., 263 ss. Si veda altresì ID., *La corporate governance bancaria oggi: profili generali*, Atti del Convegno *La banca nel nuovo ordinamento europeo: luci e ombre*, Courmayeur 22-23 settembre 2017, organizzato dal Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale e dalla Fondazione Courmayeur, in corso di pubblicazione.

di disposizioni di carattere generale sul governo societario da parte della Banca d'Italia [art. 53, 1° co., lett. d), t.u.b.], prevede la possibilità per l'Autorità di Vigilanza di intervenire anche nel merito della *gestione* dell'impresa bancaria, in quanto legittimata a "proporre l'assunzione di determinate decisioni" [art. 53, 3° co., lett. b), t.u.b.].

In materia di *controlli*, oltre alla già ricordata previsione della generale potestà regolamentare in materia di controlli interni [art. 53, 1° co., lett. d), t.u.b.], si segnala la disciplina rafforzata delle funzioni dell'organo di controllo che devono essere obbligatoriamente codificate per via statutaria (art. 52, 1° co., t.u.b.).

Di particolare interesse infine la disciplina del *gruppo*. Accanto alla indiretta legittimazione dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento che, a mio parere, si evince dall'art. 61, 4° co., t.u.b che aggiunge (ma non circoscrive a) l'interesse della stabilità del gruppo, è da segnalare la recente (2011) previsione della potestà regolamentare della Banca d'Italia in materia di "governo societario, organizzazione amministrativa e contabile, nonché di controlli interni e sistemi di remunerazione e di incentivazione di gruppo" [art. 67, 1° co. lett. d), t.u.b.].

L'evoluzione normativa regolamentare è particolarmente significativa: il tema merita analitiche riflessioni che non posso, tuttavia, trattare in questa sede.

Mi limito ad accennare che la «Guida alla verifica dei requisiti di professionalità e onorabilità» emanata dalla BCE nel maggio 2017⁸ stabilisce, in tema di onorabilità, criteri rigoristici che contrastano addirittura con i principi costituzionali. Infatti non solo si prevede che qualsiasi sanzione penale e anche soltanto amministrativa incide sui requisiti di onorabilità ma addirittura che «sebbene l'autorità competente accetterà la sentenza emanata dall'autorità giudiziaria nei procedimenti conclusi, le circostanze alla base del procedimento potranno essere considerate al fine di determinare se vi siano conseguenze per l'onorabilità, pur in presenza di pronuncia favorevole da parte dell'autorità giudiziaria (ad esempio nei casi in cui la decisione della corte sia basata su motivi di carattere procedurali piuttosto che su fatti o elementi che possano essere rilevanti per la valutazione dell'onorabilità dell'esponente)»⁹.

Orbene: questa previsione contrasta con ogni elementare principio di presunzione di innocenza; in sede penale sino alla condanna definitiva (cfr., ad

⁸ Il documento è consultabile sul sito http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/guida_alla_verifica_dei_requisiti_di_professionalita_e_onorabilita_0.pdf.

⁹ *Ivi*, 14.

es., art. 27, comma 2, Cost.): *a fortiori* non può essere considerato colpevole in assenza di condanna.

Sicuramente una disposizione da modificare.

Più equilibrata invece la soluzione prevista dallo *Schema di decreto ministeriale recante il regolamento in materia di requisiti e criteri di idoneità allo svolgimento dell'incarico degli esponenti aziendali delle banche degli intermediari finanziari e simili*, posto in consultazione il 2 agosto 2017¹⁰ in cui in materia di requisiti di onorabilità e criteri di correttezza si individuano, rispettivamente, in tema di onorabilità, situazioni sanzionatorie gravi (art. 3) e in tema di correttezza parametri di valutazione della rilevanza degli elementi presi in considerazione ispirati ad un principio di proporzionalità (artt. 4 e 5).

12. Il settore assicurativo: indicazioni di sistema

Spunti di particolare interesse ci vengono altresì dal settore assicurativo. Anche in relazione ad esso devo limitarmi a richiamare i principi generali rinviando a quanto ho trattato in altra sede¹¹.

Nel quadro dei sistemi di amministrazione e controllo delle società per azioni, si innesta infatti in ambito assicurativo il Regolamento ISVAP, 26 marzo 2008, n. 20, come modificato dal Provvedimento ISVAP, 8 novembre 2012, n. 3020, che disciplina la materia con particolare analiticità, collegando strettamente – in tema di controlli interni, di componenti del sistema, di flussi informativi, di gestione dei rischi, di esternalizzazione – le regole aziendalistiche con i precetti normativi¹² e affronta con una disposizione specifica (art.

¹⁰ Si tratta dello *Schema di decreto ministeriale recante il regolamento in materia di requisiti e criteri di idoneità allo svolgimento dell'incarico degli esponenti aziendali delle banche, degli intermediari finanziari, dei confidi, degli istituti di moneta elettronica, degli istituti di pagamento e dei sistemi di garanzia dei depositi, ai sensi degli articoli, 26, 110, comma 1-bis, 112, comma 2, 114-quinquies.3, comma 1-bis, 114-undecies, comma 1-bis, 96-bis.3, comma 3, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385* consultabile sul sito del MEF al link http://www.dt.tesoro.it/export/sites/sitodt/modules/documenti_it/regolamentazione_bancaria_finanziaria/consultazioni_publiche/FITxPROPER_-_schema_regolamento_per_consultazione_publica.pdf.

¹¹ Cfr. MONTALENTI, *Il sistema dei controlli interni nel settore assicurativo*, in *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, cit., 277 ss.

¹² Di particolare interesse la nozione di “Alta Direzione”, che getta un ponte tra diritto societario e diritto dell’impresa; la disciplina delle funzioni di controllo – revisione interna, *risk management* e *compliance* – di cui si individuano analiticamente le articolazioni operative; le disposizioni in materia di gruppo assicurativo.

17), il tema – di rilievo sistematico generale – del *coordinamento tra organi di controllo* affidato ad un regolamento del consiglio di amministrazione.

Più precisamente la norma ha anticipato il Codice di Autodisciplina prevedendo espressamente che «*l'organo amministrativo definisce e formalizza i collegamenti tra le varie funzioni a cui sono attribuiti compiti di controllo*¹³».

La norma rinvia dunque alla autonomia privata la soluzione di uno dei problemi più delicati in materia di amministrazione e controllo, area del diritto societario su cui incombe il grave interrogativo se la pluralità di istanze di controllo stimoli sinergie virtuose o produca invece inefficienti sovrapposizioni o duplicazioni.

E in effetti il combinarsi virtuoso di autonomia privata, norme secondarie, norme primarie può consentire – se l'equilibrio è raggiunto – la realizzazione di una regolazione efficace della materia, com'è avvenuto per altri profili, quale, ad esempio il tema delle operazioni con parti correlate¹⁴.

La normativa secondaria detta una disciplina articolata del sistema dei controlli interni.

Si precisano, in primo luogo, i principi generali (Capo II, Sezione I, Reg. ISVAP 20/2008), anticipando alcuni obiettivi che oggi ritroviamo sia nella regolazione secondaria nel settore bancario sia nel Codice di Autodisciplina, precisandosi che il sistema deve garantire «l'efficienza e l'efficacia dei processi aziendali, l'adeguato controllo dei rischi, l'attendibilità e l'integrità delle informazioni contabili e gestionali, la salvaguardia del patrimonio e la conformità dell'attività dell'impresa alla normativa vigente, alle direttive e alle procedure aziendali» (art. 4); obiettivi che richiamano le funzioni di *risk management*, *audit*, e *compliance*, oggi entrate, se così si può dire, nel vocabolario comune.

La previsione di norme di principio può lasciare, a prima vista, perplessi circa l'efficacia prescrittiva; vero è, tuttavia, che disposizioni apparentemente solo descrittive di strutture e processi trasposte in norme, sia pure regola-

¹³ La norma secondaria stabilisce infatti che «*l'organo di controllo, la società di revisione, la funzione di revisione interna, di risk management e di compliance, l'organismo di vigilanza di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, l'attuario incaricato e ogni altro organo o funzione a cui è attribuita una specifica funzione di controllo collaborano tra di loro, scambiandosi ogni informazione utile per l'espletamento dei rispettivi compiti. L'organo amministrativo definisce e formalizza i collegamenti tra le varie funzioni a cui sono attribuiti compiti di controllo*».

¹⁴ Mi permetto, sul punto, di rinviare al mio *Società quotate, mercati finanziari e tecniche di regolazione*, in *Omaggio a Piergaetano Marchetti. Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi*, Università Bocconi Editore, Milano, 2010, 437 ss.

mentari, assumono connotati di doverosità cogente che specificano e concretizzano il paradigma generale della diligenza professionale degli amministratori.

Si tratta, inoltre, di regole che si collegano esplicitamente ad assetti, procedure e funzioni ampiamente esplorate – in teoria e nella prassi – dalle discipline aziendalistiche e che, quindi, assumono connotati di specificità e concretezza tali da poterle configurare come norme di condotta e non come meri “principi costituzionali”.

La materia è in corso di evoluzione. È infatti in consultazione lo *Schema di Regolamento IVASS recante disposizioni in materia di governo societario* del 19 luglio 2017¹⁵ che costituisce una disciplina sistemica del governo societario nelle imprese assicurative. Il progetto di Regolamento è infatti articolato nei *Principi generali* e in specifiche sezioni dedicate al *Ruolo degli organi sociali*, al *Sistema di controllo interno*, al *Sistema di gestione dei rischi*, alla *Riassicurazione ed altre tecniche di mitigazione del rischio alla gestione del capitale*, alle *Funzioni fondamentali*, ai *Sistemi di remunerazione*.

Di particolare interesse le disposizioni in tema di *Requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza*, su cui il Regolamento rinvia alle politiche di indirizzo definite dall'organo amministrativo¹⁶; una scelta condivisibile che contrasta con la disciplina prevista invece per il settore bancario sia nelle Linee-guida BCE sia nella seppur più snella regolamentazione prevista nello *Schema di decreto ministeriale* del MEF di cui si è detto¹⁷.

La disciplina della *governance* assicurativa è ulteriormente articolata in analitiche disposizioni in tema di *Sistema di governo societario di gruppo* (artt. 70-94).

¹⁵ Si tratta più precisamente dello *Schema di Regolamento IVASS recante disposizioni in materia di sistema di governo societario di cui al titolo iii (esercizio dell'attività assicurativa) e in particolare al capo I (disposizioni generali), articoli 29-bis, 30, 30-bis, 30-quater, 30-quinques, 30-sexies, 30-septies, nonché di cui al titolo xv (vigilanza sul gruppo), e in particolare al capo iii (strumenti di vigilanza sul gruppo), articolo 215-bis (sistema di governo societario del gruppo), del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 – codice delle assicurazioni private – modificato dal decreto legislativo 12 maggio 2015, n. 74, conseguente all'implementazione nazionale delle linee guida emanate da EIOPA sul sistema di governo societario*, consultabile sul sito dell'IVASS al link https://www.ivass.it/normativa/nazionale/secondaria-ivass/pubbl-cons/2017/02-pc/Schema_Regolamento_2_2017_pc.pdf.

¹⁶ Cfr. *Schema di Regolamento IVASS*, cit., art. 25, e Allegato 1.

¹⁷ Su cui vedi *supra* § 11.

13. Recenti sviluppi: il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica

Il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica è una vicenda tipicamente italiana. In attuazione dell'art. 16 commi 1 e 7 della Legge 124/2015 (c.d. Legge Madia) sono stati predisposti due schemi di d.lgs. (AG. 297 e AG 297-*bis* del 19 luglio 2016). Il decreto legislativo è stato emanato 19 agosto 2016, n.175, entrato in vigore il 23 settembre 2016, ma la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità delle disposizioni in relazione alla Legge 124/2015 in quanto i decreti legislativi furono adottati previo parere della Conferenza Unificata e non previa intesa in sede di Conferenza Unificata o di Conferenza Stato-Regione.

È stato approvato il 10 giugno 2017 il decreto legislativo correttivo disponibile nel Testo dell'Aprile 2017, a seguito dei pareri condizionati della prima Commissione permanente del 2 maggio 2017 e della quinta Commissione permanente dell'11 maggio 2017.

Con assonanze precise con altri settori dell'ordinamento – si pensi alla società quotata e alla società per azioni di diritto comune, all'ordinamento bancario, all'ordinamento assicurativo – anche la disciplina delle società a partecipazione pubblica presenta dei potenziali spunti per una *vis* espansiva sul diritto comune.

Segnalo sul punto, in particolare, l'art. 6 dedicato ai principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico in cui si prevedono la predisposizione di “specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale e il dovere di informarne l'assemblea” (comma 2), la possibilità di predisporre peculiari strumenti di governo societario, quali i regolamenti interni a tutela della concorrenza, un ufficio di controllo interno (sostanzialmente una funzione *audit*) “che collabora con l'organo di controllo statutario”, codici di condotta propri o adesione a codici di condotta collettivi, programmi di responsabilità sociale di impresa.

Istituti tutti che potrebbero anche trovare applicazione nelle società azionarie di diritto comune.

14. Le nuove norme di comportamento del collegio sindacale del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti: profili generali

Il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ha predisposto un pregevole documento contenente i principi di comportamento del collegio sindacale di società non quotate. Si tratta di un corpo organico di regole – in tema

di nomina e incompatibilità, doveri e poteri, tecniche di funzionamento, attività specifiche, relazioni, parere e proposte, interventi sostitutivi – con una parte particolarmente innovativa in materia di attività del collegio in caso di crisi di impresa.

Mi limito ad un solo rilievo critico che riveste tuttavia un'importanza a mio parere cruciale in previsione dei possibili risvolti sul terreno giurisprudenziale.

Si afferma infatti nel documento che «*le Norme di comportamento del collegio sindacale suggeriscono e raccomandano modelli comportamentali da adottare per svolgere correttamente l'incarico di sindaco*». Ma si precisa, ulteriormente, che «*si tratta di norme di deontologia professionale rivolte a tutti i professionisti iscritti ... emanate in conformità a quanto disposto nel vigente Codice deontologico*».

Si puntualizza, con ulteriore indicazione di “cogenza”, che «*i precetti contenuti nelle norme sono destinati a trovare applicazione nei confronti dei comportamenti del collegio sindacale di tutte le società*», salva l'applicazione di disposizioni speciali.

Questa impostazione risponde all'apprezzabile obiettivo di attribuire a principi e criteri un carattere di ragionevole vincolatività, al fine di evitare che la (possibile) configurazione come Raccomandazioni o *Guidelines* possa indurre margini eccessivi di discrezionalità, di generalizzate invocazioni di derogabilità, di applicazione “a geometria incontrollabilmente variabile” sì da renderle mere esortazioni ottative, sostanzialmente prive di prescrittività.

Non si deve tuttavia sottovalutare il rischio che la giurisprudenza o le Autorità di vigilanza – che ben potrebbero ritenerle *a fortiori* applicabili alle società quotate – pervengano ad un'interpretazione impropriamente “iper-rigorosa” delle “norme” autoprodotte dall'autonomia privata.

Vi è così il rischio che esse possano essere meccanicamente e pedissequamente lette come precetti automaticamente e totalmente integrativi delle disposizioni normative: una sorta di “catalogo” in base al quale valutare, quasi burocraticamente, gli adempimenti dei sindaci e quindi, in caso di “omissioni”, dedurre consequenzialmente un giudizio di negligenza sul loro operato.

È noto che la tipologia degli assetti organizzativi, la struttura delle funzioni aziendali le procedure di controllo, le aree di rischio, l'intensità delle verifiche, la periodicità dei *follow-up* sono fortemente condizionati e assai variabilmente declinati in ragione delle dimensioni dell'impresa, della tipologia dell'attività, dell'articolazione operativa.

Si badi che la distinzione non passa tanto tra società non quotate e società quotate – fermo restando che la sottoposizione di queste ultime allo statuto speciale del Testo Unico della Finanze (e della regolamentazione Consob) ha una indiscutibile valenza di specialità – quanto tra microimprese, piccole im-

prese, medie imprese, grandi imprese, imprese multinazionali, tutte categorie in cui il sistema dei controlli ha certamente elementi comuni, che vanno ribaditi con forza, ma si configura – *jure* – con modalità tipologiche fortemente differenziate tra modelli semplificati e modelli estremamente complessi.

Una precisazione, sul punto, pare a me necessaria.

15. (segue): adeguatezza degli assetti

In tema di adeguatezza dell'assetto organizzativo si sottolineano, opportunamente, gli elementi – «*dimensioni, natura, oggetto sociale*», – a cui l'adeguatezza deve essere parametrata e la centralità delle «*tecniche di comportamento*» per «*le verifiche del concreto funzionamento*» del medesimo.

Le caratteristiche costitutive sono, ultimamente, elencate in dettaglio: organigramma e funzionigramma, procedure di gestione dei rischi, nel gruppo, competenza del personale, presenza di direttive e procedure aziendali (p. 49).

Di particolare interesse – perché si colma un vero e proprio vuoto normativo – il criterio applicativo che impone al collegio sindacale di segnalare «*agli amministratori eventuali profili di rischio riscontrati*» anche «*sollecitando interventi correttivi*» e verificando «*l'efficacia delle azioni correttive adottate dalla società*», riassumendo le proprie conclusioni «*in un apposito paragrafo della relazione ... all'assemblea*»: un tassello necessario nel complesso mosaico che da un lato dà certezze agli amministratori ove non vi siano anomalie; dall'altro segnala all'organo di gestione gli interventi da porre in essere in caso di criticità.

L'esperienza pratica ci conferma quanto questi principi siano rilevanti alla luce di una casistica che, troppe volte, ha visto non già una vera e propria assenza di interventi ma certamente *ritardi* nelle verifiche, assenza o carenza di *coordinamento*, conseguente inadeguatezza, nell'*an*, nel *quantum* e nel *quando*, dei provvedimenti migliorativi adottati.

16. (segue): i poteri del collegio sindacale

Di particolare rilevanza, in materia, il criterio applicativo che impone «*un periodico confronto con altri organi di controllo eventualmente presenti*» (p. 66): ritorna il tema del coordinamento che da tempo è, non soltanto da chi scrive, ritenuto un po' il cuore del problema.

Mi permetto, in un'ottica di prospettiva, di cogliere gli spunti tratti dal documento per riproporre alcune proposte di riforma che ho, da tempo, formulato e che riprenderò in conclusione di questo scritto.

III.

IL MODELLO 231: PROFILI GENERALI E IPOTESI DI RIFORMA

17. Il d.lgs. 231/2001: profili generali

Le funzioni di controllo ora passate in rassegna si intersecano con i compiti dell'*organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001*¹⁸.

La materia si collega, strettamente, alla tematica degli assetti organizzativi. Infatti, in linea di principio, la predisposizione del modello 231 è, tecnicamente, un onere: la sanzione per la mancata adozione, in base alla legge speciale, può essere comminata *ex post*, come sanzione amministrativa, in caso di perpetrazione del reato nell'interesse dell'ente.

Vero è anche però che l'art. 2381 impone agli amministratori di dotare la società di assetti organizzativi adeguati: là dove il rischio da reato, e quindi il rischio di sanzione per la società, non sia insignificante, la mancata predisposizione del modello – come ha sancito il Tribunale di Milano¹⁹ – costituisce *anche* un inadempimento agli obblighi degli amministratori di predisporre assetti organizzativi adeguati.

Il legislatore con la legge di stabilità 2012 (L. 12 novembre 2011, n. 183), all'art. 14, comma 12, ha modificato l'art. 6, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, inserendo il comma 4-*bis* ai sensi del quale «nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato di controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza...».

La norma ha suscitato reazioni opposte.

Prescindendo dalle posizioni ispirate a mero corporativismo, credo che il legislatore abbia operato una condivisibile scelta di fiducia nei confronti della maturità e ragionevolezza dell'autonomia privata.

Saranno infatti gli operatori che, in ragione delle dimensioni dell'impresa,

¹⁸ Tra i contributi più recenti si vedano: CENTONZE, *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016; DE NICOLA, *L'organismo di vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino, 2015; SALAFIA, *Responsabilità dell'Organismo di vigilanza delle società*, in *Le Società*, 2017, 541 ss.; GIUNTA-ABRIANI, *L'organismo di vigilanza previsto dal d.lg. N. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *Riv. dir. dell'impr.*, 2012, 239; SACCHI, *L'organismo di vigilanza ex D. Lgs. n.231/01*, in *Giur. comm.*, I, 2012, 851 ss. Mi permetto di rinviare, anche per altri riferimenti, al mio *L'organismo di vigilanza (d. lgs. 231/2001): profili di diritto societario*, in MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011, 203 ss.

¹⁹ Cfr. Trib. Milano, 13 febbraio 2008, n. 1774, in *Riv. dott. comm.*, 2008, 1265 ss.

della tipologia dei rischi, della complessità dell'attività, della specificità differenziale oppure invece della analogia rispetto alla tipologia e alle procedure di verifica e di vigilanza dell'organo di controllo, sapranno valutare se la "concentrazione" possa essere una soluzione semplificatrice, pur senza diminuzione dell'efficacia dei controlli oppure invece se la "separazione" garantisca una migliore specializzazione e quindi una maggiore puntualità di intervento rispetto alla concreta configurazione della società e dell'impresa.

Si deve però sottolineare che l'autonomia privata dovrà valutare con particolare attenzione se, considerata la complessità dell'impresa, la tipologia dei rischi da reato, le caratteristiche dei controlli necessari non impongano piuttosto di mantenere l'ODV come organo distinto al fine di una vigilanza più "specialistica" e, quindi, più efficace.

Pena il rischio che il modello di prevenzione non sia considerato efficace.

Piuttosto che analizzare i diversi problemi che il d.lgs. 231/2001 solleva, ritengo più utile segnalare le questioni che potrebbero essere oggetto di riforma.

18 Il d.lgs. 231/2001: ipotesi di riforma

18.1 I profili di disciplina dell'ODV attualmente non regolati

Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (ora anche "decreto 231") non disciplina la composizione, la nomina, la durata, la revoca, la responsabilità dell'ODV. Ne regola parzialmente i doveri e i poteri. Non prevede espresse disposizioni di raccordo con la disciplina civilistica in materia di controlli e in materia di gruppi di società.

18.2. ODV e collegio sindacale

In linea generale si deve rilevare, in primo luogo, una disparità regolatoria tra l'ipotesi in cui l'ODV è un organismo diverso dal collegio sindacale o dall'organo di controllo nei sistemi alternativi di *governance* (d'ora in avanti anche: "ODV-organismo") e l'ipotesi in cui, *ex art. 6, comma 4-bis*, d.lgs. 231/2001 «il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza di cui al comma 1, lettera b)» (d'ora in avanti anche: "ODV-organo di controllo"). Infatti, in relazione all'organo di controllo i profili poco sopra segnalati – nomina, composizione, durata, ecc. – sono oggetto di una specifica regolazione che manca invece per l'ODV-organismo.

In secondo luogo si pone il problema se la funzione ODV attribuita al collegio sindacale attragga alla disciplina dell'organo di controllo fattispecie e

vicende, quali i poteri, la revoca, la durata, la responsabilità. È dubbio, infatti, se la funzione ODV assegnata al collegio sindacale sia revocabile anche senza giusta causa, se l'organo di controllo sia soggetto alla responsabilità *ex art. 40*, comma 2 c.p. anche in relazione alla disciplina 231, se i poteri di ispezione – espressamente previsti come individuali (cfr. art. 2403-*bis*, comma 1, cod. civ.) – siano tali anche per l'esercizio delle funzioni ODV.

Si osservi infine che in relazione ad alcuni reati-presupposto – si pensi, in particolare, ai reati societari – i componenti dell'organo di controllo possono essere soggetti attivi del reato, e quindi, quando ad essi sia assegnata la funzione ODV, si trovano a cumulare la posizione di controllori e controllati.

18.3. Abrogare la norma che consente di attribuire all'organo di controllo la funzione ODV? Critica. Un'alternativa: per una "tendenziale" uniformazione

Per superare le criticità segnalate si potrebbe ipotizzare l'abrogazione dell'art. 6, comma 4-*bis*, d.lgs. 231/2001.

La soluzione non convince, essenzialmente perché rischierebbe l'eterogeneità dei fini e cioè la mancata istituzione dell'ODV in molte imprese, soprattutto di minori dimensioni, per ragioni di costo.

Più convincente allora proporre una *tendenziale* uniformazione tra disciplina applicabile all'ODV-organismo e la disciplina applicabile all'ODV-organo di controllo. Nei termini qui di seguito prospettati.

18.4. ODV-organismo: necessità di una disciplina

18.4.1. La nomina

La *nomina* potrebbe essere espressamente riservata all'organo dirigente mentre oggi la norma – art. 6, comma 1, lett. b) – si limita a stabilire che «il compito di vigilare...» «è stato affidato a un organismo dell'ente ...». La soluzione – con riferimento alla s.p.a. – è coerente con il sistema, perché l'art. 2364 cod. civ. stabilisce tassativamente le competenze dell'assemblea: prevedere una modifica del codice civile – attribuendo cioè all'assemblea la nomina dell'ODV – non pare soluzione opportuna. Naturalmente rimane una differenza regolatoria rispetto al collegio sindacale che, invece, è nominato tassativamente dall'assemblea. *Ma in realtà la differenza è apparente perché anche nell'ipotesi di ODV-organo di controllo la funzione ODV è affidata all'organo di controllo dagli amministratori.*

Una parziale uniformazione disciplinare tra ODV-organismo e ODV-organo di controllo (nominato, come si è detto, necessariamente dall'assemblea)

può essere in ogni caso realizzata in via di autonomia privata. Lo statuto può infatti prevedere l'autorizzazione assembleare sia per la nomina dell'ODV-organismo sia per l'affidamento della funzione ODV all'organo di controllo da parte dell'organo dirigente, *ex art. 2364, n. 5 cod. civ.*

Per semplificare la disciplina non ritengo opportuno prevedere per altri enti – ad esempio per la s.r.l. – la facoltà di nomina da parte dell'assemblea o dei soci; anche in questa fattispecie si può provvedere statutariamente un meccanismo autorizzatorio.

18.4.2. La composizione

Quanto alla *composizione*, si potrebbe prevedere una composizione variabile da uno a tre/cinque membri, consentendo così espressamente l'ODV monocratico, certamente apprezzato dagli enti minori e equiparando l'ODV collegiale al collegio sindacale. Per realizzare un giusto equilibrio tra uniformazione, semplificazione ed efficacia si può prevedere che nelle società che fanno ricorso al mercato dei capitali di rischio ai sensi dell'art. 2325-*bis*, cod.civ. l'ODV-organismo sia composto da almeno tre componenti.

18.4.3. La durata in carica

La *durata in carica* dell'ODV-organismo è determinata dall'organo dirigente.

18.4.4. La revoca

Per garantire l'autonomia e l'indipendenza dell'organismo sarebbe opportuno prevedere che la *revoca* dell'ODV-organismo o della funzione ODV affidata al collegio sindacale possa essere deliberata soltanto in presenza di una giusta causa. È ragionevole ritenere che concreti una giusta causa di revoca la sottrazione della funzione al collegio sindacale qualora si intenda affidarla ad un ODV-organismo (perché ciò dipende, ragionevolmente, da una valutazione “in corso d'opera” di migliore efficienza di un organismo appositamente deputato alle “funzioni 231”), oppure, per converso, la revoca dell'ODV-organismo per affidare la funzione al collegio sindacale, (poiché l'opzione è motivata, ragionevolmente, da motivi speculari). Tuttavia può non essere necessario introdurre una previsione espressa.

18.4.5. Indipendenza

In caso di adozione del sistema fondato sull'ODV-organismo, per realizzare un punto di equilibrio tra indipendenza dell'organismo stesso e possibilità di inserire componenti interni – che hanno maggiore conoscenza della struttura, della organizzazione e dei rischi di reato nell'ente – si potrebbe prevedere che *almeno uno* dei componenti (oppure la maggioranza dei componenti) sono

soggetti alle cause di incompatibilità e decadenza di cui all'art. 2399, comma 1 e comma 2, cod. civ.

18.4.6. Doveri

In analogia con i doveri del collegio sindacale si potrebbe prevedere che l'ODV-organismo (e quindi anche l'organo di controllo con funzioni ODV) vigilano sull'adeguatezza e sulle modalità di concreta attuazione dei modelli.

Si dovrebbe altresì prevedere che ODV-organismo e organo di controllo con funzioni ODV riferiscano periodicamente, almeno ogni sei mesi, all'organo dirigente sull'attività svolta, sulle eventuali violazioni del modello accertate, sugli aggiornamenti o le modificazioni proposte.

L'organismo-ODV e l'organo di controllo con funzioni ODV devono adempiere i doveri imposti dalla legge con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. La previsione si ispira a quanto disposto dal diritto societario per gli amministratori (cfr. art. 2392 cod. civ.): il riferimento pare nella specie appropriato perché le funzioni ODV richiedono, di regola, specifiche competenze.

Si deve quindi modificare la norma che prevede il compito di «curare il loro aggiornamento», perché ai sensi dell'art. 2381, comma 5, cod. civ., la *cura* dei modelli affidata agli organi delegati implica poteri esecutivi e non di mera vigilanza, qual è la funzione dell'ODV.

18.4.7. Poteri

Si dovrebbe prevedere che i componenti dell'ODV possono in qualsiasi momento procedere, anche individualmente, ad atti di ispezione e di controllo, così come dispone l'art. 2403-*bis*, cod. civ. in relazione al collegio sindacale.

Si deve infine prevedere, similmente a quanto statuito per il collegio sindacale dagli artt. 2403-*bis*, c. 2, cod. civ. e 151 t.u.f., che l'ODV può chiedere informazioni agli amministratori anche con riferimento a società controllate o controllanti ovvero rivolgere direttamente le richieste agli organi di amministrazione e di controllo delle stesse nonché scambiare informazioni con i corrispondenti organismi delle controllate o delle controllanti.

18.5. Rapporti con gli organi di controllo

L'organismo di vigilanza, se diverso dall'ODV-organo di controllo, dovrebbe periodicamente, almeno ogni sei mesi, riferire all'organo di controllo sull'attività svolta, sulle eventuali violazioni del modello, sull'aggiornamento o le modificazioni necessarie unitamente all'organo dirigente.

18.6. ODV e gruppi

In materia di gruppi, oltre a quanto deve prevedersi in punto di ambito soggettivo, è, in ogni caso, necessario stabilire quanto segue: (i) che, la società o l'ente che esercita attività di direzione e coordinamento informa le società eterodirette sulle linee guida adottate nella predisposizione del proprio modello; (ii) che le società eterodirette comunicano alla capogruppo i modelli attuati; (iii) che gli ODV-organismi o i collegi sindacali con funzioni ODV riferiscano periodicamente, almeno ogni sei mesi, all'ODV, o all'organo di controllo con funzioni ODV, della controllante sull'attività svolta, le eventuali violazioni del modello accertate nonché gli aggiornamenti o le modificazioni proposte all'organo dirigente.

IV.

IL "SISTEMA" C.D. DI COOPERATIVE COMPLIANCE

A. PROFILI GENERALI

19. Il d.lgs. 5 agosto 2015 n. 128: rilevanza sistematica

Il d.lgs. 5 agosto 2015 n. 128 integrato dalle disposizioni di attuazione dell'Agencia delle Entrate di recentissima introduzione (Provvedimento 26 maggio 2017, n. 101573), di là dalla peculiarità del settore di applicazione (i reati tributari) presenta significative indicazioni sistematiche che si collegano con i molteplici tasselli del sistema dei controlli (che ho sin qui tratteggiato) che qui invece possono rappresentare uno spunto per una rivisitazione organica dell'intera materia.

20. Le caratteristiche del sistema di controllo in materia di violazioni tributarie

In primo luogo, in tema di finalità e oggetto (art. 3), si prevedono specifiche caratteristiche del sistema di controllo in materia di violazioni tributarie che ben possono essere estese anche ad altri modelli di prevenzione del rischio (si pensi ad esempio, per evocare un tema particolarmente attuale, ai segnali di allerta dei sintomi di crisi aziendale): il «sistema» – prevede la norma – deve

essere funzionale alla «rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale», elementi tutti che evocano precise e diverse caratteristiche della procedura.

21. Le caratteristiche del sistema

Si disciplinano altresì gli elementi caratterizzanti del sistema (art. 4). Il modello di prevenzione dei reati tributari: *(i)* deve essere dotato delle soluzioni organizzative *più* adeguate, non solo, dunque, adeguate ma rapportate ad un parametro di appropriatezza ai maggiori livelli tecnici disponibili; *(ii)* deve essere «inserito nel contesto del sistema di governo aziendale e di controllo interno», deve dunque essere integrato nel sistema generale, tema particolarmente sottolineato dalla dottrina aziendalistica; *(iii)* deve altresì assicurare: *(a)* una chiara attribuzione di ruoli e responsabilità; *(b)* procedure di rilevazione, misurazione, gestione e controllo dei rischi fiscali il cui rispetto sia garantito a tutti i livelli aziendali; *(c)* efficaci procedure per rimediare a eventuali carenze riscontrate nel suo funzionamento e attivare le necessarie azioni correttive, una adeguata, dunque, procedura di *monitoring*.

22. La relazione annuale all'organo di gestione

Particolarmente interessante, sempre per lo spunto che può rappresentare per i sistemi di controllo in generale, è la previsione (art. 4, comma 2) dell'obbligo di trasmettere con cadenza almeno annuale una relazione agli organi di gestione per l'esame e le valutazioni conseguenti: una disposizione logica e ragionevole che detta un legame diretto tra vigilanza e tempestiva correzione di debolezze, criticità, anomalie: davvero una soluzione che dovrebbe essere imposta per legge in via generale o comunque adottata in via di autonomia.

23. La valutazione della Agenzia delle Entrate: un'indicazione prospettica?

Nel regime di adempimento collaborativo, caratterizzato dal principio generale di «*relazioni con i contribuenti improntate a principi di trasparenza, collaborazione e correttezza nell'intento di favorire un contesto fiscale di certezza*» [art. 5, comma 1, lett. c)], si prevede un sistema di valutazione dell'Agenzia delle Entrate relativa al sistema di controllo adottato che può rap-

presentare un'indicazione prospettica anche in altri settori, in particolare con riferimento al modello 231.

Si prevede infatti che l'Agenzia delle Entrate renda una «*valutazione trasparente, oggettiva e rispettosa dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità del sistema di controllo adottato, con eventuale proposta degli interventi ritenuti necessari ai fini dell'ammissione e della permanenza nel regime*» [art. 5, comma 1, lett. a)]. Le disposizioni di attuazione specificano che l'Agenzia «*si impegna a comunicare periodicamente i risultati dell'attività di riscontro sull'operatività del sistema da essa svolta e il proprio punto di vista in merito all'architettura e all'efficacia dei controlli, nonché a collaborare fattivamente con il contribuente per l'implementazione degli eventuali interventi ritenuti necessari ai fini della permanenza nel regime*» si precisa altresì «*nell'ambito della valutazione del sistema di controllo interno del rischio fiscale, l'Agenzia delle entrate si impegna a tenere in debita considerazione gli esiti dell'esame e delle valutazioni effettuate dagli organi di gestione, sulla base della relazione di cui all'articolo 4, comma 2, del decreto, delle risultanze delle attività dei soggetti incaricati, presso ciascun contribuente, della revisione contabile, nonché di quella dei loro collegi sindacali e dei pareri degli organismi di vigilanza*».

Nella Circolare n. 38/E dell'Agenzia delle Entrate del 16.09.2016 (avente ad oggetto *Articoli 3 e seguenti del decreto legislativo 5 agosto 2015, n. 128, (c.d. Decreto Certezza del Diritto). Chiarimenti su quesiti e dubbi applicativi inerenti il regime di adempimento collaborativo*) si forniscono ulteriori indicazioni sotto il profilo delle tipologie delle diverse linee di controllo (controllo di linea, controllo di secondo livello, controllo di terzo livello) in rapporto alle funzioni interne, ad esempio, alla funzione di *compliance*, con specifico riferimento al sistema bancario e precisamente alla Circolare n. 285 della Banca d'Italia. Si precisa altresì come il criterio di separazione dei compiti, cioè della separatezza delle funzioni operative dalle funzioni di controllo, non significa “segregazione” delle funzioni di *business* dalla funzione fiscale ma anzi «un'interazione critica per l'assunzione di decisioni consapevoli».

Come è noto in materia di modello 231 si è ampiamente discusso il problema se debba essere opportuno prevedere forme di certificazione preventiva del modello al fine di porre l'impresa in condizioni di maggiore affidamento sulla adeguatezza del modello stesso: la normativa speciale di cui qui ci si occupa sembra fornire un'indicazione meritevole di riflessione.

Si potrebbe cioè, ragionevolmente, pensare non già ad una certificazione di un'autorità pubblica ma piuttosto a un'attestazione di professionisti e altri soggetti qualificati (società di revisione).

24. Reati tributati e abuso del diritto

Il regime di *cooperative compliance* è mirato a prevenire non solo la «violazione di norme in natura tributaria» ma anche condotte «in contrasto con i principi o con le finalità dell'ordinamento tributario» (art. 3, d.lgs. n. 128/2015).

La normativa evoca l'ampio dibattito in tema di abuso del diritto in materia fiscale in merito al quale mi limito a rinviare ai contributi qualificati dei colleghi tributaristi²⁰.

25. L'area di applicazione

«In fase di prima applicazione ... il regime è riservato ai contribuenti di maggiori dimensioni, che conseguono un volume di affari o di ricavi non inferiore a *dieci miliardi di euro* e, comunque, ai contribuenti che abbiano presentato istanza di adesione al Progetto Pilota sul Regime di Adempimento Collaborativo di cui all'invito pubblico del 25 giugno 2013, pubblicato sul sito ufficiale dell'Agenzia delle entrate, dotati di un sistema di controllo interno per la gestione del rischio fiscale e che conseguono un volume di affari o di ricavi non inferiore a *un miliardo di euro*».

Si tratta dunque di un sistema per così dire “elitario”, poiché riservato ad imprese di grandi e grandissime dimensioni, ma, come ho già sopra segnalato, denso di spunti di riflessione anche al di là dell'ambito specifico di applicazione.

B. IL PROCEDIMENTO

26. Il procedimento

Il procedimento²¹ prevede un dialettico confronto con l'Autorità in primo luogo al fine di concordare le c.d. *soglie di materialità* quantitativa e qualitativa-

²⁰ Segnalo per tutti i recenti scritti di GALLO, *La nuova frontiera dell'abuso del diritto in materia fiscale*, 267 ss.; CORASANITI, *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, 293; CORRADO OLIVA, *L'abuso del diritto in ambito tributario tra onere di allegazione e onere della prova*, 379 ss., in AA.VV., *L'abuso del diritto*, a cura di G. Visentini, Napoli, 2016.

²¹ Si veda il recente contributo di FERRONI, *Cooperative compliance: un regime sempre più attrattivo per le grandi imprese*, in *Il fisco*, 2017, 2407 ss.

va delle fattispecie in cui si intendono porre i doveri di collaborazione e trasparenza. Questa fase è funzionale a definire il perimetro degli obblighi di comunicazione nell'ambito dei quali opera la regola della *tracciabilità* e della *documentabilità* di ogni attività.

Elemento centrale della procedura è quello relativo alla *formalizzazione delle posizioni assunte dall'ufficio* risultanti dalla interlocuzione preventiva, ferma restando la facoltà di presentare istanza di *interpello abbreviato* (art. 6, comma 2, d.lgs. 128/2015).

La novità più significativa introdotta dal provvedimento del 26 maggio – si è scritto²² –, è «la previsione di una peculiare forma di accordo che pertiene esclusivamente alla *cooperative compliance*, denominata “*accordo di adempimento collaborativo*”, il cui contenuto vincola le parti per il periodo di imposta nel corso del quale è stata definita la soluzione condivisa e per i periodi di imposta successivi, salvo mutamenti nelle circostanze di fatto o di diritto rilevanti ai fini della comune valutazione.

Questo accordo formalizza la comune valutazione a cui si perviene mediante contraddittorio su questioni che attengono al trattamento fiscale di operazioni o complesso di operazioni, anche di natura straordinaria, ritenute strategiche dall'impresa».

27. Quasi una conclusione

Alla luce di quanto argomentato credo che si possa sinteticamente concludere nel senso che l'istituto della *cooperative compliance* si inserisce, da un lato, nel quadro del dibattito, dell'evoluzione legislativa, delle prassi aziendali più innovative, delle ipotesi di riforma in materia di sistema dei controlli per una più efficace ed efficiente *corporate governance*.

Sotto un altro profilo l'architettura dell'istituto – e cioè la cooperazione con l'autorità fiscale – si innesta, in modo elettivo, nel quadro della c.d. cultura del *risk management* cioè, in altri termini, in una visione, come ho da tempo sostenuto, del controllo non come “verifica punitiva” bensì come elemento dialettico permanente della gestione dell'impresa: dal controllo-sanzione al controllo-opportunità.

²² FERRONI, *op. cit.*, 2409.

V.

IL SISTEMA DEI CONTROLLI: PROPOSTE DI RIFORMA

28. Ipotesi di riforma

Dal quadro sinteticamente tracciato risulta confermato che, come anticipato all'inizio di queste note, il sistema difetta di organicità e meriterebbe, dunque, quantomeno un intervento legislativo di coordinamento.

Le proposte di modificazione legislativa della disciplina della *società per azioni* che ho già in altra sede prospettato²³ e che mi permetto qui di riprendere sono le seguenti:

(i) attribuire espressamente all'*organo di controllo* – collegio sindacale, comitato di controllo all'interno del consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo sulla gestione o nelle società quotate, se previsto dallo Statuto, comitato controllo e rischi – la funzione di *coordinamento* di tutte le istanze di controllo interno alla società;

(ii) prevedere che le procedure e le modalità di coordinamento tra organi e funzioni di controllo siano disciplinate da un apposito *regolamento adottato dal consiglio di amministrazione*;

(iii) prevedere l'*obbligo periodico* – ad esempio trimestrale – di *relazione al consiglio di amministrazione da parte dell'organo di controllo* sul funzionamento del *sistema di controllo* e sulle *risultanze dei controlli* effettuati anche ai fini di eventuali decisioni di intervento correttivo da parte dell'organo gestorio.

Per le *società quotate (e di interesse pubblico)* si può ragionare su alcune ulteriori ipotesi di lavoro:

(i) limitare le competenze in materia di procedure del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari alla predisposizione di *adeguate procedure amministrative e contabili per la formazione dei bilanci*;

(ii) affidare invece alla società di revisione, oltre alle funzioni già oggi attribuite, il compito specifico di *verifica di adeguatezza delle procedure stesse*;

²³ Ho già formulato le proposte qui richiamate in MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, 42 ss.; ID., *Il diritto societario a dieci anni dalla riforma: proposte di restyling*, in *NDS*, n. 11/2014, 7 ss.; ID., *Il diritto societario a dieci anni dalla riforma: bilanci, prospettive, proposte di restyling*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 1068 ss.

(iii) attribuire al preposto al controllo interno la *verifica sul rispetto effettivo delle procedure amministrative e contabili*, oggi assegnato invece al dirigente preposto, nell'ambito del controllo sul rispetto delle procedure interne, in senso ampio;

(iv) prevedere che nel *modello dualistico* lo statuto debba obbligatoriamente stabilire le funzioni di alta direzione attribuite al *consiglio di sorveglianza*; introdurre l'obbligo di istituire il *comitato per il controllo interno e la revisione legale* nell'ambito di questo organo; statuire espressamente che i rapporti tra consiglio di gestione e consiglio di sorveglianza siano disciplinati da un regolamento interno;

(v) integrare i vuoti disciplinari del sistema monistico (precisando, ad esempio, la funzione di controllo di legalità e la disciplina della revoca).

In conclusione: la materia dei sistemi di controllo, nel quadro dell'evoluzione della *corporate governance*, ha subito, grazie alle innovazioni normative, regolamentari, autodisciplinari, un affinamento progressivo apprezzabile ma una "messa a punto", anche normativa, soprattutto in temi di coordinamento dei controlli, pare ancora opportuna.

Profili di diritto societario della crisi nell'ambito della riforma fallimentare *

Aspects of Insolvency Company Law in the Context of the Bankruptcy Law Reform

Oreste Cagnasso **

ABSTRACT

La relazione illustra alcuni criteri che possono essere utilizzati al fine di “ordinare” sistematicamente i vari profili innovativi in tema di diritto societario della crisi.

PAROLE CHIAVE: procedure concorsuali – società – crisi di impresa.

The paper illustrates some criteria that can be used in order to “tidy” in a systematic way various innovative profiles related to insolvency law.

KEYWORDS: insolvency proceedings – companies – insolvency.

* Relazione tenuta in occasione del Convegno “Il fallimento e le altre procedure concorsuali” organizzato dall’Ordine degli Avvocati di Roma l’11 ottobre 2016.

** Professore Ordinario di Diritto Commerciale presso l’Università degli Studi di Torino.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Il criterio relativo al “tempo”. – 3. Il criterio relativo all’impatto sulle norme di diritto comune. – 3.1. Modificazione di norme di diritto comune. – 3.2. Creazione di ulteriori obblighi a carico degli organi sociali. – 3.3. Innovazioni che modificano la prospettiva propria del diritto comune.

1. Premessa

Oggi la dottrina ha dedicato molta attenzione al c.d. diritto societario della crisi o, secondo la recente formulazione prospettata da Gaetano Presti, al diritto concorsuale societario.

La riforma del diritto fallimentare si occupa ampiamente di tale profilo: invero, se la legge fallimentare del 1942 poneva al centro l’imprenditore e dedicava poche norme alle società, la riforma oggi pone al centro le società e il gruppo. Dedica poi spazio ai profili societari, disciplinando anche aspetti assai rilevanti relativi a società *in bonis*, sia pure nell’ottica di evitare un’eventuale crisi.

Il diritto societario della crisi, per usare la formula tradizionale appare assai frammentario. Certamente non facile è ricostruirne sistematicamente il contenuto. Forse di qualche utilità può essere il tentativo di individuare qualche criterio per anche solo “classificare e porre in ordine” le regole.

2. Il criterio relativo al “tempo”

Un primo criterio potrebbe essere quello relativo al “tempo”. In questa prospettiva la riforma Rordorf pare scandire con chiarezza le diverse prospettive temporali.

Lo schema di disegno di legge delega redatto dalla Commissione Rordorf e il disegno di legge delega presentato l’11 marzo 2016 contengono un articolo (in parte diverso nelle due versioni) espressamente dedicato ad introdurre modifiche al codice civile concernenti norme di diritto societario. Nella versione più ampia del disegno di legge si fa riferimento alla responsabilità degli amministratori di s.r.l. verso i creditori sociali; al dovere dell’imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale; alla liquidazione giudiziale come causa di scioglimento delle società di capitali; alla possibilità di sospensione dell’operatività della causa di scioglimento costituita dalla perdita del

capitale sociale in presenza di determinati presupposti; alla determinazione di criteri di quantificazione del danno risarcibile in caso di responsabilità per la continuazione dell'attività d'impresa nonostante la presenza di una causa di scioglimento; all'applicazione della procedura di denuncia di gravi irregolarità nell'ambito della s.r.l.. Il testo approvato dalla Camera dei Deputati il 1° febbraio 2017 prevede altresì, tra le modifiche al codice civile, l'estensione dei casi in cui è obbligatoria la nomina dell'organo di controllo, anche monocratico, o del revisore da parte della s.r.l.

Come si evince anche solo da questo sommario richiamo, si tratta di norme che hanno un ambito di applicazione differente: alcune concernano la s.r.l.; altre le società di capitali in genere; altre ancora sembrano valere sia per l'imprenditore individuale sia per le società.

Naturalmente ulteriori regole societarie sono presenti in altre norme: al proposito, al fine di dare uno sguardo al futuro diritto societario della crisi, pare opportuno esaminare partitamente le disposizioni introdotte dalla riforma societaria in *itinere* distinguendo tra quelle applicabili:

- alle società *in bonis* (o comunque non necessariamente in una situazione di allerta, crisi o insolvenza);
- alle società in una situazione di fondati indizi di crisi, che giustifichi il ricorso alle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi;
- alle società in stato di crisi o di insolvenza;
- alle società sottoposte a procedure concorsuali.

Appartengono in particolare al primo gruppo le norme relative alla responsabilità degli amministratori di s.r.l. verso i creditori sociali ed all'estensione a tale tipo della procedura di denuncia al Tribunale di gravi irregolarità; fanno parte ancora di tale ambito le regole relative alla creazione di assetti adeguati per la rilevazione della crisi. Mi sembrano da collocare in questo contesto anche alcune delle nuove disposizioni in tema di gruppi. Si tratta, si ripete, di norme non necessariamente legate ad una società in stato di crisi e quindi che valgono anche per le società *in bonis*. Si tratta di regole di rilevante portata sistematica.

3. Il criterio relativo all'impatto sulle norme di diritto comune

Un secondo possibile criterio per classificare le regole di diritto societario potrebbe far riferimento all'impatto delle stesse sulle norme di diritto comune. In alcuni casi queste ultime vengono presupposte e, a seconda delle varie ipotesi, modificate in modi differenti. In altri casi l'intervento del legislatore fal-

limentare varia radicalmente la prospettiva, tenendo conto in particolare che la disciplina societaria deve essere coerente ed adattarsi alla logica della procedura concorsuale.

3.1. Modificazione di norme di diritto comune

Con riferimento al primo gruppo di interventi possono venire in considerazione effetti di vario tipo che comunque presuppongono, modificandola, la norma di diritto comune. Così può essere sospesa per un certo periodo, addirittura ribaltata in presenza di determinati presupposti oppure arricchita.

Un esempio immediato del primo caso è quello relativo alla sospensione della disposizione che prevede lo scioglimento della società per la riduzione del capitale sociale per perdite al di sotto del minimo, già presente nella disciplina vigente e su cui interviene la riforma Rordorf.

L'operatività della causa di scioglimento per la riduzione del capitale al di sotto del minimo legale o, nel caso di società cooperative, per la sua perdita, nonché degli obblighi posti a carico degli organi sociali in caso di mancata diminuzione della perdita a meno di un terzo del capitale entro l'esercizio successivo e di riduzione del capitale al disotto del limite legale può essere sospesa *“in forza delle misure protettive previste nell'ambito delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, degli accordi di ristrutturazione dei debiti e di regolazione concordata preventiva della crisi”*: così dispone l'art. 13, lett. d) del disegno di legge delega.

Oggi, com'è noto, il deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, anche in bianco, nonché della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, ha per effetto di sospendere l'operatività della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale e ciò fino all'omologazione (art. 182 *sexies* l.f.). La nuova regola si estende alle procedure di allerta ed agli accordi di ristrutturazione dei debiti e sembra prevedere non un automatismo, ma la necessità di un intervento dell'Organismo di composizione della crisi o del Giudice per ottenere tale effetto.

Un vero e proprio ribaltamento (almeno parziale) si verifica in caso di finanziamento dei soci o infragruppo in esecuzione del concordato preventivo. Anche su questo profilo interviene la riforma Rordorf.

L'art. 6 del disegno di legge delega in tema di concordato preventivo dispone, alla lett. o) del primo comma, che il legislatore delegato deve *“prevedere il riordino e la semplificazione delle varie tipologie di finanziamento alle imprese in crisi”*. Non sono quindi indicati principi o regole particolari, ma tuttavia viene fissato l'obiettivo della semplificazione dell'attuale complessa e in qualche misura aggrovigliata disciplina dei finanziamenti, che prevede varie

tipologie sia in relazione alla loro finalità (finanziamenti in funzione, in esecuzione, in occasione del concordato), sia con riferimento ai finanziatori (finanziamenti effettuati da terzi o dai soci o infragruppo).

A sua volta, l'art. 3 in tema di gruppi di imprese, al comma primo, lett. f), stabilisce, invece, con una norma dai contorni specifici, *“il principio di postergazione del rimborso dei crediti di società o di imprese appartenenti allo stesso gruppo, in presenza dei presupposti di cui all'art. 2467 c.c., fatte salve le deroghe dirette a favorire l'erogazione di finanziamenti in funzione o in esecuzione di una procedura di concordato preventivo e di accordo di ristrutturazione dei debiti”*. Vale quindi la regola della postergazione nel caso di finanziamenti infragruppo con espresso richiamo alla disciplina dettata per i finanziamenti dei soci di s.r.l. La sua area di applicazione si estende a qualsiasi tipo di società (o anche, sembrerebbe, di impresa individuale) purché appartenenti allo stesso gruppo. I presupposti sono quelli stabiliti nell'ambito delle s.r.l. e quindi la concessione di un finanziamento in una situazione di eccessivo squilibrio dell'indebitamento oppure nell'ipotesi in cui sarebbe stato ragionevole un conferimento (o un versamento a fondo perduto). Tuttavia il legislatore ammette la possibilità di introdurre deroghe (senza specificarne l'ampiezza) volte a favorire finanziamenti effettuati in funzione o in esecuzione delle due procedure sopra richiamate. Non sono previste invece deroghe per il caso di finanziamenti posti in essere in occasione delle stesse.

3.2. Creazione di ulteriori obblighi a carico degli organi sociali

Infine sono introdotti ulteriori obblighi a carico degli organi sociali. La riforma Rordorf ne offre significativi esempi.

Come è noto, uno dei profili di maggior novità è quello relativo all'introduzione delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi disciplinate dall'art. 4 del disegno di legge. Sono altresì note il dibattito in dottrina sulla loro opportunità e le discussioni che si sono avute al proposito durante l'iter della precedente riforma fallimentare.

Le procedure in esame hanno carattere non giudiziale e confidenziale (anche se nella versione governativa del disegno di legge tali connotati sono venuti in parte meno) e sono finalizzate ad incentivare l'emersione anticipata della crisi e ad agevolare lo svolgimento di trattative tra debitore e creditori con l'attribuzione della relativa competenza ad un'apposita Sezione specializzata degli Organismi di composizione della crisi. Il presupposto per il ricorso ad esse è costituito dalla presenza di fondati indizi della crisi. La nuova disciplina introduce un ulteriore obbligo a carico degli organi di controllo, del revisore contabile e delle società di revisione. Pertanto è presente anche nel caso

di s.r.l. sopra soglia che abbiano nominato un revisore. Naturalmente non si applica alle s.r.l. sotto soglia e alle società di persone, fermo restando che l'attivazione delle procedure in caso di fondati indizi di crisi grava innanzitutto sugli amministratori.

In primo luogo, l'organo di controllo o il revisore debbono avvisare immediatamente i gestori dell'esistenza di fondati indizi della crisi e quindi hanno il dovere di monitoraggio dello "stato di salute" della società, coerente con quello di creare assetti organizzativi adeguati a tal fine; e che in ogni caso anche oggi è da ritenere rientrante nel compito di vigilanza proprio di tali organi e soggetti. In secondo luogo, nel caso in cui l'organo gestorio tenga un comportamento omissivo o inadeguato, gli organi di controllo e il revisore debbono attivarsi informando direttamente l'Organismo di composizione della crisi.

Ed ancora l'art. 13, lettera *b*), oltre al dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, introduce quello "di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale".

Tale obbligo fa capo all'imprenditore e agli organi sociali e quindi sia all'imprenditore individuale sia alle società soggette a procedura concorsuale. Gli strumenti a cui allude il legislatore ricomprendono quelli costituiti dalle procedure di allerta, il concordato preventivo in continuità, gli accordi di ristrutturazione dei debiti, il piano attestato.

Pare ovvio che l'obbligo in esame sussiste solo qualora ci sia la possibilità di un superamento della crisi, altrimenti l'imprenditore dovrà far riferimento alla liquidazione giudiziale o al concordato liquidatorio, nei limiti in cui è consentito dalla riforma fallimentare.

Nulla dice il disegno di legge sugli organi sociali cui spetta tale obbligo. Si pongono quindi delicati problemi in ordine alle competenze dell'assemblea ed alla possibilità di sciogliere la società anche nel caso in cui la crisi appaia superabile.

3.3. Innovazioni che modificano la prospettiva propria del diritto comune

Per contro, alcuni interventi hanno un carattere più incisivo, tenuto conto della nuova prospettiva creata dall'essere in corso una procedura concorsuale.

Così, ad esempio, alcuni strumenti di tutela vengono sostituiti da altri coerenti con la struttura e le modalità della procedura concorsuale o anche del tutto soppressi risultando superati o comunque non più necessari nella nuova prospettiva.

Le disposizioni sulle operazioni straordinarie vengono in parte modificate

nel caso in cui siano previste nel corso della procedura di concordato.

L'ulteriore profilo concerne il diritto di recesso, che è escluso quando sia conseguenza di operazioni incidenti sull'organizzazione o sulla struttura finanziaria della società. La norma non vale solo per le operazioni straordinarie, ma anche, come sembra, per altre operazioni. E in ogni caso occorre una deliberazione dell'assemblea straordinaria delle s.p.a. o dell'assemblea qualificata delle s.r.l.

Come pure in determinate prospettive viene a modificarsi o addirittura venire meno il ruolo dell'assemblea.

Bibliografia

M. RESCIGNO, *Rapporti e interferenze tra riforma societaria e fallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare* diretto da A. Jorio, coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2007, II, p. 2120 ss.; CAGNASSO-IRRERA *Il fallimento delle società*, Torino, 2007; NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009; M. RESCIGNO, *Fallimento e altre procedure concorsuali* diretto da G. Fauceglia-L. Panzani, Torino 2009, 2, p. 1473 ss.; AMATUCCI, *Il fallimento delle società*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore-Bassi, Padova, 2010, I; CARIDI, *Del fallimento delle società*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro-Sandulli-Santoro, Torino, 2010, II; CAVALLI, *Il fallimento delle società*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Sassani, Milano, 2010; M. RESCIGNO, *Trattato delle procedure concorsuali* diretto da L. Ghia-C. Piccinnini-F. Severini, Torino 2010, I, p. 47 ss.; ABRIANI-STANGHELLINI-TOMBARI, *Operazioni straordinarie e crisi di impresa*, in *Riv. dir. soc.*, 2013; GOMMELLINI, *Il fallimento delle società*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli-Luiso-Gabrielli, Torino, 2013, I; TOMBARI, *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, in *Riv. società*, 2013; TOMBARI (a cura di), *Diritto societario e crisi di impresa*, Torino, 2014; CAGNASSO, *Le interferenze tra il diritto societario e il diritto fallimentare*, in *Crisi di impresa e procedure concorsuali* diretto da O. Cagnasos-L. Panzani, II, Torino, 2016, p. 2616 ss.; CAGNASSO, *Il diritto societario della crisi fra passato e futuro*, relazione tenuta al convegno "Le procedure concorsuali", Courmayeur, 23-24 settembre 2016; PRESTI, *Concordato preventivo e nuovi modelli di regolazione della crisi*, relazione tenuta al convegno "Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo", Courmayeur, 23-24 settembre 2016; SANDULLI-D'ATTORRE, *Manuale delle procedure concorsuali*, Torino, 2016, p. 183 ss.

Nomina e revoca diretta degli amministratori dopo il T.U. sulle società partecipate (Prime riflessioni)

The appointment and removal of directors by public authorities after the consolidated act on state-owned companies (Preliminary thoughts)

Katrin Martucci *

ABSTRACT

Lo scritto ricostruisce criticamente i diversi orientamenti della giurisprudenza teorica e pratica sulla nomina e revoca diretta degli amministratori ed esamina le problematiche connesse all'applicazione delle recenti norme previste nel Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.

PAROLE CHIAVE: T.U. in materia di società a partecipazione pubblica – nomina e revoca degli amministratori – giurisdizione.

This paper analysis how commentators and courts theorize and apply the regime concerning the appointment and removal of state-owned companies' directors by public authorities and examines the issues related to the application of the recent rules contained in the consolidated act on state-owned companies.

KEYWORDS: consolidated act on state-owned companies – appointment and removal of directors – jurisdiction.

* Ricercatrice di diritto commerciale presso l'Università degli Studi di Roma "Unitelma Sapienza".

SOMMARIO

1. La disciplina codicistica. – 2. Gli orientamenti della giurisprudenza teorica e pratica. – 3. (*segue*). La giurisprudenza più recente. – 4. Gli interessi posti a fondamento della polemica. – 5. “Pubblico” e “privato” nel recente T.U. in materia di società partecipate. Il reclutamento assembleare degli amministratori. – 6. (*segue*). La nomina e revoca diretta degli amministratori.

1. La disciplina codicistica

Lo speciale regime della nomina e revoca “diretta” (o *extra*-assembleare) degli amministratori di “società pubbliche” si attinge, tutt’oggi – seppure non più integralmente, a seguito della recente emanazione del “*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*”¹ – dalla disciplina del codice civile, ove, con riferimento alle società “*con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*” che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, è previsto che lo statuto possa “*ad essi conferire la facoltà di nominare un numero di amministratori ... proporzionale al capitale sociale*” (art. 2449, comma 1)².

L’incidenza che la presenza del socio pubblico nella compagine sociale è in grado di esplicitare sulla composizione dell’ufficio di amministrazione della società in virtù di tale previsione normativa è stata mitigata a seguito delle censure che in sede comunitaria sono state formulate con riguardo all’originario disposto di tale norma³: il riconoscimento di poteri “più che proporzionali” in

¹ Cfr. d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175.

² Per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, l’art. 2449, comma 4, c.c. richiama le disposizioni del sesto comma dell’art. 2346 c.c. (il quale prevede la possibilità che la società possa emettere strumenti finanziari dotati di diritti patrimoniali e amministrativi anche a seguito dell’apporto da parte dei soci o di terzi di prestazioni d’opera e di servizi), prevedendo inoltre la possibilità, per il consiglio di amministrazione, di proporre all’assemblea (che delibera con le maggioranze previste per l’assemblea ordinaria) che i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni. Per una disamina delle criticità che tale norma solleva, v. IBBA-DEMURO, *sub art. 2449*, in *Abbadessa-Portale* (diretto da), *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, Milano, 2016, 2850 s.

³ Cfr. Corte giust. CE, Sez. I, 6 dicembre 2007, nelle cause riunite C-463/2004 e C-464/2004, *Federconsumatori, Adiconsum, ADOC, Ercole Pietro Zucca e Associazione Azionariato Diffuso dell’A.E.M. S.p.a., Filippo Cuccia, e al. Contro Comune di Milano* (c.d. “sent. Federconsumatori”), pubblicato su <http://www.curia.europa.eu>. A seguito di tale sentenza e della procedura di infrazione (n. 2104/2006) avviata dalla Commissione europea nei confronti dell’Italia in materia di poteri di nomina, l’art. 13 della l. 25 febbraio 2008, n. 34 ha modificato

favore del socio pubblico rispetto alla partecipazione da lui detenuta⁴) – e, più in generale, il riconoscimento di “poteri speciali” in favore dell’azionista pubblico – è stato ritenuto, infatti, dal Giudice comunitario lesivo del principio della parità di trattamento degli azionisti e, con esso, della libertà di circolazione dei capitali⁵. Principi, questi, che già avevano portato all’abrogazione dell’art. 2450 c.c., il quale, nel prevedere che allo Stato, o ad altro ente pubblico, potesse essere riconosciuto il diritto di nominare uno o più amministratori, dalla partecipazione del medesimo nella società consentiva del tutto di prescindere⁶.

Vero è – a prescindere, in questa sede, dal silenzio della norma in merito alla partecipazione del socio pubblico-titolare di poteri di nomina diretta al reclutamento assembleare dei restanti componenti dell’ufficio amministrativo

l’art. 2449 c.c. La medesima procedura aveva già provocato l’abrogazione dell’art. 2450 c.c. ad opera dell’art. 10 d.l. 15 febbraio 2007, n. 10 conv. con legge 6 aprile 2007, n. 46.

⁴Tale possibilità veniva argomentata dal combinato disposto degli artt. 2458 e 2535 c.c.; cfr. GALGANO, *La società per azioni*, in Galgano (diretto da), *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. ec.*, Padova, 1984, 446 ss. L’art. 2458 c.c. (per ciò che in questa sede rileva) disponeva che “*Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci ovvero componenti del consiglio di sorveglianza*”), mentre l’art. 2535 c.c., con riferimento alle società cooperative, prevedeva che “*La nomina di uno o più amministratori può essere attribuita dall’atto costitutivo allo Stato o ad enti pubblici. In ogni caso, la nomina della maggioranza degli amministratori e dei sindaci è riservata all’assemblea dei soci*”.

⁵Cfr. l’art. 42 della direttiva del Consiglio del 13 dicembre 1976, n. 77/91/CEE (“Per l’applicazione della presente Direttiva le legislazioni degli Stati membri salvaguardano la parità di trattamento degli azionisti che si trovano in condizioni identiche”) e l’art. 63 TFUE (ove, in particolare, si prevede che “*sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi*”). Secondo la Corte, l’art. 56 TCE (l’odierno art. 63 TFUE) osta ad una disposizione nazionale, quale era l’art. 2449 c.c. nella sua formulazione precedente, se tale norma, di per sé o in combinato con un’altra disposizione normativa, quale l’art. 4 della legge n. 474 del 1994 (che conferisce all’ente pubblico-socio il diritto di partecipare all’elezione, mediante voto di lista, degli amministratori non direttamente nominati da esso stesso) è tale da conferire allo Stato o all’ente pubblico di godere di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione nel capitale della società. Il riconoscimento, in favore dell’ente pubblico, di un potere di influenza che va al di là del suo investimento, dissuade infatti potenziali investitori dall’impiegare propri capitali nella sottoscrizione o nell’acquisto di azioni di una società nella quale sono previsti tali poteri speciali in favore dello Stato o di altro ente pubblico.

⁶Secondo quanto previsto dall’art. 2450 c.c., le disposizioni di cui all’art. 2449 c.c. trovavano applicazione “*anche nel caso in cui la legge o l’atto costitutivo*” attribuissero “*allo Stato o a enti pubblici, anche in mancanza di partecipazione azionaria, la nomina di uno o più amministratori*”, salvo che la legge disponesse diversamente.

della società⁷ – che l’odierna previsione dell’art. 2449 c.c. non pone comunque, come è stato rilevato, la norma al riparo da eventuali ulteriori censure comunitarie, avuto riguardo, in particolare, all’ipotesi in cui il socio pubblico sia titolare di una partecipazione di minoranza nella società⁸.

⁷ Cfr., tra i primi commentatori della sentenza *Federconsumatori*, DEMURO, *L’incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 581 ss. Il limite della proporzionalità – oggi espressamente sancito dall’art. 2449 c.c. – potrebbe non essere rispettato quando – come è avvenuto nel caso della A.E.M. s.p.a. (ove l’effetto combinato della riserva di nomina diretta degli amministratori e del diritto di partecipare al voto di lista per la designazione degli altri membri del consiglio di amministrazione della società, consentiva al Comune di conservare la maggioranza assoluta nel consiglio di amministrazione della società, sebbene esso, una volta cedute parte delle proprie azioni, fosse destinato a detenere soltanto la maggioranza relativa nella società) – il principio maggioritario risulti derogato, oltre che dal riconoscimento, in favore del socio pubblico, di un potere di nomina diretta, anche dalla previsione del voto di lista per la nomina dei restanti componenti del consiglio di amministrazione (cfr. art. 4 l. n. 474/1994). Per una lettura dell’art. 2449 c.c. volta a renderne il disposto compatibile con le statuizioni della Corte comunitaria v. MALTONI-PALMIERI, *I poteri di nomina e di revoca in via diretta degli enti pubblici nelle società per azioni ex art. 2449 c.c.*, in *Dir. amm.*, 2009, 267 ss., spec. 277 ss., ove peraltro si propone una “modifica legislativa che indichi esplicitamente che il potere di nomina diretta ex art. 2449, comma 1, c.c. priva il socio pubblico del diritto di voto nell’elezione assembleare degli altri componenti gli organi sociali”; su posizioni più sfumate, GHEZZI-VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, in *Riv. soc.*, 2008, 698 ss., i quali ritengono che l’art. 2449 c.c., nella sua attuale formulazione, precluda la partecipazione del socio pubblico (-titolare di poteri di nomina diretta) alla nomina dei restanti amministratori in assemblea solo quando tale circostanza potrebbe consentirgli *ex ante* – e cioè a prescindere dall’esito delle votazioni (perché, ad esempio, come si accennava, è previsto il voto di lista) – di conseguire un controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione nella società; IBBA-DEMURO, *sub art. 2449*, cit., 2838 ss., i quali evidenziano come “l’automatica limitazione dei diritti sociali ordinari sarebbe, oltretutto eccessiva, non sempre necessaria dal momento che non necessariamente la somma degli amministratori nominati direttamente e di quelli nominati con la procedura ordinaria darà luogo a un controllo sproporzionato, inteso come «controllo della maggioranza» dei componenti dell’organo sociale da parte di un socio pubblico titolare di una partecipazione sociale di minoranza”, dovendo allora “la conformità ai principi comunitaria dell’esercizio” del potere di nomina diretta “essere valutata alla luce dell’assetto concreto della società in questione”. Ritiene che il criterio di proporzionalità previsto dall’art. 2449 c.c. riguarda esclusivamente i poteri speciali di nomina diretta attribuiti al socio pubblico dallo statuto secondo la previsione dell’art. 2449 c.c., indipendentemente dai diritti amministrativi che l’ente pubblico potrebbe esercitare secondo il diritto comune (ad esempio, perché titolare di strumenti finanziari partecipativi), DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, Torino, 2010, 14 ss.

⁸ In tal caso, infatti, la clausola che, ex art. 2449 c.c., consente al socio pubblico la nomina di un numero di amministratori proporzionale alla sua partecipazione, gli attribuisce un potere superiore a quello che, con la medesima partecipazione, avrebbe potuto esercitare in sede assem-

Ed invero, se anche la deroga, che tale previsione normativa reca, al principio maggioritario posto a fondamento del reclutamento dei componenti dell'ufficio amministrativo della società⁹, non rappresenta un'ipotesi isolata nel diritto azionario comune – basti qui far cenno alle “norme particolari” che all'autonomia statutaria è dato prevedere per la nomina alle cariche sociali (art. 2368 c.c.)¹⁰ – deve, ciò nondimeno, rilevarsi come qualche perplessità in ordine alla compatibilità della norma con il diritto comunitario possa fondatamente essere avanzata in ragione della natura – pubblica – del soggetto in favore del quale la speciale prerogativa in punto di nomina dei componenti degli organi sociali è accordata¹¹.

bleare (ove, per diritto comune, proporzionale rispetto alla partecipazione è il diritto di voto); in tal senso, da ultimo, IBBA-DEMURO, *op. cit.*, 2837; e, già prima, IBBA, *La tutela delle minoranze nelle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. soc.*, 2015, 95 ss., spec. 99 s., ove si osserva che “il nuovo testo ... rende proporzionale rispetto alla partecipazione del socio pubblico non il diritto di voto, com'è nel diritto comune, bensì il diritto di nomina, consentendo al socio pubblico minoritario la nomina di amministratori che altrimenti sarebbe stata appannaggio dell'assemblea e, quindi, dei soci di maggioranza”; ID., *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e disciplina*, in IBBA-MALAGUTI-MAZZONI (a cura di), *Le società “pubbliche”*, Torino, 2011, 7; DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario*, cit., 592 s. Le difficoltà cui, in concreto, può dare luogo l'applicazione del “criterio della proporzionalità” sono evidenziate da trib. Ragusa, 21 dicembre 2010, in *Vita not.*, 2011, 381 ss. Osserva, a tale proposito, come l'arrotondamento debba “per lo meno in linea di principio, avvenire per difetto, salvo che il decimale risulti così prossimo alla cifra tonda superiore, da indurre a reputare non irragionevole, nel caso specifico, un arrotondamento per eccesso”, DONATIVI, *op. cit.*, 16 s.

⁹ Secondo SPADA, *Cariche in società o enti per le quali la nomina è riservata allo Stato*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 801 ss., spec. 802, “può ... dirsi riservata allo Stato la nomina di preposti alle cariche sociali quando la scelta statale del o dei preposti sia indipendente (a) dalla posizione di controllo (art. 2359 cod. civ.) eventualmente spettante allo Stato e (b) dal comportamento dei soci nella sede procedimentale deputata al reclutamento degli amministratori e dei sindaci secondo il diritto comune (cioè in assemblea) in forza di una regola obiettiva che temperi il principio maggioritario ... L'area della riserva si profila ... quando la regola maggioritaria ... si confronta con una regola antitetica che la tempera o, addirittura, la rimuove”.

¹⁰ Osserva come la fattispecie della nomina pubblica alle cariche sociali si ponga “non già quale deroga al principio maggioritario (nel qual caso sarebbe stato corretto leggerla come deroga meramente eventuale, destinata a manifestarsi nel solo caso in cui all'ente pubblico titolare del potere di non nomina non faccia capo una partecipazione azionaria di maggioranza), bensì quale eccezione al principio stesso della competenza assembleare (eccezione, allora, immanente e tutt'altro che eventuale, ravviabile financo nell'ipotesi in cui la società sia sottoposta a controllo pubblico, quand'anche totalitario)”, DONATIVI, *op. cit.*, 70 s.

¹¹ Cfr. IBBA, *La tutela delle minoranze*, cit., 101, il quale osserva come la Corte di giustizia, nella sentenza *Federconsumatori*, nel censurare il testo precedente dell'art. 2449 c.c., abbia osservato che la regola in esso stabilito “costituisce una deroga al diritto societario comune nella misura in cui [...] non prevede un'identica regola valida per tutti gli azionisti, segnata-

Secondo quanto inoltre disposto dall'art. 2449 c.c., i. è riservata all'ente pubblico preponente la revoca degli amministratori che questo abbia nominato; ii. gli amministratori di nomina diretta "hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea" (art. 2449, comma 2 c.c.). Sul significato che tali norme assumono nella ricostruzione della fattispecie qui considerata si tornerà nei prossimi paragrafi, nei quali si darà atto dei diversi orientamenti che attorno al potere di nomina e revoca diretta degli amministratori si sono formati.

2. Gli orientamenti della giurisprudenza teorica e pratica

Nella giurisprudenza teorica, il dibattito svoltosi intorno alla nomina extra-assembleare degli amministratori è stato, negli anni, diretto in particolar modo a stabilire se, ed in che misura, tale disciplina speciale della preposizione dovesse intendersi diretta a consentire all'interesse pubblico di fare ingresso nella società. Pur nella molteplicità delle posizioni espresse, possono considerarsi due, in particolare, gli indirizzi affermatasi nella letteratura sul tema. Da un lato, un'insigne dottrina pubblicistica, risalente agli anni che nel nostro paese segnarono il fulcro del sistema di economia mista¹², la quale nella normativa speciale inserita nel codice civile ha rinvenuto lo strumento mediante il quale

mente per gli azionisti privati)". Più in generale, v. ANGELICI, In tema di «socio pubblico», in Riv. dir. comm., 2015, II, 175 ss., spec. 177, il quale evidenzia come la presenza del socio pubblico nella compagine societaria non ponga difficoltà dal punto di vista della società per azioni – stante l'idoneità di questo tipo di società a recepire, al proprio interno, interessi eterogenei – ma dal punto di vista del socio pubblico, in ragione delle specifiche motivazioni poste a fondamento della sua partecipazione nella società. In tale prospettiva, l'autore evidenzia come l'attuale disposto dell'art. 2449 c.c. trovi giustificazione "sul piano della particolare posizione del socio pubblico: quella in grado di giustificare da un lato la deroga al principio, logicamente essenziale per la società per azioni, secondo cui in essa ... non possono essere conferiti «particolari diritti» a un socio ... dall'altro un'esigenza di proporzionalità che si pone come limite a tale possibilità di deroga ... la giustificazione di ciò [risiede] nuovamente nel riconoscimento delle motivazioni e della funzione, se si vuol dire «non (soltanto) economiche», della partecipazione pubblica".

¹²Rileva come le tesi "funzionaliste" appaiano il "prodotto culturalmente sintomatico del periodo storico e del contesto politico-ordinamentale nel quale sono state formulate", iscrivendosi, in tale contesto, "l'interpretazione e l'uso degli artt. 2458 e 2459 come strumenti di funzionalizzazione in chiave pubblicistica della società per azioni ... perfettamente nell'originale sistema delle partecipazioni statali", PERICU, sub artt. 2449 s., in NICCOLINI-STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Le società di capitali. Commentario*, vol. III, artt. 2449-2510, Napoli Jovene, 2004, 1291 ss., spec. 1299.

assoggettare – nell’ambito di un rapporto pubblicistico cui la nomina avrebbe dato luogo – il soggetto preposto alle direttive ed istruzioni del preponente, privandolo di ogni autonomia di valutazione circa la condotta da assumere¹³:

¹³ Cfr., in particolare, F. ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell’amministratore nominato dallo Stato*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 258 ss., ove si rileva la natura autoritativa dei poteri riconosciuti allo Stato negli artt. 2458 e 2459 c.c. (nella versione previgente), norme di diritto pubblico, veicolo di “*esplicite deviazioni pubblicistiche al sistema privatistico delle società per azioni*” e all’origine, come rilevato nel testo, del rapporto pubblicistico che all’atto della nomina si instaura, secondo tale dottrina, tra lo Stato e l’amministratore. In tale prospettiva, il pubblico interesse veniva ad essere perseguito mediante l’influsso costantemente esercitato dallo Stato sull’amministratore, influsso che, tuttavia, in ragione del rapporto esistente tra quest’ultimo e la società, trovava un limite nella rispondenza delle direttive “*ai normali criteri di conduzione della società*”. Alla natura amministrativa degli atti di preposizione conseguiva che criterio di legittimità dei medesimi veniva ad essere l’interesse pubblico, la cui valutazione era demandata al giudice amministrativo, che alla tutela del soggetto (asseritamente) leso avrebbe provveduto secondo i criteri ed i rimedi caratteristici della propria giurisdizione. Su posizioni analoghe MENGONI, *Sul concetto di azienda con prevalente partecipazione statale*, in *RTDPC*, 1958, 153 ss., spec. 157; SENA, *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: l’interesse pubblico come interesse extrasociale*, in *Riv. soc.*, 1959, 43 ss., spec. 48 ss.; OTTAVIANO, *Sull’impiego a fini pubblici della società per azioni*, in *Riv. soc.* 1960, 1013 ss., I, 258, ove, tra l’altro, l’affermazione per la quale “*l’amministratore acquista la qualità di funzionario dell’ente*”, essendo “*preposto a un ufficio dell’ente*” stesso per esercitarvi un compito pubblico; RAGUSA MAGGIORE, *La revoca dell’amministratore unico nominato dall’ente di gestione in una società da esso dominata*, in *Dir. fall.*, 1983, II, 1396 ss.; VERUCCI, *La revoca dell’amministratore nominato dallo stato o da enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, 35 ss., spec. 39, con la precisazione, tuttavia, che “*l’interesse pubblico di cui gli amministratori nominati ex art. 2458 cod. civ. sono portatori deve cedere di fronte all’interesse della società*”. Nella dottrina più recente, la natura amministrativa degli atti di preposizione (pur senza trarne, diversamente dagli autori più risalenti, la sottoposizione dell’amministratore alle direttive provenienti dall’ente nominante) è sostenuta da AMBROSINI, *Nomina pubblica delle cariche sociali e nullità della delibera assembleare per carenza di potere*, in *Giur. it.*, 2002, 124 ss.; ID., *sub artt. 2400-2402*, in Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna Zanichelli, 2004, 879 ss., spec. 880 s. (con riferimento alla nomina dei componenti del collegio sindacale); DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milanofiori-Assago Ipoa, 2001, 131 ss.; ROMAGNOLI, *Le società degli enti pubblici; problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 473 ss., spec. 483 ss., il quale qualifica la determinazione di revoca extrassembleare come atto soggettivamente amministrativo, cosicché “*... non sussistono ragioni per sottrarlo al sindacato sulla congruità dell’atto rispetto ai fini dell’ente socio*”; la natura provvedimentale degli atti di nomina e revoca è sostenuta, con riferimento alla preposizione dei componenti dell’organo di controllo (cfr. art. 2400 c.c.) anche da LIBERTINI, *sub art. 2400*, in D’Alessandro (diretto da), *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, vol. II, t. 2, *Commento agli artt. 2380-2451*, Padova Piccin, 2011, 223 ss., spec. 224 e 229; SICLARI, *sub art. 2400*, in Bonfante-Corapi-De Angelis-Napoleoni-Rordorf-Salafia (a cura di), *Codice commentato delle società*, Ipoa Milanofiori Assago (MI), 2011, 972 ss., spec. 975. Critico rispetto alla soluzione privatistica affermatasi nella giurisprudenza di legittimità anche URSI, *L’ultima frontiera della privatizzazione: la giurisdizione del giudice ordinario in materia di revoca degli amministratori di nomina pubblica*, in *Foro it.*, 2005, I, 2728 ss., rilevando come la

l'amministratore nominato dall'ente pubblico-socio veniva, a stregua di tale ricostruzione, collocato in una posizione ("di dipendenza pubblicistica") non diversa da quella assunta, negli anni precedenti, dall'ente di gestione nei confronti del ministero delle partecipazioni statali¹⁴. In tale prospettiva, all'atto di nomina – espressione, si rilevava, di un potere autoritativo esercitato dall'ente pubblico – la dottrina menzionata attribuiva natura provvedimentale, configurando l'atto speculare, volto a porre fine al rapporto tra l'ente pubblico e l'amministratore, quale revoca del provvedimento che quel medesimo rapporto aveva instaurato. Conseguenza ne era la sottoposizione di tali atti allo scrutinio pubblicistico del giudice amministrativo, "*dovendo [essi] soddisfare ad un certo grado di pubblico interesse*"¹⁵.

Diversa (ed oggi più accreditata) la conclusione alla quale sono giunti, successivamente, quanti ritengono che la normativa in punto di nomina e revoca extra-assembleare degli amministratori da parte del socio pubblico rilevi esclusivamente sul piano dell'organizzazione societaria – quale modalità del reclutamento – e, dunque, in una prospettiva prettamente privatistica, senza condizionare di per sé (e cioè, indipendentemente dalla rilevanza pubblicistica anche del programma associativo) l'interesse al cui perseguimento l'amministratore deve orientare la propria azione¹⁶. A tale conclusione si

completa privatizzazione del rapporto amministrativo potenze oltre misura il potere di indirizzo nei confronti degli amministratori dell'organo nominante, determinando un abbassamento del sistema di tutela "*in ragione della circostanza che gli strumenti offerti dal codice non sono sempre rispondenti all'esigenza di garanzia dei principi racchiusi nell'art. 97 Cost.*".

¹⁴ In tal senso ROVERSI MONACO, *op. cit.*, 270; sul punto v., con ulteriori riferimenti bibliografici, MARTUCCI, *Profili di diritto singolare dell'impresa*, Milano, 2013, 44 ss.

¹⁵ Così ancora ROVERSI MONACO, *op. cit.*, 276, 279 ss.

¹⁶ Cfr., nella dottrina più risalente, BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957, 164 ss.; JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1963, 136 s.; FRÈ, *Società per azioni*. Artt. 2325-2461, in Scialoja-Branca (a cura di), Bologna-Roma, 1982, 912 ss.; SCOGNAMIGLIO A., *Sulla revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici ex art. 2458*, in *Foro amm.*, 1984, 567; MAZZARELLI, *La società per azioni con partecipazione comunale*, 1987, 130, 135 ss., ove chiaramente si enuncia che "*la nomina diretta prevista dall'art. 2458 c.c. ha il medesimo contenuto della nomina assembleare*". In relazione ad essa, "*l'ente-socio dispone di un diritto potestativo, riservato statutariamente in deroga alle norme generali in materia di nomina degli amministratori, in vista del particolare interesse di cui è portatore ... quest'ultima valutazione non comporta, però, che si possa sostenere che tale deroga debba concretarsi nell'introduzione di elementi pubblicistici in un ordine di rapporti che restano, invece, unicamente di diritto comune*". Nella dottrina più recente cfr. PETTITI, *Nomina, revoca e «prorogatio» degli amministratori pubblici*, in *AGE*, 2016, 455 ss., spec. 457 s.; PERICU, *sub artt. 2449 s., cit.*, 1298 ss., ove, evidenziato "*il decisivo impatto dell'ordinamento comunitario sui sistemi nazionali*" ("*l'ordinamento, oggi, dimostra di volere che la funzione di controllo o di indi-*

giunge, da un lato, valorizzando quanto disposto dall'art. 2449 c.c., e cioè che “*gli amministratori ...nominati [in via diretta dal socio pubblico] ... hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea*”, dall'altro rilevando che la riserva, che la medesima disposizione normativa accorda con riferimento alla revoca degli amministratori, deve intendersi volta – non a consentire al proponente di condizionare l'azione dei preposti (secondo la lettura che di tale norma era data dalla dottrina “pubblicistica”), quanto – a rendere effettiva la speciale prerogativa che al socio pubblico è riconosciuta dalla legge. La revocabilità dell'amministratore nominato dal socio pubblico da parte dell'assemblea finirebbe infatti, si osserva, per neutralizzare la prerogativa accordatagli. Evidente, in tale ricostruzione – espressione del passaggio storico dall'ente pubblico economico alla società per azioni – l'obiettivo di superare il modello burocratico-amministrativo che nel Ministero delle partecipazioni statali aveva visto il proprio simbolo e centro unificante¹⁷.

rizzo dell'azione imprenditoriale a fini di interesse generale sia svolta con strumenti esterni alla fattispecie societaria e, più in generale, al mercato”), si rileva la necessità di procedere ad “una interpretazione evolutiva [e semplificatrice] delle disposizioni in materia di nomina pubblica. Eliminato il problema del rilievo causale o funzionale, appare, infatti, chiaro come tali disposizioni esauriscano la loro portata sul piano organizzativo”; ID., *La giurisdizione sulle controversie in materia di nomina o revoca di amministratori o sindaci di società ex artt. 2449 e 2550, cod. civ. Brevi note.*, in *Riv. giur. sarda*, 2006, 792 ss.; MALTONI-PALMIERI, *op. cit.*, 288 ss.; SALA, *La società «pubblica» locale tra diritto privato e diritto amministrativo*, in Domenichelli (a cura di), *La società «pubblica» tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, 2008, 9 ss., spec. 36 ss., ove si rileva come oggi anche il potere di organizzazione sia in parte privatizzato, avendo la riforma del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche (cfr. artt. 5, comma 2, e 63, comma 1, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165) sottratto il potere di (micro)organizzazione alla giurisdizione del giudice amministrativo e al conseguente sistema di tutela della situazioni soggettive, configurandolo come esercizio di capacità e poteri del privato datore di lavoro: “mutatis mutandis anche il potere di nomina e revoca di amministratori può dunque configurarsi come esercizio di una potestà regolata dal diritto privato. Del resto il nuovo comma 1-bis dell'articolo 1 della l. 241 ponendo il principio per cui l'amministrazione nell'adozione di atti di natura non autoritativa agisce secondo le norme del diritto privato, potrebbe offrire l'opzione ermeneutica per non forzare ricostruzioni in chiave pubblicistica di quegli istituti che sul piano del diritto privato possono rinvenire un assetto non contrastante con i principi e le esigenze che essi esprimono, dell'ordinamento”; CORRADI, *La proporzionalità tra partecipazione e “potere di controllo” nell'art. 2449 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 932 ss., spec. 940 s.; GALGANO-GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, t. 1, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in Galgano (diretto da), *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. ec.*, 2006, 741 ss., spec. 745 s.; D'ATTORRE, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione*, in *Società*, 2005, 877 ss.; RORDORF, *Le società «pubbliche» nel codice civile*, in *Società*, 2005, 423 ss., spec. 427 ss.; CAMMELLI-ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini Maggioli, 1997, 153 ss., spec. 155 s.

¹⁷ Cfr. IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1993, 465

Nella giurisprudenza pratica, il tema della nomina e revoca diretta dei componenti dell'ufficio amministrativo della società si è posto nella prospettiva specifica della giurisdizione sugli atti di preposizione provenienti dall'ente pubblico-socio¹⁸, prospettiva in ordine alla quale ci si è interrogati sulla natura del potere da questo esercitato. Quest'ultima, invero, determina, a seconda della sua qualificazione pubblicistica o privatistica, significative differenze di regime in ordine all'atto emanato, relative, per ciò che concerne il profilo specifico della tutela giurisdizionale, all'autorità giurisdizionale competente a conoscere del medesimo, ma anche ai soggetti legittimati ad accedere alla tutela stessa, oltre a riflettersi su profili ulteriori, quali quelli della formazione dell'atto, della sua efficacia e della sua invalidità¹⁹. Anche qui, l'impostazione più risalente, propensa a qualificare in senso pubblicistico la fattispecie considerata, è stata progressivamente superata, nella giurisprudenza civile ed anche amministrativa, da un orientamento che nella speciale prerogativa prevista dall'art. 2449 c.c. ravvisa l'espressione di poteri aventi, piuttosto, natura privatistica.

Nell'ambito del primo degli orientamenti rappresentati, la natura pubblicistica del potere esercitato dall'ente pubblico all'atto della preposizione è stata desunta dalla preordinazione di questa al perseguimento ed alla tutela di interessi pubblicistici: *“circa la contestata natura di atto amministrativo del provvedimento di revoca (come di quello di nomina), non è dubbio che esso era tale a causa della provenienza da un ente pubblico nell'esercizio di un suo potere previsto e regolato per il perseguimento dei fini pubblici attribuitigli”*²⁰. Di qui la sottoposizio-

ss., spec. 475; sul punto v. anche PERICU, *sub artt. 2449 s., cit., 1299 s.*, il quale, rilevato come l'interpretazione degli artt. 2458 e 2459 quali strumenti di funzionalizzazione in chiave pubblicistica della società per azioni si iscrivesse perfettamente nell'originale sistema delle partecipazioni statali, evidenzia l'opportunità – una volta venuto meno tale sistema – di procedere ad un'interpretazione adeguatrice di tali previsioni normative. Ed invero, si sottolinea, l'introduzione di regimi speciali che consentono di ostacolare discrezionalmente il gioco della concorrenza deve oggi certamente dirsi incompatibile con un sistema che, in ragione dell'impatto decisivo espletato dall'ordinamento comunitario, esige che le funzioni di controllo ed indirizzo dell'azione imprenditoriale a fini di interesse generale siano svolte con strumenti esterni alla fattispecie societaria e, più in generale, al mercato.

¹⁸ Sul punto v., per tutti, ROMANO ALB., *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975; ID., *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (Epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 602 ss.

¹⁹ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in *Giust. amm.*, 2002, 687 ss.

²⁰ Così Cass., 15 luglio 1982, n. 4139, in *Giur. comm.*, 1983, II, 509 ss., con nota di BONELLI, *La revoca degli amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*; in *Riv. dir. comm.*, 1983, 35 ss., con nota di CIRENEI, *Osservazioni in tema di revoca dell'amministratore*

ne dell'atto alla cognizione dell'autorità giudiziaria amministrativa, rilevandosi, al contempo, l'inapplicabilità, nella fattispecie considerata, dell'art. 2383 c.c. Si osservava infatti come un atto emanato dall'ente pubblico nell'esercizio di un potere pubblicistico riconosciutogli non potesse essere sindacato nella prospettiva di una norma volta alla tutela di interessi aventi natura privata²¹.

Decisamente prevalente, come si diceva, l'orientamento che qualifica in senso privatistico il potere di nomina che all'ente pubblico può essere riconosciuto secondo il disposto dell'art. 2449 c.c. Ed invero, si rileva, con tale norma si è intesa disciplinare – sia pure in ragione della particolare natura (pubblica) dell'ente proponente²² – una facoltà sostitutiva della generale competenza assembleare, la quale deve considerarsi estrinsecazione non di potestà amministrativa ma di diritto privato: è all'ente pubblico nella sua qualità di socio (“*uti soci e non jure imperii*”) che la legge ha inteso riconoscere il potere di nomina (extra-assembleare) degli amministratori – come, peraltro, è reso evidente dall'attribuzione statutaria (e non legislativa) del medesimo, la quale è incompatibile con una caratterizzazione pubblicistica del potere esercitato

unico nominato da ente pubblico; negli stessi termini già Cons. reg. sic., 18 gennaio 1964, n. 69, in Riv. dir. comm., 1965, II, 39 ss., secondo cui “l'esercizio della capacità privatistica da parte degli enti pubblici dà luogo ad atti che, una volta posti in essere, sono disciplinati dal diritto privato, così come dal diritto privato sono regolati gli effetti che da tali atti derivano. Ma ciò non toglie che nella fase della determinazione della volontà, trattandosi di un ente pubblico (la cui azione deve sempre tendere, o in via strumentale o in via diretta, alla soddisfazione dell'interesse pubblico, e quindi conformarsi alle esigenze di tale interesse), debba necessariamente intervenire l'elemento pubblicistico. Il che è ovviamente più chiaro nei casi in cui la legge richiede, per il compimento di determinati atti di diritto privato (ad es., la stipulazione di contratti da parte della pubblica amministrazione), apposito procedimento e provvedimento amministrativo, cosicché risulta più agevole la distinzione fra atti che hanno natura amministrativa e il negozio di diritto privato. Senonché, anche quando non sia previsto alcun procedimento e ci si trovi di fronte a un atto unico, che produce nei rapporti con i terzi effetti di diritto privato, non può perciò escludersi l'esistenza di elementi pubblicistici nel momento in cui la volontà si determina, ed è da ritenersi conseguentemente implicita nell'atto stesso una determinazione amministrativa adottata nel pubblico interesse”; Cons. reg. sic., 27 agosto 1964, n. 308, in *Foro amm.*, 1964, I, 948; più di recente, v. App. Milano, 18 maggio 2001, in *Giur. it.*, 2002, 123 ss. con nota di AMBROSINI (nt. 13).

²¹ Cfr. in tal senso Cass., 15 luglio 1982, n. 4139, cit.; la tesi pubblicistica è stata sostenuta anche da App. Milano, 18 maggio 2001, cit.; Trib. Palermo, 12 settembre 1961, in *Dir. fall.*, 1962, II, 247 ss.; T.a.r. Campania, 11 febbraio 2005, n. 963, in *Società*, 2005, 876 ss.; Cons. reg. sic., 18 gennaio 1964, n. 69, cit.; con riferimento all'insindacabilità dell'atto di revoca diretta del sindaco v. Trib. Bologna, 5 giugno 2001, in *Società*, 2001, 948 s., con nota di SALAFIA, *Modalità di revoca dei sindaci nominati da enti pubblici*; T.r.g.a. Trentino Alto Adige, 12 luglio 2007, n. 131, pubbl. su *BancaDati24*.

²² Cfr. Cons. Stato, 13 giugno 2003, n. 3346, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2003, II, 3020 ss.

dall'ente pubblico²³. “*Il rapporto tra la società e l'ente [pubblico-titolare del potere di nomina diretta]*”, si osserva, “*è di assoluta autonomia, sicché a quest'ultimo non è consentito incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali*”²⁴. Se, nella ricostruzione operata dall'orienta-

²³ Così, in particolare, Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2015, n. 1237, in *Giur. comm.*, 2016, II, 1041 ss., in una controversia in cui la Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla giurisdizione relativamente ad un giudizio promosso dinanzi al giudice amministrativo da due amministratori di una società a partecipazione pubblico-privata, revocati ex art. 2449 c.c., i quali avevano chiesto l'annullamento del decreto di revoca adottato dall'ente pubblico locale-socio con conseguenze reintegra nel proprio ufficio. I principi enunciati da Cass. n. 1237/2015 sono richiamati anche nel caso della revoca assembleare dei componenti degli uffici di amministrazione e controllo: cfr. Cass., 1° dicembre 2016, Sez. Un., n. 24591, pubbl. su *leggiditalia.it*, la quale ha statuito che “*è attribuita alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto la domanda di annullamento di provvedimenti comunali di non approvazione del bilancio e conseguente revoca degli amministratori di società per azioni di cui il Comune sia unico socio, costituendo gli atti impugnati espressione non di potestà amministrativa ma dei poteri conferiti al Comune dalle ordinarie disposizioni del codice civile*”; Cass., Sez. Un., 10 febbraio 2015, n. 2505, pubbl. su *BancaDati24*, e, nella giurisprudenza di merito, Trib. Napoli, 7 agosto 2015, in *Giur. comm.*, 2016, II, 639 ss. (in un'ipotesi di revoca ex art. 2449 c.c. di un componente del collegio sindacale); ma, già prima, v., Cass., Sez. Un., 15 aprile 2005, n. 7799, in *Foro it.*, 2005, I, 2726, richiamata da Cass., Sez. Un., 27 maggio 2008, n. 13638, in *Società*, 2008, 1094; App. Genova, 20 ottobre 2006, pubbl. su *leggiditalia.it*; nella giurisprudenza amministrativa, cfr. Cons. Stato, n. 3346/2003, cit.; Tar Campania, Napoli, 16 febbraio 2017, n. 985, pubbl. su *BancaDati24* (relativamente ad un'ipotesi di decadenza ex legge degli amministratori della società a seguito dell'avvicinarsi delle maggioranze politiche in seno all'ente pubblico); Tar Lazio, Latina, 9 gennaio 2013, n. 17, pubbl. su *BancaDati24*; Tar Campania, Napoli, 23 dicembre 2009, n. 9342, in *Giur. merito*, 2010, 528; Tar Campania, Napoli, 10 marzo 2008, n. 1184, in *Foro amm.-Tar*, 2008, 782; Tar Campania, 17 aprile 2008, n. 2252, pubbl. su *BancaDati24*; Tar Calabria, Catanzaro, 18 dicembre 2006, n. 1984, in *Urb. app.*, 2007, 763 ss.; Tar Calabria, Catanzaro, 18 dicembre 2006, n. 1983, in *Foro amm.-Tar*, 2006, 4043; Tar Sardegna, 21 settembre 2005, n. 1920, in *Riv. giur. sarda*, 2006, 787 ss.; Tar Liguria, 13 maggio 2004, n. 756, in *Foro amm.-Tar*, 2004, 1345 s.; Tar Lazio, Roma, 14 gennaio 2004, n. 195, pubbl. su *leggiditalia.it*; Tar Veneto, 4 aprile 2002, n. 1234, in *Foro amm.-Tar*, 2002, 1203, ove l'espressa statuizione che “*gli atti impugnati, ancorché ascrivibili alla pubblica amministrazione, costituiscono estrinsecazione non di potestà amministrative ma di autonomia negoziale ... per cui la situazione soggettiva degli amministratori ... è configurabile in termini di diritto soggettivo, tutelabile dinanzi al giudice ordinario*”.

²⁴ In questi termini, Cass., n. 7799/2005, cit., ove, al fine di negare la natura pubblicistica della società, affermata dalla parte ricorrente, la suprema Corte rilevava che “*indubbiamente anche un ente a struttura societaria può assumere natura pubblicistica ... ma normalmente la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché lo Stato o gli enti pubblici (Comune, Provincia etc.) ne posseggano le azioni, in tutto o in parte, non assumendo rilievo alcuno, per le vicende della medesima, la persona dell'azionista,*

mento pubblicistico della preposizione *ex art.* 2449 c.c., l'esercizio di un potere autoritativo da parte dell'ente pubblico preponente attribuisce a colui che, rispetto al medesimo, si trovi in una situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo, la pretesa alla legittimità dell'atto emanato (pretesa da farsi valere dinanzi alla giurisdizione amministrativa²⁵), secondo la tesi privatistica, dall'inconfigurabilità, nella fattispecie considerata, di un potere pubblicistico in capo all'ente preponente, discende la riconduzione di ogni controversia in punto di nomina e revoca degli amministratori all'ampia categoria dei diritti (o "interessi legittimi di diritto privato"²⁶) di cui all'art. 2907 c.c., la cui tutela è devoluta alla cognizione del giudice ordinario.

dato che tale società, quale persona giuridica privata, opera «nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico»". Nel medesimo senso si erano pronunciate già Cass., Sez. Un., 26 agosto 1998, n. 8454, in *Urb. app.*, 1999, 262 s.; Cass., Sez. Un., 6 maggio 1995, n. 4989, in *Corr. giur.*, 1995, 665; Cass., Sez. Un., 6 maggio 1995, n. 4991, in *Riv. it. dir. pubbl. ec.*, 1995, 1056 ss. Nella giurisprudenza successiva, v. Cass., 27 settembre 2013, n. 22209, in *Foro it.*, 2014, I, 1, 113 ss.; Cass., 6 dicembre 2012, n. 21991, in *Foro it.*, 2014, I, 1, 113 ss.; Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2011, n. 392, in *Giur. comm.*, 2012, II, 113 ss; Cass., Sez. Un., 27 maggio 2008, n. 13638, cit.; Cass., Sez. Un., 31 luglio 2006, n. 17287, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2006, 3022, riportate, da ultimo, da Cass., n. 1237/2015, cit.

²⁵ Sul punto v. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 25 ss., ove si rileva come la posizione legittimante sia conferita dal particolare rapporto in cui il soggetto viene a trovarsi rispetto al potere discrezionale dell'amministrazione. Di qui, l'instaurarsi, con la nomina, secondo la dottrina pubblicistica, di un particolare rapporto tra l'ente pubblico e l'amministratore nominato, dal quale conseguirebbe, l'interesse legittimo del soggetto "di vedersi notificare un atto amministrativo connotato dei necessari requisiti di legittimità formale e sostanziale sotto il profilo amministrativo". In questo senso si è pronunciata la Corte d'appello di Milano, la quale in una recente sentenza (cf. App. Milano, 5 aprile 2016, n. 1299, in *Società*, 2016, 1252 ss.) ha rilevato che "in ragione dell'atto di nomina o revoca diretta dell'amministratore di società si instaura un duplice rapporto: da un lato, con l'ente nominante o revocante, regolato secondo le regole pubblicistiche che tutelano il soggetto rispetto all'interesse legittimo di vedersi notificare un atto amministrativo connotati dei necessari requisiti di legittimità formale e sostanziale sotto il profilo amministrativo (neretto mio); dall'altro, con la società, diverso ed autonomo dal primo, retto dalle norme di diritto comune societario che regolano i diritti ed i doveri dei componenti degli organi sociali nei confronti della società che rappresentano funzionalmente e organicamente". Ciò premesso, la Corte, riconoscendo, da un lato, natura privatistica al potere di nomina nella prospettiva dei suoi effetti sull'organizzazione societaria, ha ritenuto, dall'altro, che lo stesso potesse, sotto il profilo della sua legittimità amministrativa, formare oggetto di separata tutela dinanzi al giudice amministrativo o, in via incidentale, a quella ordinaria – peraltro rilevando che in tal senso si sarebbero espresse le Sezioni Unite nella citata pronuncia n. 1237/2015.

²⁶ Cfr. Tar Lazio, 25 marzo 2015, n. 4587, pubbl. su *BancaDati24*, ove questi sono definiti come "situazioni sostanziali di vantaggio la cui realizzazione dipende dal comportamento di altro soggetto titolare di un potere che trova il proprio fondamento (nel caso di specie) nello statuto della società".

3. (segue). La giurisprudenza più recente

Tra le argomentazioni addotte a favore della qualificazione privatistica del potere di nomina extra-assembleare riconosciuto al socio pubblico dall'art. 2449 c.c. si annovera, nella più recente giurisprudenza amministrativa e civile, l'affermazione per cui distinguendo, nella sfera delle attività di competenza dell'ente pubblico (-preponente), gli atti, rispettivamente, di "macro-" e di "micro-" organizzazione" – esercizio di potere amministrativo, i primi, di potere privato, i secondi – è alla seconda delle due categorie che gli atti di preposizione extra-assembleare appartenerebbero. La distinzione è di ricorrente utilizzo nella materia del pubblico impiego privatizzato, ove si distinguono gli atti (espressione di discrezionalità amministrativa) con cui le pubbliche amministrazioni "definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici" dalle "determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro" (tra cui gli atti di preposizione agli uffici dirigenziali), le quali ultime sono assunte dagli organi preposti "con i poteri del privato datore di lavoro" (artt. 2 e 5 d.lgs. n. 165/2001). Essa, tuttavia, risulta oggi impiegata anche nel diverso contesto (dell'attività negoziale della p.a. e, per ciò che qui rileva) della partecipazione di enti pubblici a società al fine di delimitare le sfere, rispettivamente, pubblicistiche e privatistiche, dell'agire dei pubblici soggetti.

Si rileva allora come si ascrivano alla sfera pubblicistica – e, conseguentemente, alla giurisdizione del giudice amministrativo – gli atti (c.d. "macro-organizzativi") prodromici – sul piano logico, cronologico e giuridico – alla vicenda societaria, con cui l'ente pubblico delibera di "dare vita ad una società, o di modificarla o estinguerla", trattandosi di scelte organizzative discrezionali (che assumono la veste del procedimento amministrativo) afferenti al perseguimento dell'interesse pubblico, che l'ente esercita mediante atti di natura pubblicistica²⁷.

²⁷ Così, in particolare, Cons. Stato, 3 giugno 2011, n. 10, in *Foro it.*, 2011, III, 365 ss.; in senso analogo, Cons. Stato, 5 ottobre 2011, n. 5461, pubbl. su *leggiditalia.it*; nello stesso senso, già prima, v. Con. Stato, n. 3346/2003, cit.; Tar Liguria, n. 756/2004, cit.; nella giurisprudenza civile cfr., in senso conforme, Cass., 7 febbraio 2017, n. 3196, pubbl. su *giustiziaamministrativa.it*; Cass., n. 1237/2015, cit.; Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2011, n. 30167, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2012, 539 ss.; Cass., Sez. Un., 2 agosto 2011, n. 16856, pubbl. su *leggiditalia.it*; Cass., Sez. Un., 3 novembre 2009, n. 23200, pubbl. su *leggiditalia.it*, che ha qualificato come provvedimenti di natura autoritativa (preliminari e prodromici rispetto alle successive deliberazioni societarie), "espressione della funzione di indirizzo e di governo che la normativa (d.lgs. n. 267 del 2000) assegna al Comune rispetto agli organismi preposti alla produzione, gestione ed erogazione dei servizi pubblici di pertinenza del medesimo ente", le deliberazioni

Non così – salvo quanto disposto con riferimento all’esercizio dei “poteri speciali” riservati allo Stato dal d.l. n. 332/1994²⁸, con cui si consente all’ente pubblico di interferire, in via autoritativa, “con la vita della società”²⁹ – per quanto, invece, attiene agli atti societari (c.d. di “micro-organizzazione”) che si pongono “a valle” della scelta di fondo di utilizzazione del modello societario, i quali sono posti in essere dall’ente pubblico “*spendendo la sua capacità di diritto privato*”: “*dal contratto di costituzione alla successiva attività della compagine societaria fino al suo scioglimento*”³⁰. Atti, questi ultimi, che rimangono interamente soggetti alle regole proprie del diritto commerciale – e, dunque, alla cognizione del giudice ordinario – esercitando, per ciò che in particolare attiene agli atti di preposizione, “*l’ente pubblico ... i poteri ordinari dell’azionista*”, “*coerentemente con i principi di diritto comunitario*”, si rileva, “*che non ammettono poteri speciali da parte dell’azionista pubblico*”³¹.

Irrilevante risulta, dunque, nella giurisprudenza civile ed anche amministrativa – nella prospettiva specifica della qualificazione degli atti di nomina e revoca degli amministratori – la natura dell’ente (pubblico) preponente, rilevando, secondo quanto emerge dal quadro giurisprudenziale delineato (e come meglio si avrà modo di evidenziare), la funzionalizzazione di questo al perseguimento dell’interesse pubblico (almeno nella misura in cui la stessa non possa che essere assicurata dall’applicazione di norme pubblicistiche) esclusi-

con le quali il Comune aveva deciso di ridurre la propria partecipazione azionaria in un’azienda municipale trasformata in società per azioni, operandone la privatizzazione ai sensi della l. n. 474 del 1994, e di adottare modifiche allo statuto della società stessa.

²⁸ Cfr. l’art. 2 d.l. 31 maggio 1994, n. 332 conv. con l. 30 luglio 1994, n. 474 nel quale la giurisdizione del Tar Lazio è prevista con riferimento all’esercizio dei poteri speciali di cui alle lettere *a) – c)*, ma non per la nomina, secondo la lett. *d)*, di un amministratore senza diritto di voto (delle norme di cui all’art. 2 d.l. n. 332/1994, l’art. 3 d.l. 15 marzo 2012, n. 21 conv. con l. 11 maggio 2012, n. 56, ha disposto l’inefficacia e l’abrogazione a decorrere, rispettivamente, dalla data di entrata in vigore dei decreti, relativi a ciascun settore, di cui all’articolo 1, comma 1, e dei regolamenti, relativi a ciascun settore, di cui all’articolo 2, comma 1, del medesimo decreto n. 56/2012, e dalla data di entrata in vigore dell’ultimo dei decreti ovvero dei regolamenti che completano l’individuazione dei settori.

²⁹ In questi termini Cons. Stato, n. 10/2011, cit., nonché Cass., n. 30167/2011, cit..

³⁰ In tal senso v. sempre Cons. Stato, n. 10/2011, cit., e, nella giurisprudenza civile, Cass., n. 30167/2011, cit.

³¹ Cfr. sempre Cons. Stato, n. 10/2011, cit.; nello stesso senso già Tar Veneto, 15 aprile 2008, n. 968, in *Corr. merito*, 2008, 734 ss. con ulteriori richiami giurisprudenziali. Secondo Cass., n. 2505/2015, cit., “*la nomina e la revoca degli amministratori da parte dell’ente pubblico debbono essere ascritte agli atti societari a valle della scelta di fondo di utilizzazione del modello societario e restano perciò interamente assoggettate alle regole del diritto commerciale proprie del modello receptivo*”.

vamente sul piano della scelta dell'ente societario come modulo organizzativo della propria attività³²: essa non sembra condizionare, invece, la natura degli atti che si pongono a valle di tale scelta – con riferimento ai quali l'ente pubblico esercita i poteri ordinari dell'azionista – i quali, si rileva, “si traducono in atti societari sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo”, dovendo allora essere devoluti alla giurisdizione del giudice ordinario³³.

La soluzione interpretativa raggiunta – soluzione che ravvisa, come evidenziato, nella nomina e revoca extra-assembleare dell'ente pubblico l'esercizio di un potere avente natura privatistica – è ritenuta l'unica rispettosa del disposto dell'art. 2449 c.c., a stregua del quale gli amministratori nominati dal socio pubblico “*hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea*”: norma che risulterebbe violata, si rileva, qualora l'amministratore revocato potesse accedere ad una tutela (non solo obbligatoria, come lo è quella accordata dal giudice ordinario ai sensi dell'art. 2383 c.c. ma anche) reale, tale cioè da consentirgli la reintegra nel proprio ufficio³⁴.

Ulteriore conferma di tale tesi era inoltre tratta, dalle Sezioni Unite, dalla clausola ermeneutica generale contenuta nel d.l. 95 del 2012³⁵, la quale, per le

³²In tal senso v. Cons. Stato, n. 3346/2003, cit.; Tar Calabria, n. 1984/2006, cit., ove espressamente si rileva che “*sebbene gli atti di nomina e revoca di amministratori e sindaci ai sensi dell'art. 2449 c.c., possano in concreto coinvolgere interessi di matrice pubblicistica, tale circostanza è ininfluenza ai fini del riparto di giurisdizione*”; Tar Liguria, n. 756/2004, cit., secondo cui “*il potere di nomina degli amministratori attribuito dal combinato disposto dell'art. 2458 c.c. e dalle corrispondenti previsioni statutarie, agli enti pubblici soci di una società di capitali deve intendersi attribuito agli enti pubblici nella loro qualità di soci ... e non nella loro veste di pubbliche amministrazioni, il cui solo carattere soggettivo di organismi preposti alla cura dell'interesse pubblico resta del tutto irrilevante ai fini della configurazione normativa delle modalità di esercizio dei diritti del socio (quando questo sia anche un ente pubblico)*”.

³³Così Cons. Stato, n. 10/2011, cit.

³⁴V. sempre Cass., n. 1237/2015, cit., secondo cui, qualora di pervenisse ad una diversa conclusione, ne risulterebbe l’“implicito riconoscimento di una posizione “privilegiata” del socio pubblico rispetto ai soci privati, in contrasto con l’affermato principio di parità di trattamento tra gli azionisti”.

³⁵Così, in particolare, Cass., n. 1237/2015, cit., ove più dettagliatamente si legge che “*qualsiasi dubbio circa l'inquadramento “privatistico” delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici, la cui specifica disciplina sia contenuta esclusivamente o prevalentemente nello statuto sociale – quindi qualsiasi dubbio circa l'attribuzione della giurisdizione a conoscere le relative controversie al Giudice ordinario o al Giudice amministrativo – deve oggi essere risolto alla luce del su menzionato D.L. n. 95 del 2012, art. 4, comma 13, quarto periodo ... tale norma infatti ... ha natura esplicitamente interpretativa e ... si caratterizza quale ... norma di chiusura “salvo deroghe espresse”, ed impone all'interprete, il quale dubiti*

società a partecipazione pubblica, esigeva una deroga espressa al diritto comune per escluderne l'applicazione³⁶: clausola oggi sostituita dal disposto dell'art. 1, comma 3 d.lgs. n. 175/2016, il quale limita tale esclusione alle sole deroghe recate dal medesimo T.U.

A diversa conclusione – quella cioè di ritenere integrata la giurisdizione del giudice amministrativo, essendo quello esercitato dal socio pubblico un potere avente natura pubblicistica – si giunge nel panorama giurisprudenziale così delineato – fatte salve alcune, isolate, pronunce – soltanto in alcune, specifiche, ipotesi: i. quella in cui la preposizione extra-assembleare non abbia fonte negoziale (non possa, cioè, considerarsi, secondo la ricostruzione operata dalla Corte di cassazione, espressione di autonomia privata³⁷) ma normativa, e dun-

dell'interpretazione di “disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica”, di optare “comunque” per l'applicazione della disciplina del codice civile in materia di società di capitali”.

³⁶ Una norma del medesimo tenore è peraltro già da tempo contenuta nello statuto legale di Rai s.p.a.: ciò, tuttavia, non ha impedito alla giurisprudenza di ampliare, in via sistematica, il numero delle deroghe al diritto comune che la mera interpretazione letterale della norma avrebbe consentito. Secondo la previsione dell'art. 49, comma 2, d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177 “Per quanto non sia diversamente previsto dal presente testo unico la RAI-Radiotelevisione italiana Spa è assoggettata alla disciplina generale delle società per azioni, anche per quanto concerne l'organizzazione e l'amministrazione”. Lo stesso art. 49, comma 8 (prima della sua modifica ad opera dell'art. 2, comma 1, lett. e) l. 28 dicembre 2015, n. 220), disponeva che “*Il rappresentante del Ministero dell'economia e delle finanze, nelle assemblee della società concessionaria convocate per l'assunzione di deliberazioni di revoca o che comportino la revoca o la promozione di azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, esprime il voto in conformità alla deliberazione della Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi comunicata al Ministero medesimo*”. La Corte di Cassazione, a sezioni unite, con ordinanza 22 dicembre 2009, n. 27092, considerata “*la natura sostanziale di ente assimilabile a una amministrazione pubblica che le va riconosciuta, nonostante l'abito formale che riveste di società per azioni*”, ha dichiarato la giurisdizione del giudice contabile in ordine alle azioni di responsabilità amministrativa esercitate nei confronti degli amministratori di Rai s.p.a., non implicando “*la previsione legislativa della possibilità di promuovere nei confronti dei componenti del consiglio di amministrazione della RAI l'ordinaria azione civilistica di responsabilità ... l'esclusione dell'esperibilità dell'azione di responsabilità amministrativa davanti al giudice contabile*”.

³⁷ Nella pronuncia resa da Cass., n. 1237/2015, cit., si legge come lo statuto della società riproducesse “*sostanzialmente e senza deroga alcuna la disciplina codicistica, il che dimostra sia che la fonte esclusiva di tale disciplina è costituita da un atto tipico espressivo di autonomia privata, sia che anche i predetti soci pubblici, titolari di dette partecipazioni azionarie, “si assoggettano alla legge della società per azioni”, uti soci e jure privatorum appunto, e non jure imperii*”; in senso analogo anche una parte della giurisprudenza amministrativa: cfr., in particolare, Cons. Stato, n. 3346/2003, cit.; Tar Calabria, n. 1984/2006, cit.; Tar Sardegna, 21 settembre 2005, n. 1920, cit.

que nel caso di società disciplinate con norme di diritto singolare³⁸; ii. nel caso, ancora, di società che, secondo una distinzione affiorata in alcune pronunce della giurisprudenza, esercitano attività (non imprenditoriale ma) amministrativa³⁹ (ipotesi, quest'ultima, nella quale peraltro l'ente si configura per lo più come di diritto singolare), dovendosi anche in tal caso ritenere che all'atto della preposizione l'ente pubblico eserciti un potere pubblicistico⁴⁰.

³⁸ Cfr. in tal senso Tar Sardegna, 21 settembre 2005, n. 1920, cit., ove peraltro il potere di nomina e revoca diretta era attribuito dalla legge all'ente pubblico indipendentemente dalla sua qualità di azionista della società. Secondo il giudice amministrativo, trovando "il potere in esame ... diretta e unica fonte nella legge", "*la Regione ha agito ... non nella sua qualità di socio, ma nella sua veste di pubblica amministrazione, esercitando un potere di natura pubblicistica, con conseguente soggezione dei provvedimenti adottati alla disciplina propria degli atti amministrativi*". Sul punto potrebbe obiettarsi che il disposto dell'abrogato art. 2450 c.c. poneva, con riferimento alla fonte del potere di nomina e revoca riconosciuto al socio pubblico, la legge e lo statuto della società sullo stesso piano. Qualche perplessità è stata inoltre manifestata a proposito della relazione biunivoca – implicitamente postulata dalla giurisprudenza riportata – tra la fonte legislativa e la natura autoritativa della preposizione (in tal senso Tar Calabria, 18 dicembre 2006, n. 1984, in *Società*, 2007, 763).

³⁹ Con riferimento a tali società – regolate, per lo più, secondo quanto rilevato nel testo, con leggi *ad hoc* – la giurisprudenza ritiene che competente a conoscere delle controversie originate dall'impugnazione degli atti di nomina e revoca dei componenti degli uffici dell'ente – qualificati come atti amministrativi – sia il giudice amministrativo; in tal senso Cons. Stato, 11 gennaio 2013, n. 122, pubbl. su *leggiditalia.it*, il quale ha statuito che l'Istituto Luce-Cinecittà s.r.l. deve "*essere qualificata come una società pubblica che svolge, esternamente, attività non economica ma di rilievo amministrativo corrispondente agli interessi pubblici perseguiti dal MIBAC*", rilevando che "*tale qualificazione si riflette sull'attività interna alla società e sulla preposizione dei suoi organi*": "*l'atto di nomina del consiglio di amministrazione dell'Istituto Luce-Cinecittà s.r.l., adottato dal MIBAC, è un vero e proprio atto amministrativo mediante il quale è stato dato luogo ad un organo deputato a porre in essere ... un'attività di rilievo amministrativo. La giurisdizione su tale atto spetta, pertanto, al giudice amministrativo*"; un cenno alla distinzione evidenziata (pur ravvisando, nel caso concreto, l'esercizio di un'attività imprenditoriale da parte della società), in Tar Calabria, Reggio Calabria, 15 gennaio 2015, n. 4, pubbl. su *dejure.it*; Tar Lazio, 25 marzo 2015, n. 4587, cit.

⁴⁰ La tesi, avanzata da qualche isolata pronuncia della giurisprudenza, per cui l'esistenza di una particolare relazione tra la società e l'ente preponente – tale da porre la prima (c.d. in house) in un rapporto di subordinazione gerarchica rispetto al secondo – si rifletterebbe anche sulla natura (autoritativa) degli atti di preposizione (in tal senso Tar Lecce, 24 febbraio 2010, n. 622, in *Foro amm.-Tar*, 2010, 1024 ss.), è stata invece superata da alcune recenti pronunce delle Sezioni Unite. Argomentando, in particular modo, dalla norma interpretativa di cui all'art. 4, comma 13, d.l. n. 95/2012 (oggi, come si diceva, trasfusa nel d.lgs. n. 175/2016) – e, in via generale, dalla disciplina applicabile agli enti anzidetti a stregua del recente T.U. – la Corte di legittimità ha infatti ritenuto che, anche per le società *in house*, nella materia considerata – in mancanza di "*specifiche disposizioni in contrario o ragioni ostative di sistema*" – si debba giungere alla medesima conclusione interpretativa elaborata con riferimento alle società regolate dal diritto comune (così,

I principi elaborati in punto di nomina e revoca diretta degli amministratori sono richiamati dalla giurisprudenza anche nel caso della loro nomina e revoca assembleare al fine di attribuire al giudice ordinario la cognizione sulle relative controversie⁴¹: anche in tale ipotesi, invero, l'atto privatistico – e cioè il voto esercitato dall'ente pubblico – è preceduto da un atto prodromico, costituito dall'atto pubblicistico, di formazione della volontà dell'ente. Non diversamente da quanto avviene nel caso della nomina e revoca extra-assembleare: negli stessi termini, dunque, si pone, nelle due fattispecie il problema del rapporto tra le due vicende, pubblicistica e privatistica, che, rispettivamente, scandiscono l'esercizio del voto nonché la nomina e revoca diretta da parte dell'ente pubblico e, precisamente, l'interrogativo circa gli effetti che l'invalidità della prima è in grado di sortire sulla seconda⁴².

Nel caso della revoca assembleare degli amministratori, l'autonoma impugnabilità dell'atto amministrativo prodromico (sul punto si avrà modo di tor-

in particolare, Cass., Sez. Un., 1° dicembre 2016, n. 24591, cit.). Deve tuttavia rilevarsi che, nell'attribuire alla cognizione del giudice ordinario le controversie inerenti la nomina e revoca diretta dei componenti degli organi sociali, le Sezioni Unite avevano in più di un'occasione espressamente escluso che le società partecipate dall'ente pubblico-titolare del potere di proposizione diretta si qualificassero come *in house*. Così facendo, la Corte (cfr., in particolare, Cass. n. 2505/2015, cit., ma anche Cass. n. 1237/2015, cit.) aveva (quasi) *a contrario* lasciato intendere che tale conformazione peculiare dell'ente societario avrebbe potuto giustificare la sottrazione della controversia all'incidenza dei principi enunciati. Le ragioni della puntualizzazione addotta dalla Corte nelle sentenze menzionate sono da rinvenirsi nella conclusione cui la stessa è recentemente pervenuta relativamente al diverso problema della giurisdizione nei giudizi di responsabilità promossi nei confronti degli amministratori di società *in house*; conclusione nella quale la Cassazione si è discostata dall'orientamento che la medesima aveva, invece, ritenuto di seguire nel caso di società partecipate da enti pubblici e regolate dal diritto azionario comune. Ed invero, le Sezioni Unite hanno rilevato come i requisiti delle società *in house* – quelli, rispettivamente, i. della natura esclusivamente pubblica dei soci, ii. della prevalenza dell'attività in favore dei soci stessi e iii. del controllo c.d. analogo – siano tali da farne, “quanto meno ai limitati fini del riparto di giurisdizione” nei giudizi di responsabilità, delle articolazioni interne della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi. Di qui il ricorrere, in tale ipotesi, i “di un vero e proprio rapporto di servizio” tra l'amministratore e la società – come tale intendendosi non solo il ricorrere di un rapporto di impiego in senso proprio, ma anche “la relazione funzionale caratterizzata dall'inserimento del soggetto nell'apparato organico dell'ente e nell'attività di questo suscettibile di rendere il primo compartecipe dell'operato del secondo” – nonché ii. di un danno (da qualificarsi come) erariale: elementi, in presenza dei quali la giurisdizione è da riconoscersi – secondo la soluzione oggi accolta anche nel T.U. – alla Corte dei Conti.

⁴¹ Cfr. Cass., 3 ottobre 2016, n. 19676, pubbl. su *BancaDati24*; Cass. n. 2505/2015, cit.

⁴² Sul punto v. anche MARTUCCI, *Revoca degli amministratori nominati dall'ente pubblico azionista e giurisdizione*, in *Giur. comm.*, 2016, II, 1050 ss., spec. 17.

nare) è stata ammessa nell'ipotesi dell'esercizio del potere di revoca ai sensi dell'art. 6 legge n. 145/2002 (c.d. *spoil system*), avendo il giudice amministrativo ritenuto che in tal caso lo stesso sia "riconosciuto dall'ordinamento giuridico al Governo o al Ministro in quanto tale e non nella veste di azionista", configurandosi come esercizio di un potere autoritativo⁴³.

Vero è, che in tale ipotesi (nella quale la revoca era motivata da motivazioni squisitamente politiche) e non in altre (di revoca sia assembleare che extra-assembleare) il vizio dell'atto pubblicistico prodromico è stato ritenuto dal giudice amministrativo rilevante rispetto alla (successiva) vicenda privatistica (la delibera assembleare di revoca), nonostante l'atto privatistico, secondo quanto rilevato, sia sempre preceduto da un atto deliberativo interno dell'ente pubblico.

4. Gli interessi posti a fondamento della polemica

A conclusione delle posizioni espresse dalla dottrina e dalla giurisprudenza in merito al potere di nomina e revoca diretta riconosciuto al socio pubblico dall'art. 2449 c.c., deve ancora dedicarsi qualche ulteriore cenno alle diverse istanze di tutela sottese alla decennale diatriba. Particolarmente significativa appare in tale prospettiva – per ciò che concerne il più recente orientamento

⁴³ In tal senso Tar Lazio, 30 maggio 2008, n. 5317, in *Foro amm.-TAR*, 2008, 1702 ss., la cui pronuncia è stata confermata da Cons. Stato, 2 marzo 2011, n. 1305, pubbl. su *dejure.it*. Il Tar ha ritenuto che appartenesse alla sua cognizione l'atto di indirizzo con il quale il Ministro per i beni culturali e ambientali aveva disposto la revoca del consiglio di amministrazione di Cinecittà Holding s.p.a., dovendo invece essere devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario la successiva revoca deliberata dall'assemblea della società (a partecipazione esclusivamente pubblica). Secondo il Consiglio di Stato, essendo l'atto di esercizio del potere riconosciuto dalla l. n. 145/2002 di "alta amministrazione", "poiché in funzione di collegamento tra indirizzo politico e attività amministrativa ... a fronte di esso, la posizione del privato componente l'organo di vertice interessato è di interesse legittimo". Secondo il disposto dell'art. 6, l. n. 145/2002 "Le nomine degli organi di vertice e dei componenti dei consigli di amministrazione o degli organi equiparati degli enti pubblici, delle società controllate o partecipate dallo Stato, delle agenzie o di altri organismi comunque denominati, conferite dal Governo o dai Ministri nei sei mesi antecedenti la scadenza naturale della legislatura ... o nel mese antecedente lo scioglimento anticipato di entrambe le Camere, possono essere confermate, revocate, modificate o rinnovate entro sei mesi dal voto sulla fiducia al Governo". In un precedente parere (Cons. Stato, 27 febbraio 2003, n. 524 bis/2003, in *Foro it.*, 2003, III, 445 ss.), il Consiglio di Stato aveva ritenuto che la norma configurasse una giusta causa legale di cessazione dell'incarico – specificando che il provvedimento di revoca non dovesse recare alcuna specifica motivazione ed – escludendo (con riferimento agli amministratori) l'applicabilità dell'art. 2383 c.c. Aderisce a tale ricostruzione BLANDINI, *La nomina e la cessazione dell'organo amministrativo di società pubblica*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, 2014, 917 ss., spec. 927 ss.

privatistico della giurisprudenza – l’evidenziazione del principio c.d. “della parità di *status*” tra gli amministratori di nomina assembleare e diretta, avuto riguardo alle conseguenze che dalla sua violazione sono fatte conseguire. Il problema, come evidenziato, è affrontato con riferimento specifico all’ipotesi in cui l’amministratore sia stato revocato dal proprio ufficio, rilevandosi come al riconoscimento, in suo favore, di una tutela reale (accordata dinnanzi alla giurisdizione amministrativa) conseguirebbe la lesione del principio di parità sancito dall’art. 2449 c.c., il quale “*implica indefettibilmente parità di tutela*”, nonché, si evidenzia, “*l’implicito riconoscimento di una posizione “privilegiata” del socio pubblico rispetto ai soci privati, in contrasto con [il] principio di parità di trattamento tra gli azionisti*”⁴⁴. Principio, quest’ultimo, tutelato dall’ordinamento comunitario (cfr. art. 63 TFUE), con il quale, si rileva, ogni riconoscimento (se non in limitate ipotesi di tutela del pubblico interesse) di “poteri speciali” in favore del socio pubblico si pone, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, irrimediabilmente in contrasto.

Di qui, come risulta dal quadro giurisprudenziale delineato, la riconduzione al diritto privato della vicenda di revoca, qualificandosi come privatistico il potere esercitato dal socio e, specularmente, in termini di diritto soggettivo la situazione giuridica dell’amministratore revocato. Corollario di tale ricostruzione è l’attribuzione delle controversie originate dall’impugnazione della revoca non al giudice amministrativo – la cui cognizione, secondo il disposto dell’art. 7 c.p.a., è subordinata all’esercizio di potere amministrativo da parte del soggetto pubblico – ma al giudice ordinario, il quale, si rileva, deve “*limitarsi alla tutela risarcitoria di cui all’art. 2383 c.c., comma 3, nel caso di revoca priva di giusta causa*”⁴⁵.

Dalla qualificazione privatistica del potere riconosciuto al socio pubblico ex art. 2449 c.c. la medesima giurisprudenza sembra inoltre far discendere l’irrelevanza della vicenda pubblicistica “a monte” (ossia dell’atto deliberativo interno dell’ente pubblico), evidenziandosi come residui “*semmai la necessità di assicurare comunque*” – e cioè, sembrerebbe intendersi, malgrado non trovino, nella vicenda, applicazione le regole proprie degli atti amministrativi – “*il controllo sulla legittimità della revoca disposta dall’ente pubblico, che il giudice ordinario può ben esercitare proprio ai sensi del richiamato art. 2383 c.c., secondo i generali canoni della correttezza e buona fede*”. In altre parole, avendo la revoca natura privatistica (di qui, correttamente, l’attribuzione della controversia al giudice ordinario), la stessa sarebbe sindacabile – secondo le

⁴⁴ In questi termini Cass. n. 1237/2015, cit., cui *adde* Cass. n. 19676/2016, cit.

⁴⁵ Così ancora Cass. n. 1237/2015, cit.

limitazioni che la Corte di cassazione sembra porre alla cognizione del giudice ordinario – esclusivamente secondo criteri privatistici, come avviene nelle altre ipotesi in cui la pubblica amministrazione agisca *iure privatorum* al fine di sindacare il potere da questa esercitato (ad esempio, nel caso degli atti datoriali assunti nell’ambito dei rapporti di lavoro “privatizzato” alle dipendenze della pubblica amministrazione⁴⁶). Vero è, che i criteri della correttezza e buona fede (così come anche il divieto dell’abuso del diritto⁴⁷), muovendo da una prospettiva relazionale⁴⁸, consentono all’autorità giudiziaria un sindacato meno ampio e meno penetrante (nel quale, comunque, la rispondenza dell’atto all’interesse pubblico non rileva direttamente⁴⁹) sull’esercizio di poteri fun-

⁴⁶ Cfr. Cass., Sez. lav., 2 maggio 2003, n. 6714, pubbl. su *leggiditalia.it*, ove si rileva come tali principi “*che operano sia nell’ambito dei singoli rapporti obbligatori (art. 1175 c.c.) sia del complessivo assetto di interessi sotteso all’esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), non introducono nei rapporti giuridici diritti ed obblighi diversi da quelli legislativamente o contrattualmente previsti, ma sono destinati ad operare all’interno dei rapporti medesimi, in funzione integrativa di altre fonti, con la conseguenza che rilevano ... come modalità di comportamento delle parti ai fini della concreta realizzazione delle posizioni di diritto o di obbligo, e ... si pongono nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente assunta o legislativamente imposta così concorrendo, da un lato, alla relativa conformazione, in senso (eventualmente) ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente e, dall’altro, consentendo al giudice di verificarne la coerenza con i valori espressi nel rapporto*”. Il comportamento del datore di lavoro viene dunque valutato in termini di adempimento-inadempimento agli obblighi cui il medesimo datore di lavoro è tenuto in base alla legge e al contratto integrato dai richiamati principi di correttezza e buona fede (cfr. in tal senso Cass., 14 dicembre 2001, n. 15810, pubbl. su *leggiditalia.it*).

⁴⁷ La figura dell’abuso di potere è utilizzata in modo sostanzialmente equivalente all’obbligo di buona fede.

⁴⁸ In questi termini LIBERTINI, *Poteri funzionali, interessi legittimi e diritto privato*, cit., *Libertà d’impresa, poteri privati e controlli delle autorità indipendenti*, in AA.VV., *Tutela dei diritti e sistema ordinamentale*, Napoli, 2012, 97 ss., spec. 108 ss.: “*la dottrina del dovere di buona fede ... muove ... da una prospettiva relazionale: due soggetti sono legati da un rapporto giuridico bilaterale e uno dei due, attraverso l’esercizio di facoltà, pretese o (soprattutto) diritti potestativi, può danneggiare l’altra parte in modo sproporzionato rispetto al soddisfacimento del proprio interesse, garantito dall’attribuzione del diritto soggettivo; in tal caso, il principio di solidarietà impone un’autolimitazione delle scelte egoistiche ed impone il rispetto di doveri di protezione di interessi altrui*”.

⁴⁹ Cfr., con riferimento agli atti datoriali assunti dalla p.a., DI LULLO, *L’invalidità degli atti della pubblica amministrazione in veste di datore di lavoro*, in Cerulli Irelli-De Lucia (a cura di), *L’invalidità amministrativa*, Torino, 2009, 471 ss., spec. 485, ove si rileva come “*non vi ... [sia] un rilievo diretto della rispondenza dell’atto datoriale all’interesse pubblico ... ciò che il Giudice verifica ... è che il datore di lavoro nell’usare il proprio potere datoriale, non abbia leso la posizione giuridica del lavoratore, nel senso che non abbia posto in essere una condot-*

zionali (nel caso specifico, sull'atto privatistico a valle) rispetto a quello che dalla medesima può invece essere compiuto sugli atti di esercizio del potere pubblico (e, nell'ipotesi qui considerata, sull'atto pubblicistico a monte) nella prospettiva del divieto di eccesso di potere⁵⁰: vizio, quest'ultimo, comprensivo di tutte le ipotesi di esercizio inadeguato o inefficiente del potere stesso rispetto all'interesse in funzione del quale esso è stato riconosciuto⁵¹.

Delineati i vincoli, di origine comunitaria, entro cui la ricostruzione del potere di nomina e revoca diretta del socio pubblico è stretta, deve, tuttavia, rilevarsi come il quadro normativo – incentrato, con riferimento alla revoca, sul disposto dell'art. 2383 c.c. – entro cui le argomentazioni svolte dalla giurisprudenza sono ricondotte al fine di escludere, in nome della “parità di *status*” degli amministratori, ogni scrutinio pubblicistico sull'atto proveniente dall'ente pubblico, fornisca una rappresentazione solo parziale delle regole che, nel diritto azionario comune, disciplinano la revoca dei componenti dell'ufficio amministrativo della società. Ed invero, l'art. 2383 c.c. riconosce sì all'amministratore revocato un rimedio solo risarcitorio, il cui fondamento è da rinvenirsi nella cessazione anticipata – non assistita da giusta causa – del rapporto di servizio intercorrente con la società⁵²: per diritto comune, infatti, l'amministratore – non importa se nominato nell'atto costitutivo della società o dall'organo assembleare – gode di stabilità (solo) personale, stante l'espressa previsione per cui “*gli amministratori sono revocabili in qualunque tempo*” (art. 2383, comma 3 c.c.)⁵³; ed alla medesima conclusione deve, certamente, pervenirsi anche con riferimento all'amministratore nominato in via diretta

ta inadempiente agli obblighi previsti dalla legge, dagli atti organizzativi e dal contratto integrato dai principi di correttezza e buona fede che operano nell'ambito dell'esecuzione del contratto medesimo ... il soddisfacimento dell'interesse pubblico, secondo i principi propri dell'azione amministrativa fissati nella Costituzione e nell'art. 1 della L. n. 241/1990 non sembra assumere un rilievo diretto ed autonomo ai fini della valutazione in termini di validità-invalidità degli atti adottati dalla P.A. nell'ambito della gestione del rapporto di lavoro”.

⁵⁰ Cfr. ancora LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello “istituzionalismo debole”*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 669 ss., spec. 686.

⁵¹ V. sempre LIBERTINI, *op. ult. cit.*, 685 s., ove si rileva come, diversamente, sul terreno privatistico, possa essere accordata tutela, mediante il ricorso alla figura dell'abuso del diritto, esclusivamente all'ipotesi dello sviamento di potere.

⁵² Sulla distinzione tra “rapporto d'ufficio” e “rapporto di servizio” v. SPADA, *Istituzione dell'Ufficio, preposizione all'Ufficio e assunzione del preposto (Profili sistematici della “revoca” dei sindaci facoltativa nella nuova società a responsabilità limitata)*, in *Studi e Materiali*, 2009, II, 668 ss.

⁵³ Sul punto v. ancora SPADA, *op. ult. cit.*, 31 s., 41 s.

dall'ente pubblico, dovendo, nella fattispecie considerata, trovare applicazione residuale lo statuto legale della società per azioni. L'esperienza del rimedio risarcitorio, tuttavia, presuppone la validità della decisione con cui (nel diritto comune e nel sistema "tradizionale") l'assemblea abbia provveduto a rimuovere l'amministratore dal rapporto d'ufficio, salva, in caso contrario – nell'ipotesi, ad esempio, in cui il voto determinante del socio sia stato viziato da errore – la sua impugnabilità, da parte anche del revocato⁵⁴, con conseguente reintegra dell'amministratore nel proprio ufficio⁵⁵.

Se così è, deve osservarsi come non sia la reintegra in sé a violare, secondo quanto la giurisprudenza sembra prospettare, il principio della "parità di status", degli amministratori e dei soci, pubblico e privato. Esigenze di simmetria nella disciplina della preposizione assembleare e diretta – esigenze il cui fondamento normativo è da rinvenirsi proprio nel disposto dell'art. 2449 c.c.⁵⁶ – inducono, al contrario, a rilevare che duplice – inerente cioè il rapporto d'ufficio, da un lato, quello di servizio, dall'altro – debba essere il rimedio esperibile rispetto all'atto di preposizione, indipendentemente dall'ufficio preponente⁵⁷. Potrebbe anzi ritenersi – sul punto si avrà modo di tornare – che la rilevanza, sul piano dell'organizzazione societaria, riconosciuta alla nomina e revoca diretta degli amministratori da parte del socio pubblico, implichi che altrettanto rilevanti, per la società, debbano considerarsi i vizi della sua decisione⁵⁸.

Ciò che tuttavia rende probabilmente tale conclusione poco accettabile agli occhi della giurisprudenza, è la peculiarità dei principi – la cui inderogabilità è invece posta a fondamento dell'orientamento pubblicistico della nomina extraassembleare – cui l'attività (deliberativa interna) di ogni soggetto pubblico è informata: attività che – in termini generalissimi – è connotata non già – come avviene per il soggetto privato – dalla libertà della sua azione, bensì dalla fun-

⁵⁴ Sul punto v. *infra* par. 5.

⁵⁵ Sul punto v., in generale, sempre SPADA, *op. cit.*, 54 ss.

⁵⁶ Osserva come la parificazione degli amministratori di nomina assembleare e diretta, operata dall'art. 2449, comma 2, c.c. con riferimento ai loro "diritti" ed "obblighi", si estenda anche ai loro "poteri" e "doveri", DONATIVI, *op. cit.*, 408 ss.

⁵⁷ Cfr. ROMAGNOLI, *Le società degli enti pubblici*, cit., 484, ove si evidenzia come il diritto societario consenta di sospendere la delibera assembleare di revoca, cosicché "il mancato riconoscimento d'analogia garanzia ai designati dalla parte pubblica comporterebbe un'ingiustificata disparità di trattamento di questi ultimi".

⁵⁸ Questa è, del resto, la soluzione adottata, come si vedrà, nel recente T.U. Un cenno in tal senso già in ROMAGNOLI, *op. loc. cit.*, rilevando come l'effetto della determinazione extrassembleare si realizzi e si stabilizzi "se vengono rispettate tutte le condizioni poste dall'ordinamento per una determinata fattispecie ... definita anche in ragione della natura del soggetto cui è imputabile l'atto".

zionalizzazione di questa al perseguimento dell'interesse pubblico. Di tale funzionalizzazione sono espressione i principi che devono informare l'attività della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) e, conseguentemente, le regole che ne disciplinano gli atti (di formazione della sua volontà) e i loro vizi (quelli dell'incompetenza, della violazione di legge e dell'eccesso di potere). Regole che, per ciò che in questa sede più specificamente rileva, all'irrelevanza dei motivi che informano l'attività privata contrappongono la rilevanza delle motivazioni poste, invece, a fondamento dell'attività pubblica: *“luogo privilegiato dell'indagine del Giudice per la verifica della eventuale sussistenza dei vizi concernenti la funzione”*⁵⁹.

Prospettiva, questa, ma alla questione può in questa sede solo accennarsi, nella quale si pone la più recente giurisprudenza costituzionale sullo *spoil system*, il quale (se compatibile con la revocabilità *ad nutum* degli amministratori di società per azioni, salvo il loro diritto al risarcimento del danno quando la revoca – nella prospettiva dell'ordinamento societario – non sia assistita da giusta causa⁶⁰) è giudicato dalla Corte non conforme all'art. 97 Cost. (e, specificamente, ai principi di continuità, buon andamento e trasparenza della pubblica amministrazione) nella misura in cui dalla legge venga disposta la decadenza automatica o, comunque, del tutto discrezionale – dovuta a cause estranee alle vicende del rapporto d'ufficio – di figure tecnico-professionali, titolari di funzioni gestionali e di esecuzione dell'indirizzo politico, esigendosi (come è stato rilevato con riferimento specifico alla legge n. 145/2002⁶¹) da parte del soggetto revocante una adeguata ed esauriente motivazione ed una puntuale attività istruttoria⁶².

⁵⁹ Così Di Lullo, *op. cit.*, 484.

⁶⁰ In giurisprudenza v., recentemente, App. Milano, 5 aprile 2016, n. 1299, cit., modificando l'orientamento fino a quel momento seguito dalla medesima Corte (cfr. App. Milano, 5 maggio 2010, in *Società*, 2011, 262 ss.); in dottrina v. IBBA-DEMURO, *sub art. 2449*, cit., 2847, i quali rilevano come l'equiparazione tra amministratori di nomina, rispettivamente, assembleare e pubblica, debba riflettersi *“anche nell'individuazione della giusta causa di revoca, escludendo che essa possa essere fondata su motivazioni politiche ed extrasocietarie”*; MARTUCCI, *Revoca degli amministratori nominati dall'ente pubblico azionista e giurisdizione*, cit., 1062 s.

⁶¹ Così Tar Lazio, 8 aprile 2003, n. 3276, pubbl. *su leggiditalia.it*.

⁶² Cfr. da ultimo Cost., 15 dicembre 2016, n. 269 e Cost., 12 gennaio 2016, pubbl. *su cortecostituzionale.it*. In tal senso la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 6, comma 3, l.reg. Sic. n. 30/2000 ha indotto Trib. Palermo, 13 febbraio 2013, in *Società*, 2013, 1036 ss. (con riferimento alla preposizione diretta dei membri del collegio sindacale), ad escludere dal meccanismo di decadenza automatica previsto da tale norma le nomine dei membri del collegio sindacale demandate al Sindaco del Comune quale azionista della società partecipata; nello stesso

Non è allora forse un caso che solo in tale ipotesi – ossia di macroscopiche carenze del procedimento amministrativo a monte – la giurisprudenza amministrativa, come si è rilevato, abbia ammesso l'autonoma impugnazione dell'atto amministrativo prodromico, stante l'eventualità che la tutela pubblicistica, accordata rispetto a quest'ultimo, restasse assorbita dalla disciplina della vicenda privatistica.

Vero è, che anche nella prospettiva accennata, il sindacato richiesto all'autorità giudiziaria non sembra in nessun modo violare il predetto principio di parità, trattandosi – non diversamente da quanto potrebbe prospettarsi (vi si tornerà in seguito) laddove ufficio preponente sia una persona fisica – di accertare, con riferimento all'atto proveniente dall'ente pubblico, la corretta formazione della volontà di questo, subordinando al rispetto delle specifiche regole che ne disciplinano l'agire la stabilità della nomina o revoca dell'amministratore.

Non è tuttavia questo, come rilevato, l'orientamento della giurisprudenza, incline a negare qualsiasi rilevanza alla vicenda pubblicistica a monte rispetto alla vicenda privatistica a valle, così di fatto escludendo che la nomina e revoca degli amministratori siano atti direttamente funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico⁶³.

Delle implicazioni, d'altra parte, nella prospettiva della tutela dell'interesse pubblico e, in generale, del rispetto del principio di legalità dell'azione amministrativa, che conseguono a tale orientamento (ossia all'accoglimento della

senso anche Trib. Brescia, 5 dicembre 2012, n. 10914, pubbl. su *ilcaso.it*, secondo cui “*deve escludersi che il cambio di maggioranza politica nel governo dell'ente pubblico socio possa, di per sé, giustificare la revoca degli amministratori se non vengono indicati fatti o atti ben precisi imputabili agli amministratori revocandi*”; Trib. Roma, 4 maggio 2016, pubbl. su *leggiditali.it*, ove si rileva che “*la giusta causa per la revoca dell'amministratore*” possa consistere “*anche in fatti che minino il 'pactum fiducia', elidendo l'affidamento risposto al momento della nomina sulle attitudini e capacità dell'amministratore*”, sempre che siano oggettivamente valutabili ... e non costituiscano ... il mero inadempimento ad una inesistente soggezione dell'amministratore stesso alle direttive del socio di maggioranza, pur se pubblico”. Esclude l'applicabilità del meccanismo di *spoil system* di cui all'art. 50 T.U.E.L. a soggetti privati e, nel caso specifico, ad una fondazione, “*non rientrante nelle categorie individuate dalla norma invocata caratterizzate da una connotazione eminentemente pubblicistica, ciò anche al fine di giustificare l'affidamento degli atti di nomina e revoca alla competenza dell'organo politico*”, Tar Liguria, Genova, 30 maggio 2008, n. 1168, pubbl. su *leggiditalia.it*.

⁶³ Sulla interferenza tra diritto commerciale ed amministrativo che il ricorso alla forma societaria da parte dell'ente pubblico provoca, v. ROMAGNOLI, *Le società degli enti pubblici*, cit., 473 ss., ove si rilevano gli effetti “distrittivi” di tale “difficile convivenza”, “*poiché il richiamo ora all'uno ora all'altro legittima sia la disapplicazione di regole codicistiche che l'esclusione di taluni atti dalle verifiche predisposte per le determinazioni amministrative*”.

“tesi privatistica”), la più recente giurisprudenza della Corte di cassazione appare consapevole. Nel devolvere alla cognizione del giudice ordinario le controversie originate dalla revoca degli amministratori di società partecipate dal socio pubblico, la Corte evidenzia infatti la conformità di tale soluzione interpretativa agli orientamenti espressi dalla Corte costituzionale, la quale, si rileva, “*ha ricondotto al diritto privato le disposizioni sulla nomina e sulla revoca degli amministratori ed ha sottolineato che l’intuitus personae sotteso al rapporto di nomina degli amministratori esclude la rilevanza immediata dei principi di cui all’art. 97 Cost., comma 2 (buon andamento ed imparzialità)*”⁶⁴.

5. “Pubblico” e “privato” nel recente T.U. in materia di società partecipate. Il reclutamento assembleare degli amministratori

Nel recente T.U. in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs. n. 175/2016), il rapporto tra normativa pubblicistica, ossia tra le regole deliberative interne dell’ente pubblico, e regole privatistiche, richiamate dal tipo di società partecipata dal medesimo, è disciplinato in relazione a più fattispecie⁶⁵.

Limitando, in questa sede, l’attenzione al tema specifico del reclutamento degli amministratori, può, ai fini della successiva disamina inerente la nomina e revoca extra-assembleare, rivelarsi utile fare cenno, in via preliminare, alle norme che nel T.U. sono volte, in via generale, a disciplinare l’esercizio dei diritti del socio e, dunque, per ciò che qui specificamente rileva, l’esercizio, da parte di quest’ultimo, del diritto di voto. In tale ipotesi, invero, risulta di particolare evidenza – avuto riguardo al tempo ed al luogo delle relative deliberazioni – la duplicità delle vicende che scandiscono l’attività del soggetto pubblico: quella *lato sensu* pubblicistica, interna all’ente, nella quale si esplica la sua attività decisionale; quella privatistica, esterna al medesimo, nella quale, con l’esercizio del diritto di voto, quanto deciso viene dichiarato⁶⁶.

⁶⁴ Cfr. in tal senso Cass. n. 1237/2015, cit.; Cass. n. 24591/2016, cit.

⁶⁵ Cfr., ad esempio, l’art. 7 T.U., ove con riferimento alla “Costituzione di società a partecipazione pubblica”, è previsto che la mancanza o invalidità dell’atto deliberativo interno con cui l’ente pubblico decida, nel rispetto delle norme a tal fine poste dal medesimo T.U., di partecipare alla società, provoca l’applicazione del diritto privato, ossia *i.* la liquidazione della partecipazione, da attuarsi nel rispetto di una procedura disciplinata richiamando le norme in materia di recesso; *ii.* lo scioglimento della società *ex art.* 2332 c.c. quando la partecipazione sia essenziale ai fini del conseguimento dell’oggetto sociale.

⁶⁶ In dottrina v. SALAFIA, *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o dagli enti pubblici*, in *Società*, 2001, 773 ss., spec. 775 s.; VERUCCI, *La revoca dell’amministratore no-*

A tale riguardo, è previsto, nell'art. 9 T.U., con riferimento alle società partecipate dallo Stato, che “i diritti del socio sono esercitati dal Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con altri ministeri competenti per materia”. Il T.U. individua dunque nel Mef l'organo-ufficio competente ad esercitare (eventualmente di concerto con gli altri dicasteri competenti) i poteri decisionali e dichiarativi in cui si esplica, secondo la rubrica del medesimo articolo, la “Gestione delle partecipazioni pubbliche”⁶⁷. Alla violazione di tale norma non consegue “l'invalidità delle deliberazioni degli organi della società partecipata, ferma restando la possibilità che l'esercizio del voto o la deliberazione siano invalidate in applicazione di norme generali di diritto privato” (art. 9, comma 6 T.U.)⁶⁸.

Il disposto di quest'ultima previsione normativa appare chiaramente inteso a delimitare le sfere, pubblicistica e privatistica, in cui, secondo quanto rilevato, si esplica l'esercizio, da parte dell'ente pubblico, dei diritti sociali (e del diritto di voto, in particolare), prevedendosi che l'eventuale vizio della vicenda pubblicistica – quella, come visto, in cui ha luogo la formazione della volontà dell'ente – (ad esempio, il mancato concerto del ministero competente per materia) non comporta di per sé l'invalidità della vicenda privatistica, ossia del voto esercitato dal socio pubblico o della deliberazione alla quale questo abbia partecipato.

Diverso era stato, al riguardo, prima dell'emanazione del T.U., l'orientamento seguito in una recente vicenda – quella della revoca di un consigliere di Rai s.p.a., a seguito della quale quest'ultimo aveva impugnato gli atti interni

minato dallo stato o da enti pubblici, cit., 35; D'ATTORRE, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione*, cit., 879 s. Distingue, con riferimento agli atti di nomina e revoca diretta, i profili di regolamentazione pubblicistica della determinazione volitiva dell'ente (“*dovuti al fatto che è quest'ultimo a 'produrre' la fattispecie*”) dai profili di regolamentazione privatistica (“*dovuti al fatto che è alla società che la fattispecie, una volta perfezionatasi, risulta giuridicamente 'imputata'*”), DONATIVI, *op. cit.*, 306 ss. L'autore riconduce gli atti predetti tra gli “atti amministrativi di diritto privato”, evidenziandone, tuttavia, la peculiarità nella circostanza che i profili pubblicistici e privatistici che convergono nei medesimi non si collocano, come solitamente avviene, in una complessa sequenza procedimentale, convergendo, invece, in un unico atto. Di qui la loro duplice e complessa natura.

⁶⁷ Che la norma considerata attribuisca al Ministero dell'economia e delle finanze un potere (anche) decisionale, è dimostrato dal concerto degli altri ministeri competenti per materia che dalla medesima è richiesto: concerto che non può che riguardare la decisione da prendersi in ordine all'esercizio dei diritti sociali che si tratta di esercitare.

⁶⁸ Secondo il disposto dell'art. 9, comma 6, T.U., “*La violazione delle disposizioni di cui ai commi da 1 a 5 e il contrasto con impegni assunti mediante patti parasociali non determinano l'invalidità delle deliberazioni degli organi della società partecipata ...*”.

dell'ente pubblico-socio – dalla giurisprudenza amministrativa⁶⁹. Nel caso in esame, infatti, il giudice amministrativo, rilevato come gli atti impugnati (e, specificamente, la direttiva con la quale il Ministro dell'economia e delle finanze aveva chiesto, per il tramite del Direttore generale del tesoro, al consiglio di amministrazione della società di convocare l'assemblea per la revoca dell'amministratore) non fossero, né per il soggetto che li aveva adottati né per il loro contenuto, di matrice privatistica⁷⁰, aveva proceduto all'annullamento della determinazione interna dell'ente (ritenuta illegittima per sviamento di potere) e ne aveva fatto conseguire la caducazione automatica della delibera assembleare di revoca, la quale, nell'atto annullato di convocazione dell'assemblea trovava, si rilevò, il proprio presupposto esclusivo (avendo il socio pubblico una partecipazione quasi totalitaria nella società, alla convocazione dell'assemblea, si rilevò, non poteva che conseguire la revoca dell'amministratore)⁷¹.

Questi essendo i principi applicati da una parte della giurisprudenza amministrativa anteriormente all'emanazione del T.U., deve rilevarsi come la norma recentemente introdotta dal medesimo suoni – in conformità a quanto enunciato dalla clausola generale di cui all'art. 1, comma 3 T.U. – come richiamo all'applicazione del diritto privato, disponendosi che è solo in applicazione delle regole societarie che il voto (ad esempio, perché esercitato da soggetto non legittimato) o la delibera (essendo, nell'ipotesi prospettata, il voto espres-

⁶⁹ Cfr. Tar Lazio, Roma, 16 novembre 2007, n. 11272, in *Foro it.*, 2008, III, 621 ss.

⁷⁰ Secondo il Tar, era agevole osservare che “la direttiva in questione [era stata] emanata da un ministro e che la qualificazione pubblicistica di detto organo e dei poteri autoritativi che [esso aveva] nella vicenda in esame esercitato” non veniva meno “per il fatto di aver dichiarato di agire quale socio della s.p.a.”.

⁷¹ In disaccordo con la pronuncia resa, rilevando come la richiesta di convocazione dell'assemblea non abbia integrato l'esercizio di un'attività materialmente amministrativa, essendo le note impugnate state volte ad esercitare i diritti del socio, ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica, poteri dei soci e riparto fra le giurisdizioni; spunti in tema di (atti sociali preordinati alla) revoca di un membro del Consiglio di amministrazione della RAI Radiotelevisione italiana s.p.a.*, in *Foro amm.-Tar*, 2008, 751 ss.; critico rispetto alla caducazione automatica della delibera assembleare pronunciata dal Tar anche LIBERTINI-MIRONE-SANFILIPPO, *sub art. 2377, 358 s. in nota*, in *L'assemblea di società per azioni. Artt. 2363-2379-ter*, Milano, 2016. La natura provvedimentale della direttiva impartita dal Ministro dell'economia al Direttore generale del dipartimento del tesoro era stata affermata anche da Tar Lazio, Roma, 7 giugno 2007, n. 2716, in *Foro amm.-Tar*, 2007, 1684 ss., con nota di GRUNER, *La revoca, da parte dell'azionista, dei membri del consiglio di amministrazione della RAI tra diritto pubblico e diritto privato*, 1686 ss., spec. 1694 ss., nella quale non si condivide la qualifica di atto amministrativo della direttiva impartita e la conseguente giurisdizione del giudice amministrativo sulla medesima.

so risultato determinante alla “prova di resistenza”) potranno essere invalidati e non, invece, in ragione di una (presunta) efficacia caducante che all’invalidità della determinazione interna dell’ente è stata (erroneamente) riconosciuta dal giudice amministrativo⁷².

Regola, questa, sancita con specifico riferimento all’eventualità in cui i diritti del socio vengano esercitati in violazione della norma posta dall’art. 9, comma 1 T.U.⁷³, la quale può, tuttavia, ritenersi espressione di un principio più generale, in virtù del quale della rilevanza di qualsiasi vizio della deliberazione interna dell’ente pubblico ai fini della validità del voto da lui espresso e della stabilità della delibera adottata, all’interprete è fatto obbligo di giudicare (esclusivamente) alla luce delle norme dell’ordinamento societario. (Della rilevanza del principio enunciato dà peraltro evidenza il fatto che le norme contenute nell’art. 9 T.U. si applicano anche “alle partecipazioni di pubbliche amministrazioni nelle società quotate”, le quali delle disposizioni del T.U. sono destinatarie anche se espressamente previsto⁷⁴).

Consegue, a quanto rilevato, che all’interesse pubblicistico tutelato dalle norme interne all’ente pubblico potrà, nel caso della loro violazione, essere apprestata (sia pure indirettamente, attraverso l’impugnazione della decisione assembleare) una tutela di tipo reale (l’eventuale vizio della deliberazione interna potrà cioè determinare la rimozione della delibera assembleare) nella misura in cui tale rimedio sia concesso dalle norme che, nella prospettiva degli interessi rilevanti per l’ordinamento societario (quelli posti a fondamento delle singole ipotesi di invalidità), disciplinano gli atti societari⁷⁵. Il richiamo alle “norme generali di diritto privato”, contenuto nell’art. 9, comma 6 T.U., vale infatti a rendere applicabile, alla fattispecie considerata, l’intera disciplina del-

⁷² Della rilevanza del principio enunciato dall’art. 9, comma 6, dà peraltro evidenza il fatto che le disposizioni di tale articolo del T.U. si applicano anche “*alle partecipazioni di pubbliche amministrazioni nelle società quotate*”, le quali, secondo quanto previsto dall’art. 1, comma 5, T.U., delle disposizioni del T.U. sono destinatarie solo se espressamente previsto.

⁷³ La norma deve essere letta alla luce del più ampio obiettivo di riordino delle partecipazioni dello Stato perseguito con il T.U. Sul punto v. anche quanto disposto dall’art. 26, comma 12, T.U., con il quale è stato disposto il trasferimento, anche in deroga a previgenti norme di diritto singolare, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, della titolarità delle partecipazioni di altre amministrazioni statali al Ministero dell’economia e delle finanze, qualora da parte dei relativi ministri fosse, entro il 31 ottobre 2016, pervenuta una proposta in tal senso.

⁷⁴ Cfr., rispettivamente, gli artt. 9, comma 9 e 1, comma 5, T.U.

⁷⁵ Evidenzia “*la ricerca, in effetti da sempre presente nella storia del tema, di un punto di equilibrio tra l’esigenza di certezza (che vuol dire soprattutto stabilità) dell’azione societaria e quella di fornire adeguata tutela agli interessi che possono essere coinvolti nel corso del procedimento deliberativo*”, ANGELICI, *op. ult. cit.*, 111.

le delibere assembleari, cosicché la possibilità di far dichiarare l'invalidità della decisione assunta dall'assemblea deve considerarsi subordinata alla "rilevanza" del voto (invalidamente) espresso dall'ente pubblico ai fini del risultato deliberativo (o al ricorrere di una diversa causa di invalidità della delibera), nonché condizionata dalle limitazioni che l'ordinamento pone in ordine ai soggetti legittimati alla sua impugnazione. L'interesse tutelato dalle norme che regolano la deliberazione interna dell'ente viene dunque confinato entro quello, privatistico, che presiede alla disciplina dell'invalidità delle delibere assembleari.

Nella prospettiva della tensione tra regole pubblicistiche (dell'ente partecipante) e regole privatistiche (della società partecipata) che la previsione normativa di cui all'art. 9, comma 6 T.U. è volta a dirimere, non può allora escludersi che vi possa essere uno scarto tra la tutela pubblicistica riconosciuta dall'ordinamento – nella misura in cui si ammetta, come la giurisprudenza non è in realtà sempre propensa a fare, l'autonoma impugnazione dell'atto deliberativo interno dell'ente pubblico – e quella privatistica apprestata per i vizi delle delibere assembleari della società. Nell'ipotesi, infatti, in cui ricorra un vizio della delibera interna dell'ente pubblico e tale vizio si riverberi sul voto da lui espresso (in ipotesi determinante ai fini del risultato deliberativo), tale scarto è provocato dalle limitazioni che l'art. 2377 pone con riferimento ai soggetti legittimati ad impugnare la delibera: tra questi non si annoverano, infatti, coloro che rispetto alla determinazione interna di nomina o di revoca dell'ente sono titolari di una situazione giuridica di interesse legittimo, ossia, per antonomasia, l'amministratore revocato ed il "non nominato" (laddove, ad esempio, in vista della nomina sia stata espletata una procedura di selezione pubblica).

A colmare tale vuoto di tutela provvede, per ciò che concerne l'amministratore revocato, il diritto giurisprudenziale, ammettendosi in via generale la legittimazione individuale dell'amministratore ad impugnare la delibera assembleare quando questa abbia comportato la lesione di una sua propria posizione giuridica soggettiva, e cioè quando l'impugnazione non avvenga nell'interesse della società ma a tutela di un suo interesse personale⁷⁶. Interesse che, nel caso della revoca, si ravvisa nel "diritto" di questo "alla permanenza in carica fino alla scadenza"⁷⁷. Sebbene mal formulata (all'amministratore

⁷⁶ Cfr. RORDORF, nota a Cass., 5 giugno 2003, n. 8992, in *Foro it.*, 2003, I, 3007 ss.

⁷⁷ Cfr. Cass., 12 gennaio 2010, n. 259, pubbl. su *dejure.it* (legittimazione all'impugnazione della delibera dell'azione di responsabilità adottata con il voto favorevole di oltre un quinto del capitale sociale); Cass., 28 agosto 1995, n. 9040, in *Giur. it.*, 1996, I, 308 ss. (legittimazione all'impugnazione della delibera con cui il consiglio di amministrazione di una banca popolare

può semmai riconoscersi il diritto ad essere risarcito quando la revoca sia priva di giusta causa), la tesi giurisprudenziale – motivata, probabilmente, dall’esigenza di dare attuazione al principio della tutela giudiziaria dei diritti e degli interessi legittimi posto dall’art. 24 Cost.⁷⁸ – sottintende forse l’interesse, dell’amministratore, a restare in carica a fronte dell’invalidità della decisione assembleare (e dunque dell’esercizio scorretto del potere esercitato dall’assemblea) che ne abbia disposto la revoca. In tale prospettiva, si rileva come a fondamento della legittimazione riconosciuta alla persona dell’amministratore – e, dunque, di un’interpretazione differenziata del disposto di cui all’art. 2377, comma 2 c.c. in relazione ai soggetti legittimati all’impugnazione della delibera assembleare annullabile – si ponga l’esistenza, nella disciplina societaria, di “un più generale principio di tutela dell’interesse legittimo (in senso amministrativistico) all’interno delle organizzazioni societarie”, dal quale si fa conseguire l’esperibilità, da parte del soggetto interessato, di rimedi aventi natura reale (quello, in particolare, dell’annullamento della delibera) se e in quanto (argomentando dall’art. 2058 c.c.) siano proporzionati all’interesse legittimo da questo fatto valere⁷⁹.

aveva dichiarato decaduto dalla carica l’amministratore per difetto dei requisiti di esperienza e professionalità richiesti dall’art. 2 d.P.R. 27 giugno 1985, n. 350, seppure configurando la lesione di “suo diritto soggettivo” quale necessario presupposto dell’impugnazione); Cass., 2 agosto 1977, n. 3422, in *Giur. comm.*, 1978, II, 24 ss.; Cass., 1° ottobre 1960, n. 2535, in *Dir. fall.*, 1961, II, 87 s. (legittimazione all’impugnazione della delibera di revoca); Trib. Palermo, 24 gennaio 2013, in *Giur. comm.*, 2014, II, 162 ss., con nota di BENEDETTI, *La legittimazione dell’amministratore a proporre l’azione di annullamento contro la delibera di revoca*; Trib. Verona, 20 aprile 2012, in *Società*, 2012, 715; Trib. Milano, 8 febbraio 2006, in *Società* 2007, 1411 s. (legittimazione dell’amministratore a impugnare la delibera che ha deciso di esperire l’azione di responsabilità nei suoi confronti provocandone la decadenza dalla carica *ex art* 2393); Trib. Palermo, 18 maggio 2001, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1944 ss.; Trib. Milano, 26 gennaio 1987, in *Società*, 1987, 709 ss. (legittimazione ad impugnare la delibera con cui la struttura del consiglio di amministrazione veniva modificata da pluripersonale a unipersonale, comportando la revoca “implicita” dell’amministratore); Trib. Roma, 20 giugno 1979, in *Giur. comm.*, 1980, II, 569 ss. (legittimazione all’impugnazione della delibera di revoca).

⁷⁸ In tal senso LIBERTINI-MIRONE-SANFILIPPO, *sub art* 2377, cit., 385; sul punto v. anche LIBERTINI, *Considerazioni introduttive*, in Breccia, Brusceglia, Busnelli (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell’interesse legittimo*, Torino, 2001, 147 ss., spec. 168, ove il problema dell’adeguatezza dei rimedi tradizionali di tutela degli interessi legittimi nell’ambito delle organizzazioni private è posto alla luce del combinato disposto degli artt. 24 e 113 Cost., dal quale si trae il principio di effettività della tutela degli interessi legittimi in via generale recato dal nostro testo costituzionale.

⁷⁹ In questi termini, LIBERTINI-MIRONE-SANFILIPPO, *op. cit.*, 385 s., ove il rinvio all’art. 2388 c.c., il quale attribuisce al singolo socio la legittimazione ad impugnare le delibere del consiglio di amministrazione lesive dei suoi diritti.

6. (segue). La nomina e revoca diretta degli amministratori

Venendo a considerare l'ipotesi della nomina e revoca diretta degli amministratori da parte del socio pubblico – ipotesi anch'essa disciplinata nella prospettiva della rilevanza del vizio della vicenda pubblicistica rispetto a quella privatistica, e dunque della stabilità della preposizione – è previsto, dalle norme del T.U., che “la mancanza o invalidità dell'atto deliberativo interno di nomina o di revoca rileva come causa di invalidità dell'atto di nomina o di revoca anche nei confronti della società” (art. 9, comma 8).

Della compatibilità sistematica con l'art. 2449 c.c. – e, dunque, con il principio della parità di trattamento degli azionisti, pubblico e privato (avuto riguardo ai rilievi formulati, come evidenziato, dalla Corte di giustizia) – di una norma che in presenza di un vizio dell'atto proveniente dall'ente pubblico accordi un rimedio invalidativo della preposizione (e, nel caso specifico, la invalidità *tout court*), si è detto già. Ed anche si è rilevato come proprio nell'articolo 2449 c.c. possa rinvenirsi il fondamento giuridico a che, non diversamente da quanto accade per la preposizione assembleare, la stabilità della nomina o revoca dell'amministratore risulti subordinata alla validità del relativo atto deliberativo, ossia al rispetto delle regole poste con riferimento agli atti della p.a. (salvo verificare quali devono considerarsi i soggetti legittimati a farne valere l'invalidità). Uno scrutinio dell'atto deliberativo interno adottato dall'ente pubblico titolare dei poteri di nomina e revoca diretta non potrebbe dunque dirsi precluso dall'art. 2449 c.c.

Parimenti, si è evidenziato come si ponga negli stessi termini – e cioè a prescindere dal fatto che il socio pubblico partecipi con il proprio voto al reclutamento assembleare degli amministratori o li nomini o revochi direttamente – il problema della rilevanza da accordarsi ai vizi della vicenda pubblicistica interna all'ente pubblico rispetto alla vicenda privatistica ad esso esterna.

Ciò ricordato, deve osservarsi come rispetto a quanto rilevato con riferimento all'art. 9, comma 6 T.U.⁸⁰ – ove la dichiarazione di voto si inerisce in un più ampio procedimento deliberativo, la cui disciplina subordina alla rilevanza del voto invalidamente esercitato dall'ente pubblico l'invalidità della delibera assembleare – nel caso della nomina o revoca diretta degli amministratori, la legge al vizio della vicenda pubblicistica – vizio che si manifesta come “mancanza” o “invalidità” dell'atto deliberativo interno dell'ente – fac-

⁸⁰ Con riferimento a tale norma si è infatti rilevato come la stabilità della nomina o revoca assembleare dell'amministratore possa essere pregiudicata dal vizio della vicenda pubblicistica nella misura in cui questo integri un vizio suscettibile di invalidare la delibera assembleare in applicazione dello statuto legale della società.

cia conseguire *ex lege* l'invalidità della preposizione anche nei confronti della società, ossia sul piano dell'organizzazione societaria, precludendo di considerare, rispettivamente, validamente nominato o revocato l'amministratore. La violazione dell'interesse pubblico posto a fondamento della disciplina interna dell'ente preponente è dunque resa dalla legge in sé rilevante anche per l'ordinamento societario.

Pur non potendo la questione in questa sede formare oggetto di approfondimento, occorre osservare che non potrebbe di per sé escludersi che alla medesima conclusione – quella cioè di considerare rilevanti, ai fini della stabilità della preposizione, i vizi della decisione del preponente – potrebbe addivenirsi anche nell'ipotesi in cui un potere di nomina e revoca diretta fosse attribuito al socio di s.r.l. quale “particolare diritto” ai sensi dell'art. 2468, comma 3 c.c.⁸¹ e, più in generale, allorché la volontà di questo sia espressa al di fuori di ogni procedimentalizzazione dell'attività decisoria⁸². Potrebbe, in altri termini, argomentarsi che quando il reclutamento degli amministratori non avvenga nelle forme del procedimento assembleare, essendo riservato ad una decisione individuale del socio il potere di nominare (o revocare) uno o più componenti dell'ufficio, i vizi di quest'ultima sono considerati rilevanti sul piano dell'organizzazione societaria, ossia ai fini della stabilità della nomina o revoca. Nel caso in cui titolare del potere di preposizione sia una persona fisica, i vizi suscettibili di invalidare la preposizione sono i vizi della volontà; quando preponente sia un ente (per ciò che qui rileva: pubblico), i vizi rilevanti dalla legge sono invece quelli derivanti dalla violazione delle norme che ne regolano

⁸¹ L'ammissibilità di una simile previsione non è però incontestata; in senso negativo, v. ZANARONE, *sub art. 2475, op. cit.*

⁸² Cfr. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2006, 105 ss., spec. 127 ss., ove viene ricostruita la disciplina relativa alle “decisioni” dei soci di s.r.l. (art. 2479, comma 3, c.c.) nel presupposto che in tal caso “*un procedimento in effetti [non sia] identificabile*”. Valorizzando tale modalità decisionale la posizione personale del socio (il quale non viene considerato nella sua veste di componente dell'organo assembleare), l'autore ritiene che, sul piano della fattispecie, tale circostanza consenta di avvalersi della disciplina generale del negozio giuridico per individuare le patologie rilevanti del “consenso” del socio (riconoscendo rilevanza a patologie che concernono l'espressione soggettiva del voto, quali i vizi della volontà), salvo determinarne il ruolo, ai fini della disciplina applicabile, avendo riguardo al significato che tale decisione svolge per e nell'attività sociale, “*in termini quindi sostanzialmente coincidenti con quanto avviene per le deliberazioni ed adeguati all'esigenze cui s'ispira la relativa disciplina*”. Concorde ZANARONE, *sub art. 2479, op. cit.*, 1249 ss., spec. 1271 ss., nel testo ed in nota, salvo rilevare come “*le deroghe consentite dal legislatore al sistema dell'assemblea possano approdare tutt'al più ad un mero affievolimento del metodo collegiale ma non possano mai comportarne l'integrale soppressione, vincolate come sono a preservarne lo zoccolo duro rappresentato, appunto, dal diritto di partecipazione*”.

l'attività deliberativa interna (salvo individuare i soggetti legittimati a far valere tali vizi e, dunque, a compromettere la stabilità della preposizione).

Ciò premesso, devono richiamarsi gli orientamenti emersi nella giurisprudenza, civile ed amministrativa, con riferimento alla natura degli atti di nomina e revoca diretta degli amministratori da parte dell'ente pubblico natura dell'atto da questo emanato.

Al riguardo, è emerso come in alcune, isolate, ipotesi (e, specificamente, nel caso di società di diritto singolare e di "società-pubbliche amministrative"), la giurisprudenza attribuisca natura amministrativa all'atto di nomina e revoca diretta degli amministratori da parte dell'ente pubblico. Orientamento, questo, che peraltro anche la normativa del T.U. e, in particolare, le norme di cui all'art. 9, comma 7 sembrano accogliere. Ed invero, l'efficacia della revoca, nel caso dei sindaci, è espressamente subordinata dalla legge al rispetto della disciplina di cui all'art. 2400, comma 2 c.c. e, dunque, all'approvazione del Tribunale: previsione certamente superflua nella misura in cui alla stessa fosse riconosciuta natura privatistica⁸³. In tal caso, d'altra parte, la medesima natura (privatistica) non potrebbe, per ragioni di simmetria, non essere attribuita anche agli atti di nomina e revoca degli amministratori, essendo il reclutamento extra-assembleare di amministratori e sindaci disciplinato unitariamente dall'art. 2449 c.c. ed anche dal medesimo art. 9, comma 7.

La lettura ("publicistica") che dei poteri di nomina e revoca diretta riconosciuti al socio pubblico è data dalla giurisprudenza in alcune ipotesi, consente, in virtù di quanto disposto dall'art. 9, comma 8 T.U., uno scrutinio penetrante degli atti provenienti dall'ente pubblico, poiché effettuato dal giudice amministrativo secondo i vizi di incompetenza, violazione di legge e, soprattutto, eccesso di potere: scrutinio, la cui iniziativa spetta a quanti rispetto alla deliberazione interna dell'ente si trovino in una situazione giuridica di interesse legittimo. In questa prospettiva, la recente norma di cui all'art. 9, comma 8 T.U. suona come un richiamo al rispetto del diritto pubblico da parte dell'ente pubblico che pure partecipi in una società privata, imponendo essa al giudice ordinario – nel caso della "mancanza" – ed al giudice amministrativo – nel caso dell'"invalidità" dell'atto deliberativo interno – di dichiarare l'invalidità della nomina o della revoca anche nei confronti della società.

Vero è, che l'ipotesi interpretativa prospettata – per cui alla nomina e revo-

⁸³ Tale previsione normativa confermerebbe invece l'impostazione privatistica del T.U. relativamente (alle società a partecipazione pubblica, in generale, e, specificamente) agli atti di nomina revoca diretta ex art. 2449 c.c., secondo CODAZZI, *Nomina pubblica alle cariche sociali ex art. 2449 c.c. e giurisdizione applicabile: l'orientamento delle Sezioni Unite alla luce del testo unico sulle società partecipate*, in corso di pubblicazione per *Giur. comm.*

ca diretta degli amministratori, da parte dell'ente pubblico, dovrebbe attribuirsi natura pubblicistica – non rappresenta l'orientamento prevalente della giurisprudenza, la quale, come si è rilevato, riconduce tali vicende nella sfera del diritto privato, demandando, da un lato, alla cognizione del giudice ordinario le controversie generate dall'impugnazione degli atti di nomina e revoca dell'ente, e precludendo, dall'altro, ogni scrutinio sulla deliberazione interna del medesimo⁸⁴.

Questo essendo il quadro giurisprudenziale formatosi attorno alla nomina e revoca extra-assembleare, appare assai difficile che la norma contenuta nell'art. 9, comma 8 T.U. possa consentire quel processo di “moralizzazione” che la stessa è probabilmente diretta a provocare con riferimento alla “Gestione delle partecipazioni pubbliche” (secondo la rubrica del medesimo articolo) e, specificamente, agli atti di nomina e revoca dei componenti degli organi sociali delle società partecipate da parte del socio pubblico. Uno scrutinio rigoroso (effettuato cioè secondo criteri pubblicistici) della determinazione interna dell'ente si avrebbe, infatti, soltanto nelle rare ipotesi in cui la giurisprudenza, qualificando in senso pubblicistico l'atto di nomina o revoca, ammette che dello stesso possa conoscere il giudice amministrativo.

Di qui l'esigenza di verificare se al fine di dare concreta applicazione alla norma contenuta nell'art. 9, comma 8 T.U. – ossia effettiva tutela agli interessi alla stessa sottesi – non sia possibile conciliare la giurisdizione del giudice ordinario con uno scrutinio dell'atto deliberativo interno dell'ente effettuato secondo criteri pubblicistici. Della prima, ossia della competenza del giudice ordinario a conoscere delle controversie in punto di nomina e revoca degli amministratori, non dovrebbe, d'altra parte, per questo doversi dubitare. Trattando del reclutamento assembleare degli amministratori al quale l'ente pubblico partecipi esercitando il proprio voto, si era rilevato come risulti chiaramente delimitata, nello spazio e nel tempo, la duplicità delle vicende, pubblicistica (determinazione interna) e privatistica (dichiarazione), che scandiscono l'esercizio, da parte dell'ente pubblico-socio, del potere di voto attribuitigli. Una analoga scansione bifasica, sebbene meno evidente, ricorre, a ben vedere anche quando l'ente pubblico eserciti non il proprio voto bensì il potere, ricono-

⁸⁴ Critica nei confronti dell'orientamento privatistico della giurisprudenza CODAZZI, *op. cit.*, la quale osserva come nell'art. 9, comma 8, T.U. il legislatore sembra aver preso atto della natura complessa ed “anfibia” degli atti di nomina e revoca, desumendone che – sulla scorta dei principi elaborati nell'ambito del diritto degli appalti pubblici – la competenza a conoscere dell'illegittimità dell'atto amministrativo debba riconoscersi al giudice amministrativo, mentre al giudice ordinario non dovrebbe spettare che prendere atto delle conseguenze dell'invalidità-inesistenza del medesimo sul successivo negozio privatistico.

sciutogli nell'atto costitutivo della società nella quale partecipi, di nominare o revocare uno o più amministratori della società in via extra-assembleare, secondo le previsioni dell'art. 2449 c.c.: lo stesso T.U. distingue l'"atto deliberativo interno" dell'ente (ossia il momento della decisione, interna all'ente pubblico) dall'"atto di nomina o di revoca" (quale momento della dichiarazione o "comunicazione" del deciso, secondo l'art. 9, comma 7), espressione, come rilevato, di un potere esercitato dall'ente pubblico nella sua qualità di socio, la cui cognizione spetta al giudice ordinario.

Nella misura in cui si ammetta che quest'ultimo possa conoscere in via incidentale della determinazione interna dell'ente pubblico con poteri di cognizione che non divergono da quelli del giudice amministrativo⁸⁵, il vantaggio che conseguirebbe a tale soluzione interpretativa sarebbe (almeno) triplice: i. dare ampia applicazione al disposto dell'art. 9, comma 8 T.U., non limitandone di fatto l'applicabilità alle ipotesi, residuali, in cui gli atti di nomina e revoca sono qualificati dalla giurisprudenza come atti pubblicistici; ii. consentire, conseguentemente, sempre un sindacato sulle decisioni interne dell'ente pubblico inerenti la nomina e revoca degli amministratori nella prospettiva della loro rispondenza all'interesse pubblico; iii. evitare che l'amministratore che voglia far valere l'invalidità della revoca debba, nel caso di esito negativo della sua azione, agire dinanzi ad un'altra giurisdizione per il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2383 c.c.

D'altra parte, il giudice ordinario, nella vicenda societaria (come è emerso con riferimento all'impugnazione, da parte del revocato, della delibera assembleare di revoca), è sistematicamente chiamato a dirimere questioni in cui la tutela richiesta concerne (non un diritto soggettivo, bensì), soprattutto con riguardo al sindacato sugli atti deliberativi interni, l'"interesse alla legittimità" del procedimento⁸⁶. Il sindacato che, secondo quanto prospettato, il giudice

⁸⁵ Così App. Milano, 5 aprile 2016, n. 1299, cit.; in dottrina, cfr. PERICU, *La giurisdizione sulle controversie in materia di nomina o revoca di amministratori o sindaci di società ex artt. 2449 e 2550, cod. civ. Brevi note.*, cit., 800. L'orientamento secondo cui il giudice poteva conoscere dei soli vizi di legittimità e non anche dell'eccesso di potere, risulta ormai da tempo superato nella giurisprudenza; sul punto cfr. CERULLI IRELLI, *Corso di giustizia amministrativa. La giurisdizione e le azioni*, Roma, 2016, 66 ss.

⁸⁶ In tale prospettiva, è stato suggerito, dalla dottrina, di integrare analogicamente le regole poste dal diritto azionario comune con riferimento al controllo sugli atti deliberativi degli organi interni della società per azioni con quelle – più evolute – inerenti il sindacato di legittimità sugli atti del potere pubblico al fine di ampliare il sindacato giudiziario sugli atti degli organi della società. La tesi prospettata trae fondamento dal ricorrere, anche nelle organizzazioni private e, per ciò che qui interessa, in quella societaria di un potere che (come, per antonomasia, avviene nelle organizzazioni pubbliche) si delinea come funzionale, vincolato cioè ad un fine generale prede-

ordinario potrebbe essere chiamato a compiere alla stregua dell'art. 9, comma 8 T.U. sull'atto deliberativo interno dell'ente pubblico non appare, in altre parole, del tutto estraneo a quello che lo stesso in parte già compie (in punto di competenza, procedura) rispetto alle delibere degli organi della società e che alla luce dell'odierno sistema di controllo degli atti societari – di cui si evidenzia la vicinanza con il modello di sindacato tradizionale di legittimità degli atti del potere pubblico⁸⁷ – si ritiene, potrebbe ancora svolgere (nella prospettiva del vizio di eccesso di potere). Fermo restando, è evidente, che lo stesso verrebbe ad indirizzarsi nei confronti non delle deliberazioni degli organi sociali (rispetto alle quali le istanze oggetto di tutela hanno natura privatistica), bensì degli atti che, in ragione della loro provenienza da un soggetto pubblico,

terminato (quello, nelle società, dell'efficienza e della redditività dell'impresa), il cui corretto esercizio si propone di sindacare mediante il ricorso alla figura normativa dell'interesse legittimo: figura comprensiva di tutti gli interessi, giuridicamente tutelati, che si pongono a fronte dell'esercizio del potere (privato). La tesi è stata sviluppata, in numerosi contributi, da Mario Libertini: v., tra gli scritti iniziali, *Considerazioni introduttive*, cit., p. 171 ss., ove dalla natura dell'impresa quale “organizzazione finalizzata al raggiungimento di uno scopo”, si fa conseguire la “possibilità di concepire un istituzionalismo «debole», in cui le scelte dei decisori interni nell'organizzazione societaria sono vincolate da un criterio costituito dall'esistenza di una ragionevole strategia (rectius: una delle possibili strategie ragionevoli) di successo imprenditoriale”; negli scritti successivi v., in particolare, ID., *Ancora in tema di contratto, impresa e società*, cit., 687 ss.; ID., *Poteri funzionali, interessi legittimi e diritto privato*, cit., 106 ss. e, più in generale, ID., *Diritto amministrativo e diritto commerciale*, in Torchia (a cura di), *Attraversare i confini del diritto*, Bologna, 2016, 215 ss., spec. 229; ID., *L'organizzazione nelle dottrine giuridiche dell'impresa e il ruolo dell'assemblea nella s.p.a.*, nonché sub art. 2377, cit., p. 359 ss., entrambi in LIBERTINI-MIRONE-SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni*, cit., XIII ss., spec. XLIV. Le ricadute applicative di tale ricostruzione si colgono nella proposta, tra l'altro, di estendere – in vista di una maggiore efficienza che all'organizzazione societaria può derivare nel perseguimento delle proprie finalità – anche al controllo di legittimità degli atti deliberativi interni della società per azioni la regola dell'eccesso di potere, al fine di qualificare come antiggiuridici atti di esercizio del potere oggettivamente (e cioè prescindendo da una valutazione dello stato soggettivo di chi agisce si dimostrano) disfunzionali rispetto all'interesse in funzione del quale il potere è stato attribuito: atti che tali non potrebbero invece essere considerati alla luce della clausola generale di buona fede e che dunque resterebbero privi di tutela (in questi termini LIBERTINI, *Poteri funzionali*, cit., p. 111 ss.; in questa prospettiva, l'autore rileva come una parte della giurisprudenza tenda ad allargare il significato attribuito alla clausola di buona fede rendendola di fatto fungibile con la figura dell'eccesso di potere: v. p. 115 s., ove anche i riferimenti giurisprudenziali). La clausola di buona fede, invero, consente “di qualificare come antiggiuridici anche atti e comportamenti che sarebbero oggettivamente configurabili come esercizio di facoltà, pretese, poteri legittimi”: essa tuttavia esige che essi risultano “soggettivamente viziati dall'intento o almeno dalla consapevolezza, in capo all'autore dell'atto, di nuocere ad un altro soggetto, in modo grave e proporzionato rispetto all'interesse egoistico di chi agisce” (così, ancora, LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 112).

⁸⁷ Cfr. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società*, cit., 687.

richiamano la tutela di interessi pubblicistici. Interessi la cui lesione, secondo quanto rilevato, è *ex se* considerata rilevante dalla legge anche nella sfera dell'organizzazione della società.

La ricostruzione proposta, solleva, da ultimo, l'interrogativo in merito ai soggetti legittimati a provocare il sindacato del giudice ordinario sull'atto di nomina o revoca diretta proveniente dall'ente pubblico.

Sul punto sembra potersi osservare come la rilevanza dell'atto di nomina o revoca, proveniente dall'ente pubblico, sul piano dell'organizzazione della società legittimi innanzitutto a guardare alle norme poste dal diritto azionario comune con riferimento ai soggetti legittimati all'impugnazione delle delibere assembleari. Le istanze di tutela – ravvisate nell'“interesse alla legalità dell'azione sociale”⁸⁸ – poste, in tale contesto, a fondamento della legittimazione riconosciuta agli organi di amministrazione e controllo, sembrano, infatti, ricorrere in termini non dissimili, anche rispetto agli atti di nomina e revoca diretta del socio pubblico. Potrebbe allora ammettersi che legittimati all'impugnazione, ai sensi dell'art. 9, comma 8 T.U., dell'atto proveniente dall'ente pubblico siano gli uffici di amministrazione e controllo della società (mentre nessuno spazio appare prospettabile con riferimento ai soci assenti, dissenzienti ed astenuti, non trattandosi di una deliberazione assembleare).

Un'ulteriore indicazione potrebbe poi trarsi dalla giurisprudenza che, secondo quanto rilevato, nel caso della delibera assembleare di revoca dell'amministratore (e, più in generale, ogni qualvolta una delibera dell'assemblea si dimostri lesiva di un suo interesse individuale) amplia, in via interpretativa, il novero dei soggetti legittimati ai sensi dell'art. 2377 c.c., includendovi anche l'amministratore revocato. Considerato il rifiuto del giudice amministrativo a conoscere delle controversie originate dall'impugnazione degli atti di revoca extra-assembleare degli amministratori da parte dell'ente pubblico, può ritenersi che anche in tale ipotesi (richiamando quanto argomentato dalla giurisprudenza con riferimento alla legittimazione all'impugnazione delle delibere assembleari di revoca) ricorra l'esigenza di accordare all'amministratore revocato il diritto di tutelare i propri interessi, che egli assume lesi dall'atto di revoca, in sede giudiziale (art. 24 Cost.).

Maggiori difficoltà sorgono con riferimento alla possibilità di accordare al “non nominato” la legittimazione ad impugnare l'atto extra-assembleare di nomina proveniente dal socio pubblico, non potendo essa trovare fondamento nel ricorrere, in capo a questo, di un interesse alla legalità dell'attività sociale

⁸⁸Cfr., da ultimo, STELLA RICHTER jr., *L'inoppugnabilità delle deliberazioni degli organi sociali*, in *Riv. soc.*, 2017, 283 ss., spec. 285 s. in nota, con ulteriori riferimenti bibliografici.

(secondo quanto rilevato con riferimento alla legittimazione degli organi interni della società) e neanche nella lesione di una situazione giuridica soggettiva del medesimo rilevante sul piano dell'organizzazione societaria, alla quale lui è estraneo (secondo le argomentazioni addotte dalla giurisprudenza nel caso, sempre, della legittimazione dell'amministratore ad impugnare la delibera assembleare che lo abbia revocato).

Rispetto al vuoto di tutela che tale conclusione sembra prospettare nei confronti del "non nominato", potrebbero allora prospettarsi le seguenti soluzioni:

- i. l'interesse di quest'ultimo potrebbe ricevere tutela dinnanzi al giudice amministrativo, anche in via cautelare, ottenendo la sospensione dell'atto deliberativo interno dell'ente pubblico, ove questo venga impugnato prima che intervenga la successiva vicenda privatistica (la quale, come evidenziato, nella giurisprudenza, radica la giurisdizione del giudice ordinario), e cioè prima del ricevimento, da parte della società, della comunicazione dell'atto di nomina⁸⁹;
- ii. potrebbe ipotizzarsi, sebbene con una forzatura interpretativa (poiché le ragioni di tutela avanzate dal "non nominato" traggono origine esclusivamente nella vicenda pubblicistica della nomina), che il giudice ordinario risulti, in concreto, disponibile ad ampliare la sfera dei legittimati all'impugnazione dell'atto di nomina, non potendo, in caso contrario – stante l'orientamento della giurisprudenza – il "non nominato", una volta intervenuta la vicenda privatistica di nomina, trovare tutela – se non forse risarcitoria – in sede amministrativa.

⁸⁹ Cfr. quanto disposto dall'art. 9, comma 7, T.U., secondo cui gli atti di nomina e revoca dei componenti degli organi interni della società "sono efficaci dalla data di ricevimento, da parte della società, della comunicazione dell'atto di nomina o di revoca".

Responsabilità dei sindaci per omesso esercizio dell'azione di responsabilità contro gli amministratori: principi e problemi

Statutory auditors' liability for the omitted exercise of the suit against the directors: principles and issues

Fabrizio Sudiero *

ABSTRACT

Il saggio, dopo aver trattato degli aspetti essenziali della responsabilità concorrente dei sindaci per i fatti degli amministratori, nonché del potere del collegio sindacale di agire nei confronti degli amministratori della società di cui all'art. 2393, comma 3 c.c., si sofferma sui riflessi dell'omesso esercizio di tale potere sulla responsabilità dei sindaci e sui possibili incentivi al suo impiego pratico

PAROLE CHIAVE: collegio sindacale – sindaco/i – azione di responsabilità – omissione – amministratore/i.

The essay, after analyzing the essential points of the statutory auditors' liability for the directors conduct as well as the power of the board of the statutory auditors to bring a (derivative) suit against the company directors set forth by art. 2393, paragraph 3 c.c., of the Italian Civil Code, focuses on the effects which the omitted exercise of such power may have on the statutory auditors' liability and on the possibile incentives to the practical application of this power.

KEYWORDS: board of the statutory auditors – statutory auditor/s – derivative suit – omission – director/s.

* Avvocato del Foro di Torino e Dottore di Ricerca in Diritto, persona e mercato presso l'Università degli Studi di Torino.

SOMMARIO

1. Principi generali della responsabilità concorrente. Cenni – 2. Focus sul potere di deliberare l'azione di responsabilità – 3. L'omesso esercizio dell'azione di responsabilità e la responsabilità dei sindaci, quali prospettive? *Business Judgment Rule*, utilizzo dell'istituto e meccanismi premiali.

1. Principi generali della responsabilità concorrente. Cenni

Ai sensi dell'art. 2407, comma 2 c.c. i sindaci sono «*solidalmente responsabili con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica*»¹.

È sostanzialmente pacifico che l'attore debba provare: i) il fatto o l'omissione degli amministratori, ii) il danno determinato da questo comportamento; iii) la negligenza dei sindaci e iv) il rapporto di causalità fra tale negligenza ed il danno². A tale ultimo proposito è oggi altrettanto pacifico che sia indispensabile accertare che «*un diverso e più diligente comportamento dei sindaci nell'esercizio dei loro compiti [...] sarebbe stato idoneo ad evitare le [...] conseguenze degli illeciti compiuti dagli amministratori*»³.

Viceversa i sindaci dovranno dimostrare, onde andare esenti da responsabilità, di aver adempiuto ai loro doveri di vigilanza e, quindi, di non aver potuto

¹ Da ultimo, sulla responsabilità concorrente dei sindaci, tra gli altri, BONAVERA, *Responsabilità dei sindaci per omesso controllo*, in *Società*, 2014, p. 1315 ss., FERRARI, *Responsabilità di amministratori e sindaci per mancato svolgimento dell'attività di controllo*, nota a Cass., 11 novembre 2010, n. 22911, in *Società*, 2011, 377 ss. e ivi riferimenti dottrinali. In generale si veda AMBROSINI, *Collegio sindacale: doveri, poteri e responsabilità*, in AA.VV., *La società per azioni*, a cura di ABRIANI, AMBROSINI, CAGNASSO, MONTALENTI, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da COTTINO, IV, Padova, 2010; BOSTICCO, *La responsabilità degli organi di controllo nelle società di capitali*, Milano, 2009, 317 ss. Come è noto, a fianco a questa responsabilità (concorrente) dei sindaci si trova quella esclusiva ex art. 2407, comma 1, c.c. «*per la verità delle loro attestazioni*» e per il dovere di riservatezza «*sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio*».

² FRE', *Società per azioni*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO, sub art. 2407, Bologna – Roma, 1997, 908; in questo senso già anche CAVALLI, *I sindaci*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO e PORTALE, 5, Torino, 1988, 183. In giurisprudenza si veda, ad esempio, Cass., 29 ottobre 2013, n. 24362, in *Società*, 2014, 96, Id. 8 febbraio 2005, n. 2538, in *Giur. it.*, 2005, 1637.

³ Cass., 8 febbraio 2005, n. 2538, cit.. Così anche la giurisprudenza di merito: tra molte si veda Trib. Roma, 20 febbraio 2012, n. 2730, in *Società*, 2013, 35 ss.

impedire il verificarsi del danno alla società nonostante il corretto esercizio delle loro funzioni⁴.

Pacifico è altresì che si tratti di responsabilità per un fatto proprio e non per il fatto degli amministratori⁵.

Esimendosi in questa sede dal riportare integralmente i noti dibattiti sull'ambito del controllo (con la consueta ripartizione in controllo di legittimità formale⁶, di merito⁷ e di legittimità sostanziale⁸) e sulla natura della responsabilità⁹, ci si può limitare a constatare come, secondo l'orientamento oggi preva-

⁴ Così, da ultimo, FERRARI, *op. cit.*, 385.

⁵ In dottrina, si veda già CAVALLI, *op. cit.*, 181 nonché 183, nt. 20 per ulteriori riferimenti dottrinali. In giurisprudenza *ex multis* Cass., 14 ottobre 2014, n. 21644, in *Società*, 2014, 1416, Trib. Roma, 13 maggio 2013, in www.leggiditalia.it, Trib. Milano, 10 febbraio 2010, in *Giur. it.*, 2010, 2555.

⁶ La *Relazione di accompagnamento al codice civile (n. 983)* escludeva «che il controllo esorbitasse dai suoi confini per invadere quelli dell'amministrazione o che si irrigidisse in inceppanti forme burocratiche, o peggio, che fosse disciplinato in modo da porre in essere una insanabile antitesi fra amministratore e controllore». In dottrina si veda ad esempio, COCITO, *Il collegio sindacale*, Milano, 1970, 111 ss. Si è inoltre sostenuto che: i) il fatto che la legge non richieda ai sindaci alcuna preparazione specifica nel campo in cui viene esercitata l'impresa dimostrerebbe che il controllo non debba essere di merito (v. già, nell'edizione dell'82, FRÈ, *Società per azioni, Art. 2403, Commentario al codice civile*, V, Bologna – Roma, 1982, 555), ii) aderendo alla tesi contraria si trasformerebbe la funzione di controllo in una di amministrazione attiva (Cass., 23 giugno 1977, n. 2671; nello stesso senso, tra le tante: App. Torino, 7 novembre 1989, in *Società*, 1990, 778, Trib. Roma, 10 febbraio 1987, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1988, II, 338, Trib. Ascoli Piceno, 29 agosto 1986, in *Società*, 1987, 421); iii) ai sindaci non sono stati attribuiti poteri di veto o di intervento sulle scelte “di merito” compiute dagli amministratori.

⁷ MARCHETTI, *Riforma del collegio sindacale e ruolo dei revisori*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 106. A sostegno di questo orientamento, o quantomeno della necessità di un controllo più incisivo dei sindaci, si è rilevato che «negando ai sindaci ogni potere di intervento sulla bontà della linea amministrativa, risulterebbe impedita ogni valutazione di questi aspetti anche dall'assemblea, che, una volta privata della collaborazione del collegio, si troverebbe spesso nella materiale impossibilità di conoscere e valutare adeguatamente i dati gestori sottoposti a suo giudizio» e che pertanto il controllo del collegio sindacale, pur rimanendo nell'ambito di un controllo di legalità in senso lato, «può e deve estendersi all'osservanza di norme tecniche di oculata amministrazione nel quadro di una tutela globale nell'interesse della società» (CAVALLI, *op. cit.*, 97. Cass., 7 maggio 1993, n. 5263; Trib. Rimini, 21 luglio 2002, in *Giur. comm.*, II, 2003, 2; Trib. Genova, 19 luglio 1993, in *Giur. it.* 1994, I, 2, 328; Trib. Milano, 15 luglio 1982, in *Società*, 1983, 1016; App. Palermo, 9 dicembre 1981, *Fall.* 1982, 248; Trib. Milano, 1 luglio 1976, in *Giur. comm.* 1977, II, 880; App. Torino, 9 luglio 1975, in *Giur. comm.* 1976, II, 871).

⁸ Cass., 17 settembre 1997, n. 9252; *Id.*, 7 maggio 1993, n. 5263, cit.; Trib. Milano, 5 marzo 2007, in *Giur. it.*, 2007, 12, 2778; App. Milano, 14 ottobre 1994, in *Società*, 1994, 1318.

⁹ Per un fatto proprio e non per il fatto degli amministratori. In giurisprudenza *ex multis*

lente, il controllo dei sindaci, alla stregua di quello giudiziale, non possa, normalmente, estendersi al merito dell'attività gestoria¹⁰, ma debba invece avere ad oggetto la diligenza impiegata dagli amministratori nello svolgimento della loro attività e dunque il modo in cui le decisioni vengono assunte, le operazioni vengono svolte¹¹, oltretutto le omissioni ed i fatti conseguenti alla violazione dei lo-

Cass. 14 ottobre 2014, n. 21644; Trib. Roma, 13 maggio 2013 in www.leggiditalia.it, Trib. Milano 10 febbraio 2010, in *Giur. it.*, 2010, 2555.

¹⁰ RORDORF, *Il nuovo sistema dei controlli sindacali nelle società per azioni quotate*, in *Foro It.*, 1999, V, 238; CAVALLI, *op. cit.*, 94.

¹¹ MAGNANI, *Art. 149, La disciplina delle società quotate nel testo unico della finanza, Commentario* a cura di MARCHETTI-BIANCHI, II, Milano, 1999, 1706. DARDES, *Responsabilità dei sindaci: profili applicativi*, nota a Trib. Roma, 20 febbraio 2012, in *Società*, 2013, 35; Cass. 27 maggio 2013, n. 13081; Trib. Roma, 3 novembre 2011, in www.ilcaso.it, Trib. Milano, 3 febbraio 2010 in *Giur.it.*, 2010, 2352. Tuttavia, sebbene sia questo l'orientamento oggi dominante, secondo una dottrina, la generale ripartizione in controllo di legalità (formale e sostanziale) e controllo di merito richiederebbe una rivisitazione sistematica in quanto il legislatore ha oggi affiancato al dovere di controllo sul rispetto della legge e dello statuto, quello sul rispetto dei principi di corretta amministrazione (sostituendo così la precedente sintetica nozione di «controllo sull'amministrazione») e, cioè, la verifica «dell'osservanza delle regole tecnico-aziendalistiche – istruttorie, procedurali, decisionali – che concretano (arg. ex art. 2403, comma 1 c.c.) la diligenza professionale del buon amministratore (cfr. art. 2392 c.c. nuovo testo)» (MONTALENTI, *Il sistema dei controlli societari: un quadro d'insieme*, in AA.VV. *Il sistema dei controlli nelle società di capitali*, a cura di COTTINO e MONTALENTI, in *Giur. it.*, 2013, 2176). Secondo tale Autore il concetto di controllo dovrebbe oggi scomporsi (almeno) in tre subfattispecie: i) controllo di merito; ii) controllo di correttezza gestionale e di adeguatezza amministrativa; iii) controllo di legalità (formale e sostanziale). Prima della riforma del 2003 la vigilanza sui principi di corretta amministrazione era prevista soltanto dall'art. 149 TUF per il collegio sindacale di società quotate. Si consideri che già la comunicazione Consob del 20 febbraio 1997, n. DAC/RM/97001574 (in www.consob.it) conteneva raccomandazioni in tema di controllo che davano una lettura estensiva dell'art. 2403 c.c., secondo cui sul collegio sindacale doveva gravare l'obbligo di vigilanza generale di conformità alla buona amministrazione da parte degli amministratori. Particolare rilievo, tra i principi di corretta amministrazione, assume, oltre ai principi di ragionevolezza, razionalità economica e di efficienza, quello di adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili che è peraltro espressamente previsto dal nostro legislatore sia in occasione della determinazione dei doveri del collegio sindacale (ai sensi dell'art. 2403 c.c.) sia con riferimento alla ripartizione di doveri e poteri del consiglio di amministrazione (art. 2381 c.c.): l'omissione della verifica di tale adeguatezza potrebbe di per sé esporre i sindaci a responsabilità, mentre la sua effettuazione non sarebbe da sola sufficiente ad escluderla (SQUAROTTI, *Le funzioni del collegio sindacale*, in AA.VV. *Il sistema dei controlli nelle società di capitali*, a cura di COTTINO e MONTALENTI, in *Giur.it.*, 2013, 2187). Sul concetto di "adeguatezza" si vedano, tra gli altri: IRRERA, *Collegio sindacale e assetti adeguati*, in *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, a cura di ALESSI, ABRIANI, MORERA, Milano, 2007, 268; MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Il Nuovo diritto delle società, Liber*

ro doveri¹². In altri termini sostanzialmente tutti gli interpreti convengono sul fatto che se in base al principio della *Business Judgment Rule*, il controllo giudiziale non si può estendere al merito dell'attività «*inteso come giustificazione sulla bontà della scelta, sulla opportunità e sulla convenienza dell'attività svolta dagli amministratori*», anche il controllo dei sindaci dovrebbe incontrare tale limite¹³. Pertanto, il controllo dei sindaci dovrebbe consistere in un controllo di legalità sostanziale dell'operato degli amministratori, sulla diligenza dell'organo gestorio nell'espletamento degli affari sociali¹⁴, al fine di verificare che le scelte degli amministratori non esorbitino dai limiti della buona amministrazione¹⁵, controllo appunto «*che non trasmoda mai in un controllo di merito sulle scelte imprenditoriali di questi ultimi, giacché il controllo della correttezza tecnica, quand'anche è ficcante, come deve essere ad esempio quello da operare in sede di bilancio, non si identifica mai con quello sulla bontà economica della gestione*»¹⁶.

Come è noto, tale attività di controllo deve essere svolta da parte dei sindaci con la diligenza professionale *ex art. 1176 c. c.* (come si evince dall'*art. 2407 c.c.* e come era già sostenuto prima della riforma del diritto societario)¹⁷ da valutarsi in relazione alle conoscenze del sindaco, alla natura e dimensione dell'impresa ed alla sua organizzazione¹⁸.

amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da ABBADESSA e PORTALE, t. 2, Torino 2006, 840 ss. La disposizione, tra l'altro, non si ferma nel porre l'accento sull'adeguatezza degli assetti, ma si spinge oltre evidenziando come il controllo debba estendersi al concreto funzionamento di essi: i sindaci dovrebbero verificare che l'organizzazione e le procedure predisposte dagli amministratori non rimangano sulla carta, ma che siano effettivamente e adeguatamente funzionanti (SQUAROTTI, *op. cit.*, 2187).

¹²Trib. Messina, 12 novembre 1999, in *Fall.*, 2000, 1279, App. Palermo, 9 dicembre 1981, in *Fall.*, 1982, 250; Cass. 17 settembre 1997, n. 9252, in *Nuova giur. civ.*, 1998, I, 915.

¹³RORDORF, *Il nuovo sistema dei controlli sindacali nelle società per azioni quotate*, cit., 238; CAVALLI, *op. cit.*, 94.

¹⁴Cass. 27 maggio 2013, n. 13081, in *Società*, 2013, 856; Trib. Roma 3 novembre 2011, in *www.ilcaso.it*; Trib. Milano 3 febbraio 2010 in *Giur. it.*, 2010, 2352.

¹⁵DARDES, *op. cit.*, 35.

¹⁶Trib. Milano, 16 aprile 1992, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 1477.

¹⁷Cass., 8 febbraio 2005, n. 2538, cit.. Sul tema, v., ad esempio, AMBROSINI, *Il collegio sindacale*, in AA.VV., *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, XVI, Milano, 2013, 277; FINARDI, *La responsabilità concorrente dei sindaci e i criteri di determinazione del danno risarcibile*, nota a App. Torino, 12 gennaio 2009, in *Fall.*, 2010, 35; DOMENICHINI, *Commento sub artt. 2400-2401 c.c.*, in *Società di capitali, Commentario* a cura di NICCOLINI-STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, 768.

¹⁸Recentemente, v. FINARDI, *op.cit.*, 35. In generale, invece, v. DOMENICHINI, *op. cit.*, 768.

Ciò considerato, tema particolarmente delicato è quello del nesso di causalità tra il danno arrecato alla società e gli eventuali inadempimenti dei sindaci. Come anticipato, i sindaci non rispondono «*per il fatto in sé che gli amministratori abbiano causato un danno alla società, ma solo in quanto abbiano violato un obbligo inerente alla loro funzione, omettendo di vigilare sull'amministrazione della società con la diligenza richiesta, di denunciare le irregolarità riscontrate, o di assumere le necessarie iniziative sostitutive dell'organo gestorio ed a condizione che se invece non avessero posto in essere siffatto comportamento, il danno non si sarebbe prodotto*»¹⁹. Secondo l'insegnamento della Suprema Corte «*l'accertamento del nesso causale è indispensabile per l'affermazione della responsabilità dei sindaci [...] a tal fine occorrendo accertare che un diverso e più diligente comportamento dei sindaci nell'esercizio dei loro compiti [...] sarebbe stato idoneo ad evitare le disastrose conseguenze degli illeciti compiuti dagli amministratori*»²⁰. È chiaro che la prova di tale nesso (che grava sull'attore)²¹ è tutt'altro che agevole nella pratica in quanto richiede un giudizio di probabilità su conseguenze di atti che non sono stati compiuti. Tuttavia in giurisprudenza, onde alleggerire il compito dell'attore si è dato vita ad alcune presunzioni che di fatto invertono l'onere probatorio, prendendo presumibilmente anche spunto da autorevoli (ancorché non recenti) osservazioni dottrinali.²² Infatti secondo una parte della giurisprudenza sarebbe sufficiente per ritenere sussistente il nesso causale, in assenza di prova contraria, l'omissione della segnalazione all'assemblea delle irregolarità di gestione riscontrate o, nei casi in cui sia dubbio che quest'ultima possa intervenire efficacemente, dell'impiego di ulteriori strumenti, anche atipici, utili ad impedire il protrarsi dell'illegittimità della gestione ed il verificarsi del conseguente pregiudizio per il patrimonio sociale, quali, ad esempio la denuncia dei fatti al Pubblico Ministero o, meglio, oggi, al tribunale *ex art.* 2409 c.c., nei

Secondo altri Autori non si potrebbe prescindere dalle conoscenze medie proprie della categoria professionale cui essi appartengono (AMBROSINI, *op. ult. cit.*, 277).

¹⁹ DARDES, *op. cit.*, 35.

²⁰ Tra le altre Cass., 29 ottobre 2013, n. 24362, *cit.*; *Id.* 27 maggio 2013, n. 13081, *cit.*; *Id.* 8 febbraio 2005, n. 2538, *cit.* In particolare Cass., 27 maggio 2013, n. 13081, *cit.*, aveva ritenuto che, in un caso in cui la società era stata dichiarata fallita, l'attore avrebbe dovuto dimostrare sia che l'omissione dei controlli aveva consentito la prosecuzione dell'attività e, dunque, del fatto dannoso, sia che l'effettuazione dei controlli avrebbe consentito di evitare il danno, alla stregua di una prognosi postuma effettuata secondo il principio della regolarità causale.

²¹ Tra le altre Cass. 11 novembre 2010, n. 22911, *cit.*, *Id.* 29 ottobre 2008, n. 25977, in *Fall.*, 2009, 5, 619.

²² CAVALLI, *op. cit.*, 188, il quale, sulla base di giurisprudenza, oggi risalente (v. sua nt. 47) sostiene, in questi casi, persino l'esistenza di un nesso causale in *re ipsa* (si veda *infra* nel testo).

casi in cui vi siano i presupposti, o anche solo la minaccia di farlo nell'ipotesi di mancato "ravvedimento operoso" degli amministratori²³. Così, una volta stabilita la successione «logica e cronologica fra l'inadempimento sindacale ed il fatto degli amministratori da cui è derivato il pregiudizio, non sembra però necessaria una positiva dimostrazione della potenziale capacità di controllo ad eliderne le conseguenze, rispondendo tale potenziale capacità alla valutazione legale dell'ipotetico, ordinario evolversi dei fatti»²⁴. Sul solco di questa tesi, nonostante esista un orientamento di segno opposto²⁵, si è persino giunti a sostenere che l'individuazione di specifiche violazioni del dovere di vigilanza da parte dei sindaci possa essere pretermessa in quanto sarebbe sufficiente, per una loro condanna, la mancata rilevazione di macroscopiche violazioni dei doveri degli amministratori e la sostanziale inerzia dinanzi ad atti di dubbia legittimità e regolarità²⁶.

Dunque si può rilevare che secondo i predetti principi generali, la responsabilità dei sindaci si colloca tra quelle di tipo "preventivo"²⁷: in altre parole i sindaci sarebbero responsabili per non aver evitato un danno, tanto che essi, onde andare esenti da responsabilità – come abbiamo visto, in linea generale –, dopo che l'attore ha dimostrato il rapporto causale tra la condotta negligente degli amministratori ed il danno subito dalla società, la violazione da parte dei sindaci di uno dei loro obblighi, nonché l'apporto causale concreto di tale violazione

²³ BONAVERA, *op. cit.*, 132; BALZARINI, *Responsabilità solidale e concorrente di amministratori e sindaci*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 880, commento a Trib. Milano, 18 luglio 2006, *ivi*. Così Cass. 29 ottobre 2013, n. 24362, cit.. Nello stesso senso anche Cass., 13 giugno 2014, nn. 13517-13518, in *Società*, 2014, 998; *Id.* 11 novembre 2010, n. 22911, cit., *Id.* 17 settembre 1997, n. 9252, cit., che ha confermato App. Milano, 14 ottobre 1994, in *Società*, 1995, 390. Ancor prima nello stesso senso (in un caso in cui gli amministratori erano anche i portatori dell'intero capitale sociale) si veda Cass., 14 marzo 1985, n. 1981, in *Foro It.*, 1986, I, 188.

²⁴ CAVALLI, *op. cit.*, 188.

²⁵ Anche recentemente la Corte di Cassazione ha ritenuto viceversa essenziale che la condotta dannosa dei sindaci debba essere sempre specificamente dedotta in quanto non sarebbe sufficiente la mera invocazione della violazione del dovere di vigilanza (Cass., 14 ottobre 2014, n. 21644, cit.). Si veda nello stesso senso, anche per la giurisprudenza di merito, App. Torino, 2 febbraio 2009, in *Fall.*, 2009, 8, 1003.

²⁶ Cass. 13 giugno 2014, nn. 13517-13518, cit., *Id.* 29 ottobre 2013, n. 24362, cit., *Id.* 11 novembre 2010, n. 22911, cit., *Id.* 23 febbraio 2005 n. 3774, in *Società*, 2005, 596, *Id.* 15 maggio 1991, n. 5445, in *Fall.*, 1991, 1141, Trib. Napoli, 4 dicembre 2013, in *Società*, 2014, 4, 485.

²⁷ Così si deduce anche dalle *Norme di comportamento del collegio sindacale* di società quotate e non, redatte dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili che, salvo proprio il potere di agire in responsabilità, attribuiscono ai poteri del collegio una funzione prettamente preventiva; nello stesso senso, PARRELLA, sub *art. 3*, in AA.VV., *La tutela del risparmio*, a cura di NIGRO-SANTORO, Torino, 2007, 67.

rispetto al pregiudizio prodottosi a carico della società, dovrebbero dimostrare di aver adempiuto ai loro doveri di vigilanza e, quindi, di non aver potuto impedire il verificarsi del danno alla società nonostante il corretto esercizio delle loro funzioni²⁸. In questo senso infatti la giurisprudenza ha spesso “assolto” i sindaci da responsabilità laddove la natura dannosa di un’operazione poteva accertarsi solo *ex-post*²⁹, in quanto – per lo meno in passato – non erano dotati di alcun potere idoneo a rimuovere un pregiudizio, ma solo ad evitarlo³⁰. Oggi, invece, come si vedrà subito, i predetti principi, con la valorizzazione dell’istituto di cui all’art. 2393, comma 3, c.c. (l’azione di responsabilità esercitata dal collegio sindacale) oggetto peraltro di una recente pronuncia di merito³¹, sono destinati a colorarsi in maniera differente sino (forse) a mutare.

2. Focus sul potere di deliberare l’azione di responsabilità

Preliminarmente mi pare ancora opportuno tratteggiare (seppur sinteticamente) gli aspetti essenziali della disciplina di questo istituto.

In dottrina si rinvengono pochi contributi specificamente ad esso dedicati e ciò (come si è osservato rifacendosi alle affermazioni della dottrina che per prima ha commentato la novella del 2005 che l’ha introdotto) per il suo presumibile scarso utilizzo pratico³²: i sindaci, in effetti, non avrebbero alcun in-

²⁸ Così da ultimo FERRARI, *op. cit.*, 385.

²⁹ Ad esempio, Trib. Milano, 15 luglio 1982, in *Fall.*, 1983, 517.

³⁰ Sul punto mi pare opportuna una precisazione. A mio sommesso parere occorre guardare i poteri dei sindaci da due diverse prospettive: da un lato quella della responsabilità, dall’altro quella della funzione. Dal primo punto di vista pare chiaro che, sino al 2005 (quando si è introdotto il potere oggetto della presente trattazione), i poteri dei sindaci consentissero solo di impedire la verifica di un pregiudizio e, dunque, non potessero che essere di tipo preventivo (qualificando così anche la connessa responsabilità), proprio per non aver impedito il pregiudizio. Dal secondo punto di vista, invece, è certamente condivisibile l’osservazione della dottrina maggioritaria secondo cui il concetto di controllo (e, dunque, di funzione del collegio sindacale) è sempre stato definito – pur con le evoluzioni che si tenterà di tratteggiare in seguito – in termini statici secondo la dizione di “controllo *ex-post*” (così anche a proposito del consiglio di sorveglianza, recentemente, PORTALE, *Il modello dualistico di amministrazione e controllo. Profili storico-comparatistici*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, III, Milano, 2015, 2479, il quale a proposito delle innovazioni nel sistema dei controlli nell’ordinamento tedesco, afferma che «da un concetto statico si trasforma, cioè, verso un concetto dinamico-preventivo di controllo, che si concretizza nella consulenza *ex ante* (per il futuro) al *Vorstand*»).

³¹ Trib. Catania, 13 novembre 2014, in *www.ilcaso.it*.

³² Così PERCHINUNNO, *Azione di responsabilità nei confronti degli amministratori promoss-*

centivo a promuovere tale azione considerata la responsabilità solidale che li lega agli amministratori (c.d. effetto *boomerang*)³³.

Tuttavia se ne è recentemente trattato in modo approfondito in occasione di uno studio sul tema dei controlli nelle società per azioni a dieci anni dalla riforma pubblicato sulla rivista *Giurisprudenza italiana*.³⁴

Si era osservato, in quell'occasione, che tale azione è pur sempre esercitata dalla società per far valere la responsabilità (contrattuale) degli amministratori per i danni da questi cagionati al patrimonio sociale nell'espletamento della loro attività gestoria, avendo la delibera del collegio sindacale (al pari di quella assembleare *ex art. 2393, comma 1 c.c.*), natura autorizzativa ed essendo considerata elemento idoneo ad integrare la legittimazione processuale del legale rappresentante della società³⁵ nonché, secondo alcuni, condizione sostanziale dell'azione (in quanto manifestazione della volontà della società di agire nei

sa dal collegio sindacale, in AA.VV., *Trattato del diritto commerciale e dell'economia pubblica*, a cura di GALGANO e GENGHINI, vol. LII, 2007, 45 ss.; PARRELLA, *op.cit.*, 63 ss.; CERVIO, *Azione di responsabilità al collegio sindacale*, in *Guida dir.*, 4, 2006, 115 ss.; AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori*, in AA.VV., *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, a cura di COTTINO, vol. IV, Padova, 2010, 751.

³³ BERTOLOTTI, *Società per azioni. Collegio sindacale. Revisori. Denuncia al Tribunale*, a cura di COTTINO, in AA.VV. *Nuova Giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, fondata da BIGIAMI e diretto da ALPA, BONILINI-BRECCIA-CAGNASSO-CARINICI-CONFORTINI-COTTINO-IANNARELLI, Milano, 2015, 321; AMBROSINI, *op. ult. cit.*, 783. In questo senso BENCINI, *I sindaci fra denuncia di gravi irregolarità ed azione di responsabilità nei confronti degli amministratori*, in AA.VV., *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, a cura di ALESSI-AMBROSINI-MORERA, Milano 2007, 483; PARRELLA, *op. cit.*, 63; PERCHINUNNO, *op. cit.*, 50. Si veda per la dottrina tedesca, a proposito dell'*Aufsichtsrat*, BAUMS, *Il sistema di corporate governance in Germania ed i suoi recenti sviluppi*, in *Riv. Società*, 1999, 8 ss.

³⁴ Mi permetto dunque di richiamare il mio *L'azione sociale di responsabilità e la legittimazione all'impugnazione da parte dei sindaci*, in AA.VV., *Il sistema dei controlli nelle società di capitali*, a cura di COTTINO-MONTALENTI, in *Giur.it.*, ottobre 2013, 2198 ss.

³⁵ Così, in relazione alla delibera dell'assemblea, Cass., 6 giugno 2003, n. 9090, in *Foro it.*, 2004, I, 551 ss. e in *Giur. It.*, 2004, 789 ss: «[1]a deliberazione assembleare, richiesta per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, è un elemento indispensabile al fine di integrare la legittimazione di colui che, in qualità di legale rappresentante della società, agisce nel processo». Si sostiene in giurisprudenza che la mancanza di delibera rappresenti un difetto di procedibilità e non di proponibilità: la delibera assembleare dunque, secondo questo orientamento, ben potrebbe giungere successivamente, a giudizio già instaurato. Così Cass., 10 settembre 2007, n. 18939, cit.; Cass., 11 novembre 1996, n. 9849, cit.; Trib. Milano, 22 gennaio 2001, in *Giur. Merito*, 2002, 412; Trib. Milano, 20 ottobre 1994, in *Foro pad.*, 1996, I, 65; Trib. Milano, 15 maggio 1986, *Società*, 1986, 1221; Trib. Milano, 28 gennaio 1982, in *Giur. Comm.*, 1983, II, 438. Ipotesi che, ad esempio, possono configurarsi nel caso di richiesta preventiva di sequestro conservativo sui beni degli ex amministratori.

confronti degli amministratori)³⁶. Conseguentemente si era ravvisata anche l'applicabilità dell'art 2393, comma 4 c.c., secondo cui l'azione può essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica.

Da un punto di vista procedurale la norma richiede, affinché la deliberazione dell'azione di responsabilità sia valida, il *quorum* deliberativo dei due terzi dei componenti del collegio sindacale. A proposito si era dato atto delle perplessità derivanti dalla previsione di un tale *quorum* rafforzato, in rapporto sia al diverso *quorum* previsto per la denuncia *ex art.* 2409 c.c. sia alle difficoltà operative nel caso in cui i componenti del collegio sindacale siano più di tre³⁷. E si era, inoltre, tentato di dare una risposta – negativa – all'inevitabile interrogativo relativo all'applicazione o meno della revoca automatica degli amministratori prevista dall'art. 2393, comma 5 c.c. e dall'art. 2409-*decies*, comma 2 c.c. (rispettivamente nel caso di azione di responsabilità deliberata dall'assemblea o dal consiglio di sorveglianza con maggioranze qualificate); in effetti, tale istituto non dovrebbe applicarsi in quanto: i) anzitutto il collegio sindacale, a differenza del consiglio di sorveglianza e dell'assemblea, essendo organo (quantomeno) formalmente privo di poteri di "indirizzo" (non ha infatti, tra l'altro, poteri di nomina), non potrebbe revocare gli amministratori; ii) in secondo luogo, alla luce di un esame dei lavori parlamentari della legge 262/2005³⁸, emerge come fosse stata espunta dal testo definitivo proprio la previsione, presente in prima lettura, della revoca automatica degli amministratori in caso di azione deliberata all'unanimità dei componenti del collegio sindacale, con ciò manifestando presumibilmente una volontà contraria del legislatore di estendere tale effetto alla norma in esame così conservando una delle prero-

³⁶ Così si esprime anche il Tribunale di Milano in relazione alla delibera della società con sentenza del 27 gennaio 1986, in *Dir. fall.*, 1986, II, 623, ma anche parte della dottrina: PICCIAU, sub *art.* 2393 c.c., in AA.VV., *Amministratori*, a cura di GHEZZI, Milano, 2005, 575; FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, Torino, 2002, 317.

³⁷ PERCHINUNNO, *op. cit.*, 49. Così anche BLANDINI, *Riforma del risparmio e società quotata*, Società, 2006, 269. Sarà necessario un *quorum* dei due terzi del numero dei componenti del collegio, arrotondando sempre per eccesso il risultato ottenuto oppure che non vi sia più di un dissenziente? (Segue quest'ultima tesi BERTOLOTTI, *op. cit.*, 321).

³⁸ A tal fine si legga la relazione delle Commissioni permanenti VI (finanze) e X (attività produttive, commercio e turismo) presentata alla Presidenza della Camera il 18 febbraio 2005 dai relatori Conte, per la VI Commissione e Saglia, per la X Commissione sulle proposte di legge n. 2436-4543-4551-4586-4622-4639-4705-4746-4747-4785-4971-5179-ter-5294-A; interessanti sono anche gli emendamenti proposti (e gli interventi ad essi relativi) dell'on. Gambino e dell'on. Lettieri proposti alla seconda lettura della legge in questione con riferimento al potere *de quo* (fonte: http://legxiv.camera.it/_dati/leg14/lavori/schedela/apriTelecomando.asp?codice=14PDL0069180).

gative tipologiche idonee a distinguere il consiglio di sorveglianza dal collegio sindacale.

Infine, sempre da un punto di vista procedurale, si era dato atto dell'interessante opinione espressa da una parte minoritaria della dottrina secondo cui, similmente a quanto avviene nell'ordinamento tedesco³⁹, spetterebbe al presidente del collegio sindacale la legittimazione attiva e processuale ad agire in responsabilità⁴⁰.

Nel medesimo articolo poc'anzi citato si poneva inoltre l'accento, e qui ve-

³⁹ Nel cui sistema l'organo di controllo (l'*Aufsichtsrat*) ha il potere-dovere di agire in responsabilità nei confronti dei propri amministratori rappresentando in giudizio la società attrice (BAUMS, *op. cit.*, 8).

⁴⁰ ANT. ROSSI, *Responsabilità verso la società per azioni*, in AA.VV., *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, a cura di AMBROSINI, Milano, 2007, 46. Secondo questa tesi infatti, tale legittimazione potrebbe sostenersi sulla base di una serie di argomentazioni. Anzitutto su una particolare interpretazione dell'art. 2393-bis, comma 3, c.c., nella parte in cui recita che «[l]a società deve essere chiamata in giudizio e l'atto di citazione deve essere notificato anche in persona del presidente del collegio sindacale»: se ciò significa attribuire una legittimazione passiva al presidente del collegio sindacale in caso di azione della minoranza, parrebbe incoerente non attribuirgli anche quella attiva (*contra* NAZZICONE, *sub art. 2393-bis*, in AA. VV., *La riforma del diritto societario*, a cura di LO CASCIO, Milano, 2003, 207, secondo cui si dovrebbe negare altresì la legittimazione passiva del presidente del collegio sindacale poiché sarebbe strano, per l'Autrice, introdurre una deroga ai normali poteri di rappresentanza «nell'ambito di una disposizione, tutto sommato, marginale e di rara applicazione»; SALAFIA, *Il concreto esercizio dell'azione di responsabilità sociale*, in *Società*, 2008, 1061 ss.). In secondo luogo sulla base di un'argomentazione storica: la legittimazione attiva in capo ai sindaci non sarebbe "cosa" nuova visto che sia il codice di commercio all'art. 152 («[l]'azione contro gli amministratori per fatti riguardanti la loro responsabilità compete all'assemblea generale, che la esercita per mezzo dei sindaci») sia il Progetto De Gregorio contenevano disposizioni in tal senso (anzi, addirittura quest'ultimo progetto consentiva ai sindaci l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità in nome della società, quando l'assemblea avesse deliberato di non esercitarla) (Così RORDORF, *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza (parte II)*, *Società*, 2008, 1326; ANT. ROSSI, *op. cit.*, 44; BENAZZO, *Rinuncia e transazione in ordine all'azione sociale di responsabilità*, Padova, 1992, 119). Infine sulla base della considerazione per cui l'esistenza di poteri amministrativi (nei quali rientra quello di rappresentanza) in capo ai sindaci non sarebbe del tutto sconosciuta al nostro ordinamento. Secondo questa dottrina in tale modo si agevolerebbe la promozione dell'azione di responsabilità, quantomeno da un punto di vista procedurale, considerato, soprattutto, l'incerta e più lunga procedura per la nomina del curatore speciale *ex art. 78 c.p.c.* nel caso di conflitto di interessi del legale rappresentante della società: in questi casi, infatti, la richiesta di nomina potrebbe intervenire solo su istanza dell'amministratore in carica in conflitto oppure dal Pubblico Ministero su esposto del collegio sindacale, ma non è certo che a ciò sia legittimato quest'ultimo organo direttamente. Sulla speciale rappresentanza passiva del presidente del collegio sindacale si veda anche OPPO, *L'azione «sociale» di responsabilità promossa dalla minoranza nelle società quotate*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, 409.

niamo all'interesse specifico per il tema che ci occupa, sulla possibile rilevanza sistematica dell'istituto sotto un duplice profilo:

(i) l'incremento dei soggetti legittimati a far valere la responsabilità degli amministratori e, dunque, chiamati a valutare l'incidenza degli atti gestori sull'interesse sociale;

(ii) l'ampliamento dei confini anche ontologici della responsabilità dei sindaci.

Ai fini del presente contributo è opportuno concentrarsi su questo secondo aspetto⁴¹ che, peraltro, è stato oggetto – per la prima volta dall'introduzione del comma 3 dell'art. 2393 c.c. – di una interessante e recente pronuncia del Tribunale di Catania.⁴²

In generale, possiamo affermare che l'esistenza di un potere dei sindaci di agire in responsabilità sembra modificare o, meglio integrare, il regime di responsabilità dettato dall'art. 2407 cod. civ. Come sopra osservato, dalla lettura di quest'ultima norma e dal complesso dei poteri attribuiti dalla legge ai sindaci (escluso quello qui in esame), la responsabilità dei sindaci pare essere puramente di tipo *preventivo*. Invece col potere di agire in responsabilità, volto ad ottenere una rimozione di un pregiudizio, più che ad evitarlo, pare anzitutto diversa la prospettiva da cui partire: non si dovrebbe più parlare (soltanto) di responsabilità o poteri di tipo *preventivo* volti cioè ad evitare il verificarsi di un danno, ma di responsabilità o potere di tipo *successivo*. Considerato dunque che, al pari di ogni potere, anche quello in esame dovrebbe considerarsi

⁴¹ Permettendomi di rinviare per la trattazione del primo al citato articolo pubblicato su *Giurisprudenza italiana*.

⁴² Trib. Catania, 13 novembre 2014, in *www.ilcaso.it*. Questi, succintamente i fatti. Il Fallimento della società Nuova Stock Import r.l. dopo aver ottenuto il sequestro conservativo nei confronti dei soli amministratori in vista di una successiva azione di responsabilità ex art. 146 l. fall. (per una serie di inadempimenti, quali la prosecuzione dell'attività di impresa non limitata alla gestione conservativa dopo il verificarsi di una causa di scioglimento, l'affitto e la cessione di rami d'azienda a prezzo non congruo, il rimborso di finanziamenti ai soci in violazione dei principi sulla postergazione ex art. 2467 c.c., il mancato pagamento di tributi e contributi con conseguente aggravio della situazione debitoria), aveva promosso reclamo ritenendo non fondata la pronuncia del giudice di prime cure laddove aveva escluso dal provvedimento cautelare i sindaci della società medesima. Questi infatti aveva deciso in tal senso in quanto i sindaci non solo sarebbero stati privi di alcun potere interdittivo o impeditivo, ma sarebbero stati esenti anche da colpa. Il collegio, ribaltando la decisione del primo giudice, con argomentazioni, a mio sommo parere condivisibili, afferma la responsabilità anche dei sindaci (seppur nei limiti del *fumus boni iuris*) – limitatamente ad alcuni dei fatti dedotti dal fallimento – non solo per aver omesso una serie di doverosi controlli, ma anche per non aver esercitato, pur potendolo fare, l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori ai sensi dell'art. 2393, comma 3 c.c.

un dovere⁴³, qualora i sindaci, pur ricorrendone i presupposti, non agiscano nei confronti degli amministratori, dovrebbero essere chiamati a rispondere per il solo fatto di tale omissione⁴⁴. Come unico precedente a suffragio di questa tesi fino ad oggi si poteva citare soltanto una pronuncia straniera, quella del *Bundesgerichtshof*⁴⁵ che aveva affermato la responsabilità dell'organo di controllo (*Aufsichtsrat*) per aver omesso di deliberare l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti del consiglio di gestione (*Vorstand*). Oggi, invece, come anticipato, abbiamo anche un precedente di diritto interno: quello appunto del già citato Tribunale di Catania che, seppur nei limiti di un'ordinanza pronunciata in sede cautelare, ha riconosciuto una tale responsabilità in capo al collegio sindacale. Inoltre, in quest'ottica, parimenti interessante mi pare la recente richiesta della Consob rivolta al Collegio sindacale di una società quotata italiana. La Commissione ha, infatti, richiesto ai sensi dell'art. 114 TUF di comunicare: «*le motivazioni in base alle quali il collegio sindacale, in carica "senza soluzioni di continuità" dal 2003, non ha ritenuto di esercitare i poteri concessi dall'art. 2393, comma 3, del codice civile, in ordine alla promozione dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori*»⁴⁶.

Correttamente, però, bisogna evidenziare le difficoltà, soprattutto da un punto di vista probatorio, dell'attore nell'ottenimento di una condanna dei sindaci per aver omesso di esercitare un'azione di responsabilità: tra l'altro, egli dovrebbe dimostrare anche l'accogliibilità e, dunque, la presumibile fondatezza dell'azione di responsabilità che i sindaci avrebbero dovuto esercitare⁴⁷. Tut-

⁴³ Sul fatto che la previsione di un potere in capo ai sindaci postuli un dovere e non una semplice facoltà si veda, oltre quanto già scritto sopra, ad esempio, AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori*, cit., 751. In questo senso anche Cass., 11 novembre 2010, n. 22911, in *Foro it.* 2011, 6, 1686, Trib. Roma, 8 aprile 2003, in *Giur. merito* 2004, 707. Interessante anche Cass., 17 settembre 1997, n. 9252, *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, 915, per cui: «[I]a denuncia delle gravi irregolarità compiute dagli amministratori al p.m., ai fini di stimolarne il ricorso al tribunale, costituisce doveroso adempimento del collegio sindacale, quando sia rimasta l'unica iniziativa praticabile in concreto per poter legittimamente por fine alle illegalità di gestione riscontrate, o interrompere la successione di comportamenti "contra legem" che arrecano pregiudizio al patrimonio sociale». Se è stato riconosciuto doveroso, come nel caso da ultimo citato, la denuncia di gravi irregolarità nel caso in cui questa fosse l'unica iniziativa idonea ad evitare un danno, *a fortiori* dovrebbe considerarsi doveroso esercitare un potere finalizzato a rimuoverlo.

⁴⁴ Così pare anche esprimersi parte della dottrina, ad esempio, BERTELOTTI, *op.cit.*, 321.

⁴⁵ Il caso è *ARAG/Garmenbeck*; la sentenza è pubblicata sulla rivista tedesca *Zip*, 1997, 83.

⁴⁶ Si veda http://www.consob.it/main/documenti/divulgazione_info/2014/ric02_2014_2.htm.

⁴⁷ Si veda PARRELLA, *op.cit.*, 63 ss.; CERVIO, *op. cit.*, 115; Cass. 17 settembre 1997 n. 9252, in *Società*, 1998, 1025, con riferimento all'azione sociale deliberata dall'assemblea.

tavia resta la considerazione che i poteri dei sindaci (e, dunque, la loro responsabilità) non dovrebbero più considerarsi solo di natura *preventiva*, ossia volti esclusivamente ad evitare un danno, bensì ora anche di natura *successiva*, volti, cioè, a rimuoverlo⁴⁸. E si consideri come il mancato esercizio di un'azione di responsabilità debba considerarsi comunque atto dannoso, come anche deciso in una (ormai) risalente pronuncia di merito,⁴⁹ salvo quanto si dirà tra una attimo a proposito della possibile applicazione della *Business Judgment Rule*.

Così si potrebbe, a mio avviso, effettivamente accostare la responsabilità dei sindaci, in questi termini delineata, a quella disegnata dal legislatore per gli amministratori non esecutivi dall'art. 2392, comma, 2 cod. civ. («[i]n ogni caso gli amministratori [dunque secondo quanto qui ipotizzato: i sindaci], [...] sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto [non solo] quanto potevano per impedirne il compimento [bensì, quanto potevano per] eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose»), il che non farebbe altro che confermare quella prospettiva, ormai sempre più condivisa in dottrina, da cui oggi il fenomeno dei controlli è visto: non più come elemento esterno alla gestione, ma come parte integrante di essa atto a correggere l'indirizzo del *day-to-day business*⁵⁰.

⁴⁸ Così, come si è visto, sembrano deporre anche le *Norme di comportamento del collegio sindacale* sia nelle società non quotate (del 21 settembre 2015) che in quelle quotate (approvate il 15 aprile 2015) «[a] differenza della denuncia ex art. 2409 c.c. che svolge tipicamente una funzione preventiva di ripristino del buon governo della società, l'azione di responsabilità sociale, operando successivamente, persegue la finalità di salvaguardare il patrimonio sociale».

⁴⁹ Trib. Bologna, 27 giugno 1974, cit.

⁵⁰ A proposito si veda l'appunto di un Autore (BENZAZZO, *op.cit.*, 119) che nel 1992, con riguardo all'azione di responsabilità esercitata dall'assemblea osservava come questa potesse considerarsi una competenza di tipo amministrativo: «[v]i è comunque una precisazione che in tali occasioni si è avuto cura di fare e che è opportuno qui ricordare: l'assemblea è investita per legge della competenza a deliberare il compimento di una serie di atti [...] che comportano una diretta ingerenza nell'amministrazione della società, cosicché non è lecito affermare che la gestione dell'impresa appartenga alla competenza decisionale esclusiva degli amministratori. Uno di questi casi è rappresentato proprio dalla delibera concernente l'azione sociale di responsabilità». Posto che, naturalmente, all'epoca non esisteva l'art. 2380-bis c. c., che affida agli amministratori l'esclusiva competenza in materia gestoria, certamente l'intuizione dell'Autore presenta grande interesse per il tema qui affrontato. Così coglie l'osservazione anche un'altra dottrina (ANT. ROSSI, *Responsabilità verso la società per azioni*, cit., 44) e, anche più recentemente, in chiave comparatistica PORTALE, *op.cit.*, 2479, a mente del quale il controllo sarebbe trasmigrato da un concetto statico– successivo ad uno dinamico-preventivo. Rischiamiamo nuovamente, in tale sede, quanto poc'anzi detto a proposito della necessaria distinzione – onde evitare equivoci interpretativi – concernete la prospettiva da cui guardare i poteri dei sindaci: un conto è analizzarli da un punto di vista della responsabilità (e, quindi, in chiave

3. L'omesso esercizio dell'azione di responsabilità e la responsabilità dei sindaci, quali prospettive? *Business Judgment Rule*, utilizzo dell'istituto e meccanismi premiali

Considerate le rilevanti conseguenze sul piano delle responsabilità e l'importanza sistematica della norma che attribuisce il potere di esercitare l'azione di responsabilità ai sindaci, si tratta ora di comprendere come poter, da un lato, scongiurare il pericolo che attraverso l'applicazione di questi principi i sindaci possano essere sempre ritenuti responsabili (in quanto avrebbero "sempre" dovuto-potuto agire), alla stregua di una sorta di responsabilità oggettiva e, dall'altro, rendere concretamente utilizzabile tale strumento da parte dei sindaci, i quali potrebbero evidentemente essere disincentivati dal farlo per il timore connesso al menzionato effetto *boomerang*⁵¹.

L'indagine è certamente aperta, ma, già in questa sede, si possono succintamente enucleare alcuni risultati cui si è addivenuti.

Quanto al primo aspetto i sindaci dovrebbero considerarsi responsabili solo se l'azione che non hanno esercitato era, secondo una valutazione *ex ante* ed alla luce delle informazioni in loro possesso o che avrebbero dovuto-potuto acquisire, accoglibile e non contraria all'interesse sociale⁵². È chiaro che comprendere se un'azione sia accoglibile o meno è cosa tutt'altro che semplice, dovendosi presumibilmente escludere una responsabilità omissiva allor-

ex-ante) un altro è farlo dal punto di vista della funzione (e, dunque, *ex-post*, ma, invero, alla luce di quanto detto, sempre più in mutamento verso una visione anche qui di influenza *ex-ante* sulle decisioni amministrative).

⁵¹ PARRELLA, *op. cit.*, 63 e 67-68; Nello stesso senso PERCHINUNNO, *op. cit.*, 47; AMBROSI NI, *Collegio sindacale: doveri, poteri e responsabilità*, *op. cit.*, 783. In Germania circa i medesimi problemi per l'*Aufsichtsrat*, BAUMS, *op. cit.*, 8.

⁵² Così anche il *Bundesgerichtshof* in occasione della sentenza citata: «[T]his requirement will generally only be fulfilled, if the company's interests and concerns, which make it seem advisable to not seek compensation for the company's damages caused by the management board, outweigh or at least of tantamount the standpoints that militate for the initiation of legal proceedings». In particolare la sentenza tende a delimitare l'ambito in cui sia consentito non agire per il *Gründedes Gesellschaftswohl* ai soli casi in cui l'esercizio dell'azione in questione possa provocare «negative effects on the company's business and reputation in the public, interference with management board work and general work climate [...] Other standpoints than the good of the company, such as the protection of merited management board member [...] may only be considered by the supervisory board in exceptional instances». (Commento e traduzione della sentenza rinvenibile nello scritto di Carsten JUNG MANN, redatto in occasione della *Summer School on European Business Law* del 2009, organizzata dal Düsseldorf Law School: *Responsibility and liability of the management board*. L'articolo è reperibile al link: <http://www.duslaw.eu>. Recentemente sul punto anche PORTALE, *op. ult. cit.*, 2477.

quando, a mio avviso, l'azione sarebbe accoglibile solo secondo orientamenti minoritari⁵³. A proposito potrebbe essere interessante mutuare quanto elaborato dagli interpreti in tema di impugnazione delle delibere assembleari e consiliari da parte del collegio sindacale: «[l]'esercizio del diritto di impugnativa sarà doveroso, infatti, solo nel caso in cui il vizio che rende annullabile la delibera sia evidente ed immediatamente riscontrabile. Nei casi opinabili, per esimere gli amministratori e componenti degli organi di controllo da responsabilità, sarà sufficiente che la scelta di non impugnare sia giustificata dal motivato dubbio»⁵⁴. Ciò che altresì (ed ovviamente) rileva è la qualità e la quantità delle informazioni che i sindaci possono reperire con la diligenza richiesta dal loro incarico.

Ancor meno semplice è l'insieme delle valutazioni ulteriori che i sindaci si trovano a dover effettuare, con certamente (quantomeno a mio parere) un ineliminabile margine di discrezionalità: i) la lesione dell'interesse sociale da parte di una condotta degli amministratori; ii) l'opportunità "strategica" di un'azione di responsabilità; iii) e, connesso a questo aspetto, il fatto che l'esercizio dell'azione non pregiudichi in concreto l'interesse sociale.⁵⁵ Come si è detto, inoltre, dovrebbero valutare – seppur con un minore margine di discrezionalità dato il maggiore aspetto tecnico – l'accoglibilità della loro azione.

Orbene, tutte queste valutazioni (specie le prime) non ci paiono del tutto lontane da scelte di natura "amministrativa" che ben potrebbero – ritengo – essere anch'esse coperte dalla *Business Judgment Rule*⁵⁶. Se è vero che, di primo acchito, siffatte conclusioni potrebbero suscitare qualche comprensibile perplessità, è anche vero che l'esercizio di un'azione di responsabilità è ritenuta anche in altri Paesi una prerogativa amministrativa⁵⁷. Così in dottrina si è

⁵³ Visto che, come dato di esperienza, normalmente ci si determina a seguire nella pratica gli orientamenti maggioritari, specie a seguito di pareri legali *pro-veritate*.

⁵⁴ STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, in AA.VV., *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, cit., 186.

⁵⁵ Si pensi ai casi in cui i *rumors* o comunque gli effetti sul mercato di un'azione di responsabilità avverso il *management* (specie di una quotata) possano essere ben peggiori rispetto al pregiudizio che con tale azione si intende rimuovere.

⁵⁶ Un'autorevole dottrina statunitense si interroga nello stesso e, cioè, se sia estensibile o meno il principio della *Business Judgment Rule* alla scelta di agire in responsabilità: «*whether to sue or not to sue is ordinarily a matter for the business judgement of directors, just as a decision that the corporation will make bricks instead of bottles*» (CLARCK, *Corporation Law*, Boston, 1986, 641).

⁵⁷ Si veda, ad esempio, la dottrina inglese: «*[t]he test [...] is whether "the interest of the company" require that litigation be instituted*»; «*[t]he role of the law is thus to determine the person or persons who can safely be entrusted with taking the decision whether in a particular*

sostenuto che il potere di agire in responsabilità costituisce «una speciale competenza gestionale interna, attribuita eccezionalmente dalla legge ad un organo diverso da quello amministrativo, la quale non implica che la società possa agire in giudizio impersonata dai sindaci o dai consiglieri di sorveglianza, ma che la deliberazione integra la legittimazione di chi dovrà poi concretamente proporre l'azione giudiziaria in nome e per conto della società di cui ha la legale rappresentanza»⁵⁸.

Ciò considerato, alla luce delle diverse questioni emerse e dei diversi interessi in gioco, si potrebbe concludere che, accertata l'esistenza di una responsabilità gestoria, l'organo di controllo dovrebbe, in via di principio, agire, a meno che a ciò non osti l'interesse sociale. In questo modo, si potrebbe persino giungere ad affermare che l'omissione dell'esercizio di un'azione di responsabilità si presume sempre pregiudizievole per la società a meno che non venga diversamente dimostrato dai sindaci e, cioè, non venga dimostrato dagli stessi che, alla luce di una completa, diligente e corretta istruttoria, l'interesse sociale ha suggerito di non agire, alla stregua delle regole e dei principi che governano la *Business Judgment Rule*. Ed è proprio in questo limitato spazio che, a mio sommo parere, potrebbe operare la *Business Judgment Rule*, alleggerendo così l'onere probatorio in capo ai sindaci. In questo senso depone anche il precedente della giurisprudenza tedesca poc'anzi citato secondo cui l'organo di controllo (l'*Aufsichtsrat*) ha un (seppur limitato) potere discrezionale in questa materia che si può riassumere proprio nella valutazione circa la contrarietà o meno all'interesse sociale dell'esercizio dell'azione (potendo l'*Aufsichtsrat*, in tale ultimo caso, astenersi dall'agire)⁵⁹: tale sentenza, secondo autorevole dottrina, «ha anticipato la codificazione dell'applicabilità anche al consiglio di sorveglianza della *Business Judgment Rule*», decidendo che «il consiglio di sorveglianza può eccezionalmente rinunciare a far valere le pretese risarcitorie [della società], prevedibilmente fondate, nei confronti di un componente del consiglio di gestione, inadempiente ai propri obblighi, solo se rilevanti interessi ed esigenze della società depongano a favore di una siffatta rinuncia. Detto presupposto ricorre, in generale, solo se gli interessi e le

case litigation to enforce the company's right should be initiated or not) (GOWER-DAVIES, *Principles of the modern company law*, Sweet & Maxwell, London, 2008, 606). La stessa dottrina afferma che, sulla scorta di tali premesse, l'attribuzione di tale potere al *board*, da parte dello statuto di diverse *companies*, «seems clear».

⁵⁸ RORDORF, *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a sotto la lente della giurisprudenza (II parte)*, cit., 1325-1326

⁵⁹ Si veda, oltre alla dottrina citata nel testo, il commento alla sentenza di CARSTEN JUNG-MANN, cit.

esigenze sociali, che fanno apparire opportuno non agire per il risarcimento del danno procurato alla società da parte del consiglio di gestione, prevalgono sulle o siano almeno equivalenti alle ragioni che depongono per far valere giudizialmente le pretese della società»⁶⁰.

Alle medesime conclusioni (a mio avviso) si potrebbe giungere con riferimento all'eventuale responsabilità commissiva del sindaco per la deliberazione di un'azione di responsabilità, risultante poi (infondata o comunque) pregiudizievole⁶¹. In questo caso tuttavia ci troveremo davanti ad una responsabilità esclusiva dell'organo di controllo, circostanza che pone l'interrogativo di come conciliare tale assunto con il sistema previsto per la responsabilità dei sindaci i quali rispondono o in concorso con gli amministratori o per la verità delle proprie attestazioni o per la violazione del dovere di riservatezza, mentre nel caso appena prospettato, dovrebbero rispondere autonomamente per una loro scelta⁶². Rimane poi fermo che, in ogni caso, i sindaci dissenzienti potrebbero andare esenti da responsabilità facendo constare il proprio dissenso a verbale come parrebbe risultare dal combinato disposto degli artt. 2404, comma 4 c.c. e 2392, comma 3 c.c.⁶³.

Tanto premesso, appare dunque coerente affermare che la responsabilità dei sindaci, a ragione del nuovo potere in esame, completi quella sua marcata metamorfosi, già messa in evidenza dalla dottrina⁶⁴, caratterizzata dal passag-

⁶⁰ PORTALE, *op. ult. cit.*, 2478.

⁶¹ Potrebbe essere, questa, una mera ipotesi di scuola, posto che il timore di un effetto *boomerang* già di per sé potrebbe rappresentare un deterrente ad esercitare l'azione. Tuttavia, ben potrebbe il collegio essere incentivato ad agire, ad esempio, qualora intravedesse in tale strumento una possibilità di chiamarsi fuori da responsabilità – su questo si veda oltre.

⁶² Il problema comunque dovrebbe considerarsi agevolmente superabile dato che la dottrina da tempo sostiene l'esistenza di ulteriori ipotesi di responsabilità per fatto proprio derivanti dalla violazione di doveri diversi da quello di controllo sull'attività altrui (CAVALLI, *op. cit.*, 180 ss.): ad esempio, i comportamenti illeciti tenuti in sede di "amministrazione vicaria" ex art. 2386 c.c., l'omessa iscrizione della cessazione degli amministratori [maggiori dubbi si sono sollevati in merito al fatto che sia riportabile alla responsabilità esclusiva il caso di omessa convocazione dell'assemblea ex artt. 2406-2408 c.c. vista la necessità – in tali casi – di pregressi inadempimenti degli amministratori (si veda sul punto DOMENICHINI, *Il collegio sindacale*, cit. 45 ss.)].

⁶³ Nel senso di riconoscere un possibile esonero da responsabilità per i sindaci che facciano annotare il proprio dissenso, v. AMBROSINI, *Collegio sindacale, doveri, poteri e responsabilità*, cit., 794: «non si vede in effetti quale possa essere la ratio della disposizione [art. 2404, comma 4 cod. civ.] se non, appunto, quella di esonerare da responsabilità il sindaco che abbia fatto annotare la propria opinione dissenziente». Allo stesso modo COLOMBO, *Il bilancio d'esercizio delle società per azioni*, Padova, 1965, 314 ss. e TEDESCHI, *Il collegio sindacale*, sub artt. 2397-2408, in *Commentario* diretto da SCHLESINGER, Milano, 1992, 263.

⁶⁴ FURGIUELE, *op. cit.*, 426. L'Autrice, in nota 29 a p. 435, cita le parole di FORTUNATO

gio da una responsabilità puramente da controllo ad una ibrida, coinvolgente ambiti di responsabilità amministrativa.

Quanto al secondo aspetto che si intende affrontare in questo paragrafo (legato al c.d. effetto “*boomerang*” e volto a comprendere come incentivare l’impiego dell’istituto da parte dei sindaci) è diffusa l’opinione che questo potere possa essere utilizzato dai sindaci solo come *extrema ratio* e, comunque, soltanto in casi eccezionali: certamente nel caso in cui i sindaci attori siano entrati in carica successivamente al compimento degli atti illegittimi produttivi di danno (ad esempio in caso di nomina nel corso del procedimento *ex art. 2409 c. c.*)⁶⁵, come anche in tutte quelle ipotesi in cui non era ipotizzabile alcuna forma di intervento idonea ad evitare l’evento dannoso o a ridurne la portata (ad esempio, eventuali atti dell’amministratore unico o delegato immediatamente produttivi di effetti pregiudizievoli per la società e non prevedibili: i c.d. *illeciti istantanei*)⁶⁶ o lo stesso si sia verificato nonostante il diligente comportamento dei sindaci stessi o, ancora, su spinta dei sindaci dissenzienti in relazione ad alcune azioni od omissioni del collegio sindacale che abbiano contribuito all’evento dannoso (ad esempio in caso di mancata denuncia al tribunale *ex art. 2409 c. c.*)⁶⁷.

Tuttavia, oltre a questi casi, vi sarebbero altri motivi che dovrebbero incentivare i sindaci ad agire, uno dei quali (l’ultimo che di seguito tratterò) da individuarsi nel contesto dei gruppi di società. Anzitutto oltre a poter evitare di essere considerati responsabili per non aver «*fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose*», po-

(sub art. 2409-septies, in *Società di capitali, Commentario* a cura di NICCOLINI-STAGNO D’ALCONTRES, vol. II, Napoli, 2004, 864): «*Più precisamente, il controllo, pur distinto dall’attività di gestione in senso stretto, deve considerarsi come parte dell’amministrazione nell’accezione più ampia, come “governo” dell’impresa*».

⁶⁵Trib. Roma ord., 20 febbraio 2012, n. 2730, cit. secondo cui rispondono per omesso controllo sia i sindaci in carica al momento in cui la condotta pregiudizievole degli amministratori sia stata posta in essere sia quelli subentrati, con la conseguenza che da questi ultimi ci si aspetta che all’inizio del loro mandato assumano tutte le informazioni necessarie per avere un quadro preciso della situazione patrimoniale e amministrativa della società. Trib. Como, 17 marzo 2005, in *Giur. comm.*, 2007, II, 428 ha ritenuto esente da responsabilità l’unico tra i sindaci che dal momento dell’assunzione della carica si è attivato (mediante richieste di informazioni, convocazioni, verifiche, addirittura redazione di un esposto alla Procura della Repubblica) per riportare la gestione della società nell’ambito della correttezza e della legalità. Nello stesso senso anche alcune risalenti pronunce (tra cui, Trib. Roma, 10 gennaio 1973, in *Riv. dott. comm.*, 1974, 38) riprese da CAVALLI (*op. cit.*, 185, nt. 36) per sostenere la responsabilità dei sindaci per fatti pregiudizievoli posti in essere prima della loro nomina ancora suscettibili di essere eliminati.

⁶⁶L’esempio è di PARRELLA, *op. cit.*, p. 68.

⁶⁷Fermo restando che trattasi comunque di potere collegiale.

trebbero beneficiare delle (eventuali) conseguenze favorevoli derivanti dalla rimozione del danno. In primo luogo, esercitare l'azione di responsabilità consentirebbe ai sindaci, a differenza di quando tale potere non era loro attribuito, di impedire la successione "in catena" degli effetti dannosi⁶⁸, così potendo evitare di rispondere dell'aggravio delle conseguenze dannose di un atto pregiudizievole degli amministratori; seguono questo orientamento le "Norme di comportamento del collegio sindacale" sia per le "società non quotate" che per "quelle quotate" del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, secondo cui «[i]n particolare, è opportuno che l'azione sia tempestivamente promossa quando un suo eventuale ritardo possa aggravare le conseguenze degli eventi dannosi». È vero che la scelta sarebbe comunque difficile: da un lato il tacere potrebbe consentire ai sindaci, insieme agli amministratori, di non essere coinvolti in responsabilità, tuttavia se da un danno ne derivasse un altro e poi un altro ancora, fino all'insolvenza, i sindaci, presumibilmente, potrebbero essere chiamati a rispondere non solo per il verificarsi del primo danno per *culpa in vigilando*, ma, altresì, per tutte le ulteriori conseguenze negative che da ciò sono derivate per non aver rimosso il primo (e poi ciascuno successivo), circostanza che, in effetti, che potrebbe incentivarli ad agire (o quantomeno a valutare "seriamente" di farlo). In secondo luogo si potrebbero ipotizzare meccanismi premiali conseguenti all'esercizio dell'azione di responsabilità. In altre parole si potrebbe individuare nel potere di cui all'art. 2393, comma 3 c.c. una norma premiale, volta a cristallizzare il più ampio dissenso dei sindaci nei confronti dell'attività amministrativa, quasi alla stregua di un "ravvedimento operoso", consentendo agli stessi di "recuperare" il loro corretto agire, esercitando *a posteriori* l'azione di responsabilità. Peraltro, questa tesi, secondo parte della dottrina, non potrebbe essere accolta⁶⁹: i) *in primis* in quanto il legislatore ha cercato di potenziare il sistema dei

⁶⁸ Prima, infatti, non potendo autonomamente ricorrere alla rimozione del danno, dovevano riferire o all'assemblea ai sensi dell'art. 2406 c.c. o denunciare gli atti al tribunale ex art. 2409 c.c., rimettendosi alla loro volontà di tali soggetti per la rimozione dei danni in questione.

⁶⁹ Così PARRELLA, *op. cit.*, p. 66: «la decisione di promuovere l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori non esonererà, di certo, i sindaci dalla loro responsabilità concorrente laddove siano rimasti colpevolmente inerti di fronte alle condotte illegittime dei primi»; SALAFIA, *op. cit.*, p. 1062: «[p]enso che il conferimento di questo nuovo potere all'organo di controllo non possa in alcun modo intendersi come salvacondotto per i sindaci, nel senso che il suo esercizio li ponga al riparo dall'azione di responsabilità prevista dall'art. 2407 c.c. Si tratta di un potere che rafforza gli strumenti forniti ai sindaci, il cui possibile impiego dovrebbe servire da deterrente nei confronti degli amministratori e non, paradossalmente, a liberarli dalle responsabilità relative alla funzione».

controlli⁷⁰ ed una tale interpretazione non farebbe che affievolire l'attenzione dei sindaci che potrebbero sempre "cavarsela" esercitando *a posteriori* l'azione di responsabilità; ii) *in secundis*, come abbiamo osservato, il potere *de quo* diverrebbe non tanto un obbligo quanto un onere per i sindaci⁷¹ trasformandosi in uno strumento volto a soddisfare esigenze "egoistiche" dei sindaci più che della società; iii) infine parrebbe insormontabile il dettato dell'art. 2407, comma 2 c. c. che sancisce il potere-dovere di evitare un danno, prima ancora di rimuoverlo.

Tuttavia se questo è per ora il punto di arrivo della ricerca (*de jure condito*), non sembra peregrino poter ipotizzare, *de jure condendo*, un meccanismo premiale onde evitare non solo che la norma rimanga sostanzialmente priva di utilizzo pratico e di qualunque effetto deterrente, ma che la stessa, vista la devastante portata in tema di responsabilità, allontani sempre di più soggetti qualificati dal rivestire il ruolo di membro dell'organo di controllo⁷².

Un ultimo (per ora)⁷³ ipotizzabile caso di utilizzo del potere in questione potrebbe, come anticipato, proprio essere concepito nel contesto di gruppo. Nella verifica del rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle eterodirette, i sindaci – della *holding* e della controllata (a mio avviso, per ragioni che non è possibile enucleare in questa sede) dovrebbero considerare le esimenti da responsabilità da abuso di direzione unitaria *ex art. 2497 c.c. e*, in particolare, quella dei vantaggi compensativi, dovendo/potendo consentire, seppur temporaneamente, il compimento di operazioni pregiudizievoli per la società eterodiretta soltanto in vista di vantaggi *fondatamente*

⁷⁰ SALAFIA, *op. cit.*, p. 1062: «La deliberazione dell'azione di responsabilità da parte del collegio sindacale elimina la limitazione, che in via generale la legge pone alla capacità della società; eliminata questa limitazione, essa assume il diritto di azione pieno, esercitabile, dunque, anche contro i sindaci». Quindi, secondo questo orientamento, il potenziamento del potere del collegio sindacale, non solo implica che i suoi nuovi poteri non possano esonerarlo in alcun modo da responsabilità, ma che, addirittura, essi possano essere utilizzati contro i suoi componenti negligenti.

⁷¹ Qualora l'esercizio dell'azione consentisse di essere esenti da responsabilità. Si veda, similmente, in materia di obbligo di impugnazione delle delibere assembleari, quanto sostenuto da OPPO, *Amministratori e sindaci di fronte alle deliberazioni assembleari invalide*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, I, p. 225 e ss

⁷² Si potrebbe ipotizzare, ad esempio, un'applicazione civilistica di alcuni istituti premiali tipici del diritto penale (ad esempio quelli del delitto tentato, art. 56 c.p. o del pentimento operoso *ex art. 62, n.6 c.p.*) e fallimentare (ad esempio l'esdebitazione *ex art. 142 l. f.*). Si potrebbe ad esempio ipotizzare l'introduzione di un beneficio di preventiva escussione per i sindaci che si siano così attivati.

⁷³ Si è detto che infatti la ricerca è aperta.

perseguibili (arg. ex artt. 2497 e 2634 c.c.) e dovendo reagire allorquando tali vantaggi non si siano verificati nei termini auspicati. Ed è proprio qui che, tra i vari strumenti di reazione, l'esercizio dell'azione di responsabilità (probabilmente, anche in tale caso, quale *extrema ratio*) potrebbe essere impiegato senza il timore per i sindaci di essere coinvolti nell'effetto *boomerang*: se si condivide, infatti, quanto sopra detto, l'aver consentito il compimento di operazioni pregiudizievoli in vista di vantaggi compensativi *fondatamente* prevedibili, non dovrebbe essere fonte di responsabilità dei sindaci e, pertanto, questi non dovrebbero temere ripercussioni allorquando si siano attivati prontamente (eventualmente appunto agendo in responsabilità verso gli amministratori) in caso di mancata verifica dei vantaggi compensativi o di mancata adozione da parte della *holding* di atti diretti a rimuovere il pregiudizio arrecato ex art. 2497 c.c. Va da sé che, a mio avviso, non si potrebbe però giungere a sostenere la legittimazione dei sindaci dell'eterodiretta addirittura ad agire verso la *holding* o gli amministratori della stessa, in quanto ciascun collegio sindacale potrebbe agire soltanto nei limiti dell'art. 2393, comma 3 c.c. e, dunque, nei confronti degli amministratori della società cui essi stessi appartengono.

Documenti

“Sistemi di allerta interna”: il quaderno n. 71 della Commissione Controllo Societario dell’ODCEC di Milano

“Sistemi di allerta interna”: No. 71 booklet of the Commissione Controllo Societario of the ODCEC of Milano

Giuseppe Antonio Policaro *

ABSTRACT

Il lavoro esamina il quaderno n.71 dell’Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di Milano sui requisiti dei sistemi di allerta volti all’individuazione tempestiva della crisi, soffermandosi analiticamente sulle metodologie proposte e formulando alcune considerazioni critiche.

PAROLE CHIAVE: crisi d’impresa – sistemi di allerta – sindaci – assetti adeguati.

The paper examines No. 71 booklet of the Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di Milano on the requirements of alert systems aimed at the timely identification of the crisis, by examining analytically the proposed methodologies and formulating some critical considerations.

KEYWORDS: undertaking’s crisis – warning systems – statutory auditors – appropriate settings.

* Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche, Dottore commercialista.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. La definizione di stato di crisi di impresa. – 3. La procedura proposta per l'analisi dei dati dell'impresa. – 4. Il ruolo dei dottori commercialisti a garanzia del merito creditizio.

1. Premessa

È di recentissima pubblicazione il quaderno n. 71 dell'Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili (Odcec) di Milano intitolato “Sistemi di allerta interna”¹. In esso sono proposte una serie di linee guida rivolte a sindaci e revisori su uno degli aspetti più delicati affrontati dal diritto della crisi di impresa: l'individuazione tempestiva dell'emersione della crisi e del venir meno della continuità aziendale².

Il quaderno propone quindi ai professionisti deputati a svolgere compiti di vigilanza e controllo un sistema organico a supporto dell'attività di monitoraggio e diagnosi precoce della crisi, inteso quale insieme dei principi di comportamento professionale, metodologie orientate alle *best practices*, strumenti e procedure operative.

Si tratta peraltro di un approccio condiviso anche a livello europeo nella prospettiva di estendere i compiti dei sindaci e dei revisori, con peraltro non poche conseguenze in ordine alle responsabilità per loro previste in ipotesi di ritardi od omissioni³.

¹O più precisamente, “Sistemi di allerta interna. Il monitoraggio continuativo del presupposto di continuità aziendale e la segnalazione tempestiva dello stato di crisi da parte degli organi di vigilanza e controllo societario. Guida in materia di sistemi di allerta preventiva”, a cura di Daniele Bernardi e Massimo Talone della Commissione Controllo societario dell'Odcec di Milano.

²La nozione di crisi costituisce un dato attuale e al tempo stesso dinamico della vita dell'impresa, una situazione che, in prospettiva, può pregiudicare la sua continuazione. Cfr., *ex multis*, SANDULLI, *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2009, 9, 1100 ss.

³Con la raccomandazione 2014/135/Ue, la Commissione Europea, al par. 6, invoca “la possibilità per l'imprenditore di accedere alla ristrutturazione in una fase il più possibile precoce della crisi, per favorirne una rapida soluzione, limitare il danno per i creditori, e creare le condizioni per una reale seconda opportunità”. Sul tema, cfr. MONTELLA, *L'antitesi tra procedure conservative e procedure di liquidazione alla luce della Raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014*, in *Fall.*, 2015, 1039 ss. Si segnala inoltre la più recente proposta di direttiva 2016/359 del 22 novembre 2016, destinata ad intervenire sull'efficienza delle proce-

Tale orientamento appare inoltre presente anche nel disegno di legge, di iniziativa governativa, C. 3671-*bis*, che reca delega “per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza”, dal quale emerge la volontà di proporre all’imprenditore strumenti volti ad affrontare le difficoltà in modo tempestivo, trasparente e, soprattutto, prima che sopraggiunga lo stato di insolvenza⁴.

Anche in quest’ultimo d.d.l., analogamente a quanto formulato dal quaderno n. 71, viene proposta una definizione di crisi d’impresa, “*intesa come probabilità di futura insolvenza*” [art. 2, 1° co., lett. c)], nonché – ma questo non viene considerato nel quaderno – sono individuati alcuni indici di bilancio volti al suo riconoscimento “*anche tenendo conto delle elaborazioni della scienza aziendalistica*”⁵.

Ancora, merita sottolineare come l’art. 14, 1° co., lett. b), del d.d.l. C. 3671 – *bis*, disponga che nel codice civile debba essere prevista una nuova norma che consideri il “*dovere dell’imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi per l’adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall’ordinamento per il superamento della*

dure di ristrutturazione in riforma della precedente direttiva 2012/30/Ue, invitando gli Stati membri ad incoraggiare lo sviluppo di efficaci meccanismi di controllo delle condizioni di gestione dell’impresa (art. 25, comma 2). Per approfondimenti, v. LO CASCIO, *Le procedure di crisi delle imprese: una riforma internazionale ed interna senza fine*, in *Fall.*, 2017, 5, 501 ss.; PANZANI, *La proposta di Direttiva della Commissione UE: early warning, ristrutturazione e seconda chance*, in *Fall.*, 2017, 129 ss.

⁴ Si tratta del disegno di legge C. 3671-*bis*, approvato il 1° febbraio 2017 dalla Camera dei Deputati ed allo stato in discussione al Senato (S. 2681). Lo schema della legge è stata elaborato dalla Commissione istituita dal Ministro di Giustizia con Decreto 28 gennaio 2015 (e successive integrazioni), presieduta, come è noto, da Renato Rordorf. Tra gli obiettivi del d.d.l. si evidenzia la volontà di modificare la convinzione secondo cui “nel nostro Paese le procedure concorsuali sono ancora vissute dagli imprenditori come un male in sé, da allontanare nel tempo, ad ogni costo”. Cfr. *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, presentata dalla Commissione per elaborare proposte di interventi di riforma, ricognizione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali. Sul tema, v. anche JORIO, *Orizzonti prevedibili e orizzonti improbabili del diritto concorsuale*, in S. Ambrosini (diretto da), *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria dopo le riforme del 2015 e 2016*, Bologna, 2017, 23 ss.; FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d’impresa*, in *Fall.*, 2016, 261 ss.

⁵ Per approfondimenti sul concetto di crisi d’impresa, anche di ordine comparatistico, cfr. PANZANI, *La storia del fallimento: uno sguardo d’insieme*, in Cagnasso-Panzani (diretto da), *Crisi d’impresa e Procedure concorsuali*, Torino, 2016, I, 7 ss.; JORIO, *Introduzione generale alla disciplina delle crisi d’impresa*, in Jorio-Sassani (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2014, I, 3 ss.

crisi e il recupero della continuità aziendale”⁶. Si tratta, anche in questo caso, di una conclusione condivisa dall’Ordine dei dottori commercialisti di Milano, che quantomeno in termini operativi sottolinea la necessità che l’impresa si doti di assetti adeguati volti a queste rilevazioni.

Rispetto alla definizione di crisi, invero, il documento propone una lettura complessa, da una duplice prospettiva: una, di carattere evolutivo, che delinea i tratti essenziali della crisi fotografandone i diversi stadi dello sviluppo (dall’incubazione all’insolvenza conclamata); ed una di tipo definitorio, che identifica la crisi di impresa quale situazione di incapacità di generare flussi finanziari adeguati per poter onorare le obbligazioni assunte, misurata quindi in particolare rispetto alla probabilità di *default* dell’impresa, ovvero che quest’ultima diventi insolvente⁷.

Il trasferimento sul piano giuridico dei due punti richiamati conduce peral-

⁶Cfr. ABETE, *La “bozza Rordorf”: l’impatto delle innovazioni prefigurate in ambito societario*, in *Fallimento*, 2016, 1132 ss., secondo cui le disposizioni previste d.d.l. C. 3671 – bis sono da interpretarsi come una mera specificazione dell’art. 2381 c.c. Peraltro, come è noto, il concetto di assetto organizzativo, amministrativo e contabile racchiude quello di sistema di controllo interno, invero espressamente richiamato solo all’art. 149 TUF relativamente alle società quotate e all’art. 2409-octiesdecies c.c. rispetto al modello monistico. Il sistema di controllo interno è definito dal Codice di autodisciplina delle società quotate come “l’insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative volte a consentire, attraverso un adeguato processo di identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, una conduzione dell’impresa sana, corretta e coerente con gli obiettivi prefissati” (principio 8.P.1). In ogni caso, sulle verifiche del collegio sindacale in ordine agli assetti, v. IRRERA, *Collegio sindacale e assetti adeguati*, in R. Alessi-N. Abriani-U. Morera (a cura di), *Il Collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, 261 ss.; MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013., 50 ss.; ID., *Il sistema dei controlli: profili generali*, in Abriani, Ambrosini, Cagnasso, Montalenti, *Le società per azioni*, in *Tratt. Dir. Comm.*, diretto da Cottino, IV, 1, Padova, 2010, 702 ss.

⁷V. TERRANOVA, *Lo stato d’insolvenza*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli, Luiso, Gabrielli, Vol. I, *I presupposti dell’apertura delle procedure concorsuali*, Torino, 2013, 95 ss., il quale argomenta come “l’insolvenza non sia un mero fatto, e nemmeno uno stato patrimoniale, bensì una inidoneità del soggetto a tenere una determinata condotta prolungata nel tempo... e cioè una condizione personale dell’obbligato, la quale si proietta verso il futuro”; GALLETTI, *Commento sub art. 5*, in *Commentario alla legge fallimentare*, I, diretto da Cavallini, Milano, 2010, 77 ss.; ID., *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna, 2006, 39 ss., 173 ss.; CAPO, *Lo stato di insolvenza*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore-Bassi, coordinato da Capo-De Sanctis-Meoli, Vol. I, *I presupposti. La dichiarazione di fallimento. Le soluzioni concordatarie*, Padova, 2010, 176; NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, vol. XXV, Torino, 2012, 224; STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 15 ss., 119 ss.

tro ad individuare la crisi d'impresa come uno stato in cui è presente un forte squilibrio finanziario, prodromico ad una serie di inadempienze contrattuali nei confronti dei creditori seppure, questo va sottolineato, ancora reversibile⁸.

Un altro punto qualificante approfondito nel quaderno n. 71 – collegato comunque alla definizione data alla crisi – è da individuarsi nella proposta di una procedura tecnica di acquisizione ed elaborazione delle informazioni qualitative e quantitative dell'impresa al fine di realizzare un efficace sistema di allerta preventivo⁹. Tali analisi debbono essere effettuate non solo in ordine agli equilibri economici e finanziari dell'impresa disponibili, ma altresì proiettando l'evolversi degli stessi alla luce delle eventuali scelte che il *management* dell'impresa sarà in grado di intraprendere.

Da ultimo, il documento preconizza la possibilità di prevedere un ruolo di garanzia per la categoria delle professioni contabili (dottori commercialisti e revisori legali), assegnando loro una specifica funzione di asseverazione della qualità delle informazioni a base dei processi di monitoraggio ed allerta preventiva e, più in generale, di valutazione del merito creditizio per ogni categoria terza utilizzatrice (banche, società finanziarie, investitori istituzionali, erario, enti pubblici)¹⁰. Sarebbe peraltro ipotizzabile, anche come conseguenza alla pubblicazione del documento, il riconoscimento giuridico del visto di conformità per il merito creditizio a garanzia dei soggetti, interni ed esterni, portatori di interessi individuali e collettivi nei confronti dell'impresa¹¹.

⁸ Nel quaderno n. 71 viene specificato che i requisiti distintivi e concomitanti della crisi – rispetto allo stato d'insolvenza – sono da individuarsi nella “temporaneità” e nella “tendenzialità”. In ordine al momento in cui la crisi si trasforma in insolvenza, ovvero in impotenza solutoria strutturale, v. G. FERRI JR., *Lo stato di insolvenza*, in *Riv. Not.*, 2015, 6, 1159 ss.

⁹ L'impianto prevede alcune fasi successive, a partire dalla raccolta di informazioni segnalistiche (*early warnings*), costituite da eventi pregiudizievoli e da anomalie comportamentali nei pagamenti, nella gestione dei rapporti negoziali ed erariali e nella scelta delle politiche di bilancio e gestionali. Si giunge alla loro interpretazione sulla base delle ulteriori informazioni ricevute dalla direzione e delle analisi previsionali ed economico aziendali operate.

¹⁰ Rispetto al merito creditizio si tengano comunque presenti le prescrizioni che si rinven- gono tanto nella Direttiva 2008/48/CE (cui il legislatore domestico ha dato esecuzione nell'ordinamento interno attraverso il d.lgs. n. 141 del 2010), sia nella Direttiva 2014/17/UE, che ha trovato recente attuazione attraverso l'adozione del d.lgs. n. 72 del 2016. Sul tema cfr. FALCONE, *Prestito responsabile” e valutazione del merito creditizio*, in *Giur. Comm.*, 2017, I, 147 ss.

¹¹ Conformemente a quanto già previsto dall'art. 67, 2° comma, lett. d), l. fall. per i piani di ristrutturazione e risanamento (sul tema cfr. ABETE, *La predisposizione del piano attestato e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2014, 10, 1007 ss.). In questo senso, è stata comunque formulata la proposta di attribuire all'Odcec un ruolo essenziale nel garantire la

2. La definizione di stato di crisi d'impresa

Come è noto, il fenomeno della crisi è da intendersi come altro rispetto all'insolvenza; esso è definito come una situazione implicante “solo” un concreto e futuro rischio di insolvenza¹². Si tratta, evidentemente, di una definizione dai contorni aperti, che ancora fatica a trovare precisi riscontri in atti normativi, se non all'art. 2, comma 1°, punto c), d.d.l. C. 3671 – *bis*, che comunque la determina in modo generico¹³.

In ogni caso, in ossequio alla migliore prassi professionale, oltre che al sopra richiamato articolo, secondo il quaderno n. 71 il concetto di crisi d'impresa deve essere opportunamente caratterizzato e oggettivamente differenziato da quello di stato d'insolvenza, in particolare per la presenza di tre elementi concomitanti:

a) il carattere eminentemente evolutivo (ovvero per fasi progressive) e previsionale del processo valutativo del fenomeno “crisi d'impresa”, che comunque andrebbe misurato in termini di probabilità d'insolvenza (c.d. *forward-looking approach*);

b) a differenza dell'insolvenza, la crisi d'impresa è da considerarsi come stato temporaneo e sostanzialmente reversibile, connotato da inadempienze (anomalie rilevanti) anche ripetute ma sintomatiche solo di un “processo degenerativo in atto” e non di uno “stato definitivo”¹⁴;

formazione e specializzazione professionale permanente di coloro che potranno essere abilitati a questa fondamentale funzione attraverso le Scuole di Specializzazione (SAF) e, al tempo stesso, attraverso la costituzione di appositi elenchi speciali, al fine di garantirne l'indipendenza e l'onorabilità professionale.

¹²Tale distinzione va sempre più affermandosi posto che la crisi d'impresa è considerata quale presupposto per le procedure concorsuali alternative al fallimento, intese a garantire la prosecuzione dell'impresa (nella prospettiva del superamento della crisi stessa). Critico verso tale impostazione è PORTALE, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive (con postille sulla disciplina delle società di capitali)*, in *Banca e borsa.*, 2007, I, 369. Sul concetto di rischio di insolvenza cfr. PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 942.; CHIMENTI, *Condizione per l'ammissione al concordato preventivo*, in Ghia – Piccinini – Severini (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, IV, Torino, 2011, 272 ss.; LO CASCIO, *Il rischio d'insolvenza nell'attuale concezione della Commissione europea*, in *Fall.*, 2014, 733 ss.

¹³Si tratta cioè di una definizione caratterizzata dalla presenza di nozioni giuridiche indeterminate, sebbene non necessariamente di carattere generale.

¹⁴L'insolvenza, a differenza della crisi d'impresa, è infatti stata definita anche come una “disfunzione della pianificazione”, ovvero come un'alterazione non transitoria della complessiva organizzazione imprenditoriale. Alla luce di tale approccio, la presenza di risorse finanzia-

c) come conseguenza, la crisi d'impresa è classificabile in funzione delle differenti fasi del ciclo di vita dello stato di deterioramento, diversamente dall'evento estremo "insolvenza" (che ne costituisce evidentemente la fase terminale).

D'altro canto, mentre lo stato di insolvenza è facilmente rilevabile anche dall'esterno, l'individuazione e la valutazione della gravità della crisi d'impresa presuppone l'accesso ad un *set* informativo non disponibile al di fuori di essa e comunque più esteso rispetto ai soli bilanci approvati: sarà in particolar modo opportuno utilizzare informazioni anche di carattere prospettico, ovvero ottenute grazie all'utilizzo di piani in grado di proporre valori economici e finanziari previsionali¹⁵.

Si è peraltro accennato come il documento dell'Odcec di Milano indichi alcuni stadi di evoluzione della crisi, in base ai quali è verosimile che gli interventi avanzati abbiano un maggiore grado di successo¹⁶.

Ritengo, tuttavia, che lo stato di crisi di un'impresa debba essere valutato – quantomeno rispetto agli interventi da intraprendersi – individuandolo rispetto all'operatività della stessa impresa, indagando *in primis* tra le motivazioni che l'hanno determinato: è sì fondamentale comprendere se un'impresa sia in crisi, ma ancora di più è capirne le cause, per poter intervenire in modo mirato¹⁷.

rie sufficienti al soddisfacimento delle obbligazioni rappresenta il frutto di un'accurata programmazione dei flussi finanziari e, dunque, di una adeguata organizzazione del complessivo finanziamento. Ne consegue, quindi, che un pagamento non potrà essere considerato regolare ai fini dell'art. 5 l. fall., nel momento in cui risulti non conforme ai piani finanziari dell'impresa, che dovrà essere dichiarata insolvente. Cfr. ROSSI, *Le crisi d'impresa*, in AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, 23; G. FERRI JR., *Insolvenza e crisi dell'impresa organizzata in forma societaria*, in Fortunato-Giannelli-Guerrera-Perrino (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2011, 54 ss.

¹⁵ Per l'implementazione e valutazione dei piani finanziari v., per tutti, MASSARI-ZANETTI, *Valutazione. Fondamenti teorici e best practices nel settore industriale e finanziario*, Milano, 2008, 88 ss.

¹⁶ Seguendo la prospettiva già indicata da Guatri, nel quaderno n. 71 sono individuate le fasi dell'incubazione, della maturazione, della crisi conclamata, dell'insolvenza reversibile e di quella conclamata (irreversibile). Cfr. GUATRI, *Turnaround, Declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995.

¹⁷ Tra queste, è infatti possibile richiamare sia quelle c.d. esterne (mercato, ambiente, legislazione), sia quelle c.d. interne (assetti di *governance* inefficienti, *management* carente, inadeguata organizzazione dell'impresa). Sulle seconde, in prospettiva analoga ed anche come espressione dell'insolvenza, cfr. ROSSI, *op. cit.*, 22 e 26; GALLETTI, *La ripartizione*, cit., 183 ss. e 186. Ancora, è rinvenibile fra le cause della crisi una suddivisione tra cause primarie e secondarie. Le prime "impattano" sull'equilibrio economico dell'impresa che, come conseguen-

A prescindere dalla loro classificazione, tutte le cause richiamate sfoceranno in ultimo in perdite economiche e squilibri dei flussi finanziari, elementi in grado di condurre l'impresa, in assenza di interventi "correttivi", all'insolvenza¹⁸.

Peraltro, sebbene nel quaderno n. 71 sia sottolineata l'importanza degli aspetti finanziari riguardo all'emersione dello stato di crisi, nulla viene proposto in ordine alle altre cause operative che l'hanno cagionata: appare infatti evidente che quanto prima tali cause verranno identificate (con gli strumenti forniti dalle discipline aziendalistiche) ed affrontate, tanto maggiori saranno la possibilità di dirimere e superare positivamente la crisi dell'impresa¹⁹.

3. La procedura proposta per l'analisi dei dati dell'impresa

Il quaderno n. 71 dell'Odcec di Milano dedica ampio spazio alle procedure operative volte al riscontro della crisi di impresa, delineando un *iter* per l'acquisizione e l'elaborazione delle informazioni qualitative e quantitative idonee a comporre un efficace sistema di allerta preventivo.

za, provoca alterazioni anche nei rapporti tra entrate ed uscite finanziarie. Tra le cause secondarie rientrano invece tutti quei fattori di natura soggettiva (scorrettezza o inettitudine del *management*) od oggettiva (provvedimenti legislativi sfavorevoli, fallimenti di grandi clienti, calamità naturali), in grado di danneggiare l'attività aziendale o comunque di creare tensioni al suo interno. Per altri approfondimenti sia concesso rinviare a G.A. POLICARO, *La crisi d'impresa e gli strumenti di monitoraggio nel disegno di legge di riforma fallimentare*, in corso di pubblicazione.

¹⁸ Si veda, al riguardo, quanto stabilito dalla Commissione Europea nella Comunicazione del 2004 (Orientamenti comunitari sugli aiuti di stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà), in particolare all'art. 9.

¹⁹ Si rileva, in ogni caso, come tali cause (siano esse interne od esterne, primarie o secondarie), sembrerebbero peraltro potersi in qualche modo accostare a quegli elementi utilizzati al fine di valutare la sussistenza della c.d. continuità aziendale che, notoriamente, rappresenta anche nel nostro ordinamento uno dei principi più importanti. Se infatti nel codice civile non è previsto direttamente ed espressamente l'obbligo degli amministratori di verificare la permanenza della continuità aziendale e la compatibilità con essa delle scelte gestionali intraprese, purtuttavia, quantomeno con riferimento a talune operazioni, quest'obbligo è stabilito da specifiche norme di legge che prevedono la ponderazione delle stesse da parte degli amministratori e, soprattutto, la predisposizione di idonei documenti economico finanziari. Si veda, ad esempio, quanto previsto dall'art. 2501-*bis* c.c. in caso di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento, piuttosto che quanto previsto dall'art. 2447-*bis* c.c. in ipotesi di patrimoni destinati di tipo A e di finanziamenti destinati di tipo B, o, ancora, dall'art. 2433-*bis* c.c. riguardo alla distribuzione di acconti sui dividendi. Cfr. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. Comm.* 2014, I, 304 ss.

L'impianto di "rilevazione" proposto risulta composto da sei fasi successive: a) la verifica di alcune informazioni rilevanti (*early warnings*) costituite da eventi pregiudizievoli e da anomalie comportamentali nei pagamenti, nei rapporti negoziali ed erariali e nelle politiche di bilancio e gestionali; b) la raccolta ed organizzazione dei dati riscontrati nel precedente punto; c) la normalizzazione dei dati acquisiti tramite procedure di *review* contabile; d) la valutazione del loro impatto anche in termini di flussi finanziari; e) l'analisi della situazione economica e finanziaria dell'impresa; f) l'interpretazione della crisi di impresa sulla base delle ulteriori informazioni (di tipo qualitativo) ricevute dalla direzione²⁰.

Si tratta di un processo complesso e comunque dettagliato nel quaderno, incentrato sulla "qualità delle informazioni" ottenute: conseguenza ne è che non si potrà prescindere dall'abbattimento di ogni asimmetria generata da una scarsa comunicazione tra le parti (soggetti controllati e soggetti controllanti)²¹.

L'intero approccio, anche in questo caso, si focalizza soprattutto sulla situazione prospettica dell'impresa, al fine di valutare la capacità aziendale endogena di recupero, nonché l'eventuale necessità di interventi straordinari ed urgenti. Gli interventi intrapresi dal *management* dovranno quindi essere considerati sostenibili finanziariamente anche nel futuro e, di conseguenza, dovranno essere supportati da piani finanziari e *business plan* accurati²².

Il quaderno n. 71 non trascura inoltre di occuparsi delle imprese c.d. minori, dotate di organizzazione e sistemi informativi essenziali, e nelle quali lo

²⁰ Per un dettagliato metodo di allerta preventivo delle crisi, proposto precedentemente alla pubblicazione del quaderno n. 71, cfr. PANELLI, *La Prevenzione della Crisi d'Impresa. I Lavori della Commissione Rordorf e gli Scenari Futuri*, in *Economia Aziendale Online – Working Paper*, 2015, 4, su www.ea2000.it.

²¹ Sul tema dello scambio di informazioni tra organi societari v. IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 2, 363 ss.; MERUZZI, *L'informativa endo-societaria nella società per azioni*, in *Contr. e impr.*, 2010, 3, 737 ss.; ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005, 22 ss., quest'ultimo anche con riferimento ai rapporti tra consiglio di amministrazione, collegio sindacale e controllo interno. Sul tema in generale dei diritti di informazione e consultazione, in particolare nelle s.r.l., si vedano: MONTAGNANI, *Informazione e controlli nelle nuove società a responsabilità limitata*, Padova, 2008; CAGNASSO, *Commento all'art. 2476*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, 2, Bologna, Zanichelli, 2004, 1875 ss.; ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Commentario*, a cura di Schlesinger, Milano, 2010, 1105 ss.

²² Sulla sostenibilità dei piani finanziari, cfr. MELECCHI, *La rilevanza giuridica del piano economico finanziario (business plan)*, in *Contr. e impr.*, 2010, 1, 272 ss.

standard operativo richiesto a sindaci e revisori appare meno gravoso. D'altro canto, posto che la diligente esecuzione dell'incarico affidato è per gli organi di controllo indissolubilmente legato alla correttezza ed alla "difendibilità" dell'approccio metodologico, le tecniche professionali utilizzate debbono essere altrettanto autorevoli e codificate²³.

Per tali imprese (in particolare quelle ammesse alla formazione del bilancio in forma semplificata ai sensi dell'art. 2435-*bis* c.c. e quelle rientranti tra le microimprese secondo i parametri dell'art. 2435-*ter* c.c., approvato nel rispetto della Direttiva 2013/34/UE)²⁴ è proposto un approccio più essenziale, che riduce a tre le fasi di analisi (*review* contabile, analisi andamentale-qualitativa ed analisi economica finanziaria); non viene però tradito lo schema di fondo, che rimane ancorato alla verifica della situazione dell'impresa sia in base ai documenti contabili presenti, sia alla luce delle linee evolutive della gestione e dei relativi risultati economici e finanziari.

In ogni caso, a prescindere dal tipo di analisi prospettata, la società deve comunque acquisire una efficiente logica di programmazione delle attività svolte e di verifica di eventuali ipotesi di crisi, logica che peraltro costituisce un sano e corretto principio di amministrazione, capace in definitiva di esprimere un'affidabile previsione della gestione²⁵. In definitiva, all'emergere dei

²³ Per evitare, in caso di contestazioni, eventuali responsabilità dei professionisti anche rispetto alla violazione dell'art. 1176, comma 2, c.c., norma che andrebbe peraltro "completata" da un ulteriore elemento, da valutarsi caso per caso: la perizia, ovvero la conoscenza e l'applicazione delle regole proprie dello specifico incarico con i mezzi tecnici propri di una determinata arte o professione. Sul tema, cfr. *Norma di comportamento del collegio sindacale n. 3.1 CNDCEC (Caratteristiche e modalità dell'attività di vigilanza)*; PERROTTA, *Collegio sindacale: natura del controllo e competenze richieste*, in *Riv. dott. comm.*, 2008, 293 ss. Sul tema delle responsabilità professionali dei sindaci, sia infine concesso richiamare la recentissima sentenza della Seconda Sezione Civile della Corte di Cassazione n. 20437 del 27/2/2017 (depositata il 28/8/2017), molto severa in ordine ai loro obblighi, in particolare laddove non vengano rispettate le specifiche procedure dell'incarico. Per la Corte, infatti, il sindaco deve vagliare ogni operazione societaria valutando l'eventuale "contrarietà agli elementari principi di regolare amministrazione" e la loro "rischiosità" anche prospettica, esercitando il "controllo sulla azione gestoria nel suo complesso, anche quando la complessa e articolata organizzazione aziendale preveda l'istituzione di specifiche funzioni di controllo contabile interne". Cfr. *Il Sole 24 Ore*, martedì 29 agosto 2017, 19.

²⁴ Imprese societarie per cui, va ricordato, nella maggior parte dei casi non sarà obbligatoria la presenza del collegio sindacale.

²⁵ Anche in questo caso, si rinvia a quanto già richiamato dall'art. 14, 1° co., lett. b), del d.d.l. C. 3671-*bis*, che a sua volta appare come una specificazione del comma 5° dell'art. 2381 c.c. Cfr. RUSSO, *Collegio sindacale e prevenzione della crisi d'impresa*, in *VIII convegno annuale dell'associazione italiana Orizzonti del diritto commerciale*, "il diritto commerciale ver-

primi sintomi di difficoltà l'organo di controllo (ed il revisore) è chiamato a verificare, sulla base di una proiezione solida e concreta, se i flussi finanziari generati saranno ragionevolmente in grado di consentire di onorare i debiti.

L'*iter* proposto dall'Odcec di Milano agli organi di controllo prevede che l'analisi del *budget* previsionale, formulato nei termini delineati, si accompagni alla verifica dell'impatto di possibili scenari alternativi sulle principali determinanti (ricavi, margini, struttura, capitale circolante operativo) attraverso l'applicazione di *stress test*, per giungere ad un'attendibile stima del flusso di cassa, da contrapporre alle risorse al servizio del debito²⁶.

Per raggiungere tali risultati il quaderno n. 71 auspica l'utilizzo di un complesso, seppur essenziale, *set* di indicatori di controllo, che nel tempo possano efficacemente segnalare gli scostamenti dei risultati raggiunti rispetto alle previsioni: vengono all'uopo suggeriti l'impiego del m.o.l.²⁷ e della posizione finanziaria netta²⁸, parametri che hanno il pregio di unire contenuti economici ad effetti finanziari. Si segnala, ad ogni modo, come anche in questo caso non vengano richiamati gli indicatori proposti dal d.d.l. C. 3671-*bis* all'art. 4, lett. h), indicatori che, come è noto, sono individuati principalmente nel rapporto tra mezzi propri e di terzi (cosiddetto rapporto di indebitamento), nell'indice di rotazione dei crediti e del magazzino, e nell'indice di liquidità.

Il quaderno propone a conclusione dell'*iter* analizzato l'assegnazione all'impresa di un *rating* in grado di preconizzare la misurazione della probabi-

so il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti", Roma, 17-18 febbraio 2017, 27 ss., in www.orizzontideldirittocommerciale.it; LOMBARDI, *Il ruolo degli organi di controllo e di revisione nelle procedure di allerta di cui al disegno di legge-delega per la riforma delle procedure concorsuali*, in AA.VV., *Le proposte per una riforma della legge fallimentare*, Milano, 2017, 85.

²⁶ Ciò che almeno in parte già avviene per le società quotate, ove il mercato propone analisi della sostenibilità futura delle scelte intraprese e valuta l'evoluzione dei dati economici e finanziari degli emittenti, anche prospettando scenari diversi. Sugli *stress test* v., tra gli altri, INZITARI, *Crediti deteriorati (npl), aiuti di stato nella BRRD e nella comunicazione sul settore bancario del 30.7.2013 della Commissione Europea*, in *Banca e borsa.*, 2016, 6, 641 ss.

²⁷ Ossia il c.d. margine operativo lordo. Come è noto, i margini sono grandezze intermedie rinvenibili dal differenziale tra aggregati di voci del bilancio societario in grado di produrre informazioni utili in fase decisionale, di rendicontazione e di controllo. Il m.o.l. (o ebitda) rappresenta una configurazione di reddito che esprime il risultato della gestione caratteristica prima degli ammortamenti, delle svalutazioni e degli accantonamenti ai fondi per rischi e spese future.

²⁸ Rinvenibile, la seconda, dal rendiconto finanziario. Sul tema, fra tanti, RACUGNO, *Il rendiconto finanziario secondo le nuove norme sul bilancio di esercizio, con una postilla sui flussi finanziari derivati*, in *Giur. Comm.*, 2016, I, 270.

lità di *default*²⁹; sebbene poco argomentato, tale giudizio rappresenta un *output* naturale della procedura di allerta, destinata quantomeno alle imprese di più grande dimensione (che non adottano quindi la c.d. procedura semplificata).

Si tratta di proposte non dettagliate – sebbene le conclusioni del quaderno siano seguite da un’appendice contenente un **elenco di anomalie rilevanti** – ma che, quantomeno a parere di chi scrive, hanno una loro validità logica e, almeno potenzialmente, sostenibilità tecnica.

Non appare infatti irragionevole utilizzare, almeno in parte, definizioni e schemi già previsti per gli istituti finanziari: pur trattandosi di un contesto diverso rispetto a quello della crisi in generale – e per questo non facilmente esportabile in altri – vi è la possibilità di fornire comunque elementi di giudizio al fine di definire il perimetro – seppur elastico – della crisi d’impresa (eventualmente collegandola, così come avviene per il concetto di *default*, ad un periodo convenzionale in cui non sono effettuati pagamenti scaduti) e, da questo, utilizzare le tecniche più efficaci, che comunque sono già presenti nel settore bancario, al fine di individuare e valutare anche il rischio di crisi, di fatto comprendendolo nella determinazione del medesimo concetto di crisi.

Invero, tutta la procedura individuata nel quaderno n. 71 rappresenta uno sforzo notevole per fornire ai sindaci metodi e processi di verifica concreti, anche alla luce del rafforzamento del ruolo previsto per l’organo di controllo (e per il revisore contabile) in ordine al monitoraggio della crisi di impresa³⁰. L’art. 4, comma 1, lett. f) del d.d.l. C. 3671 – *bis* dispone infatti che dovranno comunque essere determinati dal Governo “*criteri di responsabilità del collegio sindacale in modo che, in caso di segnalazione all’organo di amministrazione e all’organismo di cui alla lettera b) non ricorra la responsabilità solidale dei sindaci con gli amministratori per le conseguenze pregiudizievoli dei fatti o delle omissioni successivi a predetta segnalazione*”.

Appare quindi utile fornire ai sindaci ed ai revisori procedure minimali da seguire, nel caso vogliano dimostrare di aver efficientemente e, a questo punto, diligentemente vigilato anche sulle ipotesi di potenziali crisi dell’impresa.

È però da sottolinearsi, a mio modo di vedere, come l’analisi proposta nel quaderno n. 71 non sembri distinguere in modo netto la crisi d’impresa dal rischio di crisi d’impresa, concetti diversi, in particolare per quanto concerne i

²⁹ Il quaderno n. 71, al riguardo, richiama espressamente il documento di consultazione EBA del 14/11/2017 sulle linee guida in materia di stima della probabilità d’insolvenza (PD), perdita al momento dell’insolvenza (LDG) e trattamento della esposizione alla perdita (EAD).

³⁰ Cfr. RUSSO, *op.cit.*, 27 ss.; LOMBARDI, *op. cit.*, 84 ss.

loro effetti: la prima esige sicuramente interventi concreti da parte dell'imprenditore, la seconda non necessariamente.

Credo inoltre che sia necessaria una certa cautela anche nell'interpretazione dei segnali prodromici della crisi³¹. Ogni attività imprenditoriale (ed ogni investimento) sono infatti legati ad un certo grado di rischio: maggiore è quest'ultimo, maggiori dovrebbero essere i rendimenti attesi. Quando il rischio è calcolato e stimato, può essere considerato come fisiologico e ragionevole. Oltre determinati limiti, che spingono l'azione imprenditoriale ad essere quasi completamente aleatoria, il rischio diventa ingiustificato ed illogico, e quindi frutto di un comportamento non corretto da parte dell'organo amministrativo.³²

È quindi lecito che il consiglio di amministrazione intraprenda attività potenzialmente rischiose, sebbene non completamente aleatorie: in questa ipotesi spetta comunque al medesimo organo formalizzare le strategie perseguite e fare emergere il cosiddetto "appetito per il rischio", dal quale dipendono obiettivi e, sperabilmente, la remunerazione del capitale investito (ovviamente tanto più alta quanto maggiori sono i rischi accettati).³³ Andrebbe così evitata un'interpretazione estremamente rigorosa degli obblighi di segnalazione in caso di rischio di crisi – per quanto rispettosa del principio condiviso, anche dal legislatore della riforma fallimentare, di anticiparla quanto più possibile – che potenzialmente potrebbe addirittura ingessare la gestione dell'impresa, magari a seguito di (falsi) indicatori di allerta negativi, piuttosto che compromettere opportunità di sviluppo. In definitiva, per quanto vicini concettualmente, credo non debbono necessariamente corrispondere le stesse reazioni in ipotesi si sia di fronte al rischio di crisi, piuttosto che alla crisi d'impresa. Se infatti sulla seconda è richiesto un intervento da parte degli organi societari³⁴, rispetto alla

³¹ Si rinvia ancora a G.A. POLICARO, *La crisi d'impresa e gli strumenti di monitoraggio nel disegno di legge di riforma fallimentare*, in corso di pubblicazione.

³² Esiste quindi un intervallo ove è sostenibile affermare l'esistenza di certa ragionevolezza del rischio, dove questo può essere considerato fisiologico e accettabile, purché valutato e ponderato.

³³ Sul c.d. *risk appetite framework* sia concesso rinviare a MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in *Banca e borsa*, 2015, 6, 720 ss.

³⁴ Vi sono infatti rigorosi doveri di condotta degli amministratori di una società che si approssimi all'insolvenza – in particolare a tutela del ceto creditorio – posto che il pericolo di comportamenti opportunistici dei soci e dei gestori cresce in modo esponenziale. Cfr. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva della continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 822 ss.; BRIOLINI, *Capitale sociale e metamorfosi della tutela dei creditori nel diritto societario più recente*, in *Banca e borsa*, 2016, 2, 150 ss.

prima è opportuno effettuare differenziazioni, valutando caso per caso e con prudenza gli elementi caratterizzanti il c.d. *early warning*.

4. Il ruolo dei dottori commercialisti a garanzia del merito creditizio

Si è infine già accennato alla proposta emersa di potenziare il ruolo di garanzia per la categoria delle professioni contabili (dottori commercialisti e revisori legali), assegnando loro, eventualmente, una specifica funzione di asseverazione della qualità delle informazioni a base dei processi di monitoraggio ed allerta preventiva e, più in particolare, del merito creditizio dell'impresa.

Si tratta indubbiamente di una suggestione interessante e di sicuro volta a sottolineare il ruolo e le competenze professionali degli stessi.

Occorre però ricordare, quantomeno rispetto al compito di monitoraggio, come sempre il d.d.l. C. 3671-*bis*, all'art. 4, comma 1, lett. f) disponga che dovranno essere determinati dal Governo “*criteri di responsabilità del collegio sindacale in modo che, in caso di segnalazione all'organo di amministrazione e all'organismo di cui alla lettera b) non ricorra la responsabilità solidale dei sindaci con gli amministratori per le conseguenze pregiudizievoli dei fatti o delle omissioni successivi a predetta segnalazione*”. Sembrerebbe quindi previsto un rafforzamento dei già presenti strumenti che conferiscono un ruolo rilevante all'organo di controllo (e al revisore contabile) in caso di crisi di impresa, ovvero, generalmente, agli stessi soggetti che l'ordine di Milano vorrebbe coinvolgere³⁵.

Che il legislatore della riforma intenda dar rilievo particolare al ruolo del collegio sindacale si desume anche da quanto disposto all'art. 14, lett. g) ed h), secondo cui viene proposto l'abbassamento dei limiti che fanno sorgere l'obbligatorietà del collegio sindacale nelle s.r.l. e creato un sistema in base al quale, nel caso in cui tale regola non venga rispettata, spetti al Tribunale, su segnalazione delle Camere di Commercio (depositarie dei bilanci e quindi in grado di verificare puntualmente e rapidamente il superamento dei suddetti limiti), l'individuazione dell'organo di controllo della società³⁶.

³⁵ Cfr. RUSSO, *op. cit.*, 27 ss.; LOMBARDI, *op. cit.*, 84 ss.

³⁶ L'obbligo si avrà nel momento in cui la s.r.l. per due esercizi consecutivi abbia superato uno (e non due) delle seguenti soglie dimensionali: almeno 2.000.000 € di attivo dello stato patrimoniale; almeno 2.000.000 € di ricavi delle vendite e delle prestazioni; almeno 10 dipendenti occupati in media durante l'esercizio. Tali modifiche non andrebbero comunque ad impattare sui limiti già previsti per la redazione del bilancio abbreviato, ai sensi dell'art. 2345-*bis* c.c. Se tale disposizione dovesse trovare attuazione, la platea delle società con l'organo di controllo

A prescindere da quelle che saranno le sorti relative all'approvazione del d.d.l. C. 3671-*bis*, si rileva come anche le norme di comportamento del collegio sindacale delle società non quotate stabiliscano, nell'ultima versione adottata dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili a settembre del 2015, regole volte al monitoraggio della crisi. Ci si riferisce, in particolare, alla norma 11.1 (Prevenzione ed emersione della crisi), secondo cui è compito del collegio vigilare “*che il sistema di controllo e gli assetti organizzativi adottati dalla società risultino adeguati a rilevare tempestivamente segnali che facciano emergere dubbi significativi sulle capacità dell'impresa di continuare ad operare come una entità in funzionamento*”, norma quasi perfettamente sovrapponibile all'art. 14, 1° co., lett. b), d.d.l. C. 3671-*bis*.

In conclusione, per i sindaci – che nella stragrande maggioranza dei casi risultano altresì essere iscritti all'Ordine dei dottori commercialisti – già esistono una serie di disposizioni riguardo alla loro responsabilità in ordine alla segnalazione della crisi (e quindi anche alla valutazione del merito creditizio): l'attestazione suggerita circa l'assenza di eventuali prospettive di crisi potrebbe quindi apparire ridondante e, comunque, antieconomica per le imprese. A maggior ragione, considerando il progetto di Banca d'Italia di rendere disponibili e fruibili in via telematica i dati di segnalazione della c.d. centrale rischi seppure, ovviamente, nel necessario rispetto dei vincoli di *privacy* e segregazione delle informazioni individuali ritenute sensibili³⁷.

aumenterebbe enormemente, con relative difficoltà, probabilmente, anche nell'individuazione dei professionisti in grado di svolgere il ruolo di sindaco.

³⁷ Progetto suffragato anche dell'entrata in vigore del Regolamento UE 2016/867 sulla raccolta dei dati granulari sul credito e sul rischio di credito (BCE/2016/13). È quindi auspicabile che questi dati, opportunamente aggregati e su base statisticamente standardizzata, siano resi fruibili in un'apposita banca dati, liberamente consultabile da tutti i soggetti (*stakeholder*) interessati ad una corretta ed efficiente valutazione del rischio di credito. In ogni caso, quantomeno riguardo al tema della centrale dei rischi ed alla tutela del “segnalato”, cfr. FRIGENI, *Segnalazioni presso le centrali rischi creditizie e tutela dell'interessato: profili evolutivi*, in *Banca e borsa*, 2013, 4, 365 ss.; MUCCIARONE, *Centrali dei rischi ed esclusione degli enti collettivi dalle tutele del codice della privacy*, in *Banca e borsa.*, 2015, 3, 381 ss.

Segnalazioni *

* Nella rubrica confluiscono le segnalazioni pubblicate sul sito della Rivista *www.nuovo dirittodellasocieta.it* ove sono disponibili anche i *link* ai documenti integrali relativi alle notizie riportate.

Segnalazioni di diritto commerciale

a cura di Giulia Garesio

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

Consob

Comunicazione Consob n. 0106341 – Qualificazione del rapporto partecipativo di Vivendi S.A. in Telecom Italia s.p.a.-Vivendi S.A. esercita il controllo di fatto su Telecom Italia s.p.a. ai sensi dell'art. 2359, primo comma, n. 2, c.c., dell'art. 93 TUF, nonché ai sensi del Regolamento Consob in materia di operazioni con parti correlate, adottato con delibera 17221/2010 e s.m.: è questa la conclusione a cui Consob è pervenuta nella Comunicazione del 13 settembre 2017.

L'accertata sussistenza di un controllo da parte di Vivendi S.A. su TIM s.p.a. si fonda su un'articolata analisi, fattuale e giuridica, che prende le mosse dalle considerazioni, in tema di controllo di fatto e di diritto, ai sensi dell'art. 2359 c.c. e dell'art. 93 TUF, contenute in un proprio "precedente", ovvero la Comunicazione Consob n. DEM/3074183 del 13 novembre 2003, avente ad oggetto i rapporti all'epoca intercorrenti tra Pirelli s.p.a., Olimpia s.p.a. e Olivetti s.p.a. (ora TIM).

La Consob, poiché la Comunicazione del 2003 non conteneva riferimenti alle dinamiche relative al voto di lista – in quanto l'istituto fu introdotto nel TUF successivamente, con la c.d. Legge di Risparmio del 2005 – la Consob si sofferma sullo specifico profilo, mettendo in evidenza come: *"il meccanismo del voto di lista – in una società con la maggioranza del capitale costituita da flottante e in possesso di investitori istituzionali o retail, con un forte distacco tra il socio di maggioranza relativa e l'eventuale secondo azionista con una partecipazione rilevante – possa far ritenere con ragionevole certezza, al socio che dispone della partecipazione di maggioranza relativa, di ottenere voti sufficienti per nominare la maggioranza degli amministratori e, quindi, conseguire il risultato che caratterizza tipicamente l'esercizio di un'influenza dominante ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 2), c.c."*.

La Commissione, preso atto della dichiarazione di Vivendi S.A. di esercitare su TIM s.p.a. l'attività di direzione e coordinamento, afferma poi che non è possibile esercitare un'attività di direzione e coordinamento su una società partecipata *"senza disporre del controllo ex art. 2359 c.c. o del controllo rilevante ai fini del consolidamento di bilancio (...) a meno che non ci siano accordi contrattuali o clausole statutarie che impongano il coordinamento delle due imprese (...)"*.

Anche sulla scorta di quanto sostenuto dalla dottrina, la Consob afferma che in assenza di contratti o clausole statutarie che vincolino una società alle direttive di un altro emittente, *“l’esistenza di un rapporto di controllo è il presupposto necessario ma non sufficiente per l’esercizio di un’attività di direzione e coordinamento, occorre infatti un quid pluris rappresentato dall’effettivo esercizio di una direzione unitaria ossia da un’ingerenza nella gestione societaria che va al di là del mero esercizio delle prerogative sociali in assemblea”*.

Poiché TIM s.p.a. non risulta vincolata da accordi contrattuali e da clausole statutarie alle direttive e al coordinamento di Vivendi S.A., la Commissione ritiene che si sia in presenza *“della fattispecie della direzione e coordinamento in forza del controllo”*: *“Non è, infatti, possibile – afferma la Consob – imporre direttive se non si dispone della maggioranza dei componenti del CdA e, quindi, se non si è in grado di influire sulla gestione dell’emittente”*.

Con specifico riferimento alla disciplina delle operazioni con parti correlate, la Commissione afferma che il rapporto di correlazione tra Vivendi S.A. e TIM s.p.a. deve essere ricondotto alla fattispecie di controllo contemplata nel regolamento Consob OPC, e precisamente sia il controllo *“di fatto”* ai sensi della lettera c) della definizione di cui all’Allegato 1 del Regolamento Consob OPC, che individua tale fattispecie nel *“potere di nominare o revocare la maggioranza dei componenti del consiglio di amministrazione o dell’equivalente organo di governo societario, e il controllo dell’entità è detenuto da quel consiglio o organo”*, sia la fattispecie di controllo di cui alla lettera d), che lo individua nel *“potere di esercitare la maggioranza dei diritti di voto nelle sedute del consiglio di amministrazione”*. La Commissione precisa, sul punto, che la definizione del Regolamento Consob OPC prevede ipotesi di controllo che prescindono dalle dinamiche assembleari di voto e che consistono nella possibilità di indirizzare in via esclusiva e unilaterale la gestione della società. Il controllo ai sensi del Regolamento Consob OPC si fonderebbe, quindi, non solo sul potere di determinare le deliberazioni assembleari, ma anche in via diretta sul *“potere di determinare”* le delibere del consiglio di amministrazione, organo a cui compete in via esclusiva la gestione della società (art. 2380-bis c.c.) e quindi le scelte sulle *“politiche finanziarie e gestionali”* dell’impresa, senza che a ciò possa ostare la presenza di una maggioranza di amministratori indipendenti nel CDA della società *“controllata”*. Conclusivamente – afferma la Consob – *“La sussistenza del potere di esercitare la maggioranza dei diritti di voto in consiglio da parte di un socio non risulta infatti in alcun modo inficiata da tale circostanza”*. (Cristina Saracino)

Ministero dello Sviluppo economico

Registri delle imprese dell’Unione europea – Con la Circolare n. 3701/C del 20 settembre 2017, il Ministero dello Sviluppo economico ha fornito alcuni chiarimenti sull’avvio del sistema di interconnessione dei Registri centrali, commerciali

e delle imprese, introdotto dalla Direttiva 2012/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2012, la quale richiede la «*messa a disposizione [...] di una serie predeterminata di notizie ed atti presenti sui registri centrali, commerciali e delle imprese dei Paesi membri dell'UE e dei Paesi aderenti allo Spazio economico europeo relativi alle società di capitali*».

Le previsioni relative al cd. *BRIS (Business Registers Interconnection System)* sono state recepite, nel nostro ordinamento, dal D.M. 8 giugno 2017, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* del 28 agosto 2017, n. 200.

La Circolare n. 3701/C del Ministero è reperibile sul sito www.sviluppoeconomico.gov.it.

Assirevi

Relazione aggiuntiva del revisore legale dei conti – L'Assirevi ha pubblicato il Documento di ricerca n. 209, concernente «*La relazione aggiuntiva per il Comitato per il controllo interno e la revisione contabile ai sensi dell'art. 11 del Regolamento (UE) n. 537/2014*», nel quale sono presentate le linee guida di comportamento del revisore tenuto a redigere la suddetta relazione nello svolgimento della revisione legale dei conti degli enti di interesse pubblico, definiti dall'art. 16 del D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39.

Il Documento di ricerca n. 209 – che sostituisce il Documento di ricerca n. 161R, su «*La relazione sulle questioni fondamentali*» – è consultabile sul sito www.assirevi.it.

Assonime

Obblighi di esclusiva e sconti fidelizzanti – Nel *Caso n. 10* del 2017, l'Assonime ha esaminato la decisione della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 6 settembre 2017, che ha accolto il ricorso della Intel Corporation Inc. contro una pronuncia del Tribunale dell'Unione europea del 12 giugno 2014 (T-286/09), in cui la società americana era stata condannata per abuso di posizione dominante.

La sentenza della Corte «*affronta una delle questioni più controverse del diritto antitrust europeo, ossia il rilievo da attribuire all'impatto attuale o potenziale sulla concorrenza nella valutazione ai sensi dell'articolo 102 TFUE degli obblighi di esclusiva e degli sconti fidelizzanti, rispetto ai quali la giurisprudenza ha tradizionalmente adottato un approccio restrittivo*», ritenendoli «*intrinsecamente anti-concorrenziali e che, pertanto, ai fini dell'accertamento del loro carattere abusivo, non fosse necessario valutarne l'impatto attuale o potenziale sulla concorrenza alla luce di tutte le circostanze del caso*».

Il *Caso n. 10/2017*, diffuso il 22 settembre 2017, è disponibile sul sito www.assonime.it.

Banca d'Italia

Banche di credito cooperativo – La Banca d'Italia ha avviato una pubblica consultazione – con termine 10 novembre 2017 – sulle nuove disposizioni di vigilanza per le banche di credito cooperativo (BCC), destinate ad essere inserite nella Circolare del 17 dicembre 2013, n. 285, ad integrale sostituzione delle previsioni contenute nel Titolo VII, Capitolo 1, della Circolare del 21 aprile 1999, n. 229.

In particolare, gli interventi normativi sono volti, da un lato, a «*coordinare la speciale disciplina applicabile a livello individuale alle singole BCC con le previsioni della riforma e delle norme secondarie in materia di gruppo bancario cooperativo, in modo da mantenere la coerenza e chiarezza del quadro normativo nel suo insieme*». Dall'altro lato, sono stati predisposti aggiornamenti della regolamentazione «*per assicurarne, nell'attuale contesto normativo e di mercato, l'adeguatezza rispetto agli obiettivi di sana e prudente gestione delle banche di credito cooperativo e, al contempo, l'aderenza ai principi di mutualità e localismo sanciti dall'ordinamento per questa categoria di banche*».

Le disposizioni in consultazione, il documento esplicativo e la relazione sull'analisi di impatto sono reperibili, dall'11 settembre 2017, sul sito www.bancaditalia.it.

Finanziamenti alle imprese e concordato preventivo – La Banca d'Italia ha divulgato – nella serie *Questioni di economia e finanza* – lo studio n. 387, dedicato al tema «*Finanziamenti alle imprese in crisi e priorità nel rimborso: gli effetti della prededucibilità nel concordato preventivo*», in cui sono illustrati i risultati dell'analisi econometrica condotta sui «*finanziamenti concessi da prestatori professionali a imprese il cui piano sia stato omologato dal Tribunale, nel periodo 2006-2014*», esaminando gli effetti degli interventi normativi più recenti ed evidenziando alcune criticità a questi sottese.

L'approfondimento, diffuso il 13 settembre 2017, è consultabile sul sito www.bancaditalia.it.

Cndcec

Nuovi principi di revisione – Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha stilato una *Nota informativa* avente ad oggetto i «*Nuovi principi di revisione in materia di relazione*», in cui sono stati analizzati i novelli ISA Italia adottati con determina della Ragioneria generale dello Stato del 31 luglio 2017, n. 157387 (v. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 8/2017 di questa Rivista).

La *Nota*, comunicata il 12 settembre 2017, è disponibile sul sito ufficiale del Cndcec, www.cndcec.it.

Finanza e continuità aziendale in caso di sequestro – Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha reso noto un documento nel

quale sono approfondite «*La finanza e la continuità aziendale nelle aziende sottoposte a sequestro*», in cui – muovendo dalle prassi operative – si focalizza l'attenzione su alcuni profili della «*gestione aziendale*» svolta dall'amministratore giudiziario in caso di «*re-aziendalizzazione delle entità*» sequestrate. Lo studio, pubblicato il 18 settembre 2017, è reperibile sul sito ufficiale del Cndcec, www.cndcec.it.

Irreperibilità anagrafica e cancellazione dall'Albo – Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha chiarito che, «*in presenza di irreperibilità accertata e documentata*» del professionista, è doverosa la sua cancellazione dall'Albo, «*per il venire meno del possesso del requisito della residenza o del domicilio professionale*». Viceversa, nel caso in cui il Comune confermi l'indirizzo di residenza noto all'Ordine, gli infruttuosi tentativi di mettersi in contatto con l'iscritto – nello specifico, telefonicamente, a mezzo raccomandata e con comunicazione tramite posta elettronica certificata – non comportano la sua irreperibilità anagrafica.

Tuttavia, «*qualora trascorra un considerevole lasso temporale senza che l'Ordine possa contattare l'iscritto, esso potrà valutare se la mancata comunicazione all'Ordine della variazione dei propri recapiti sia comportamento contrario a correttezza e trasmettere la segnalazione al Consiglio di Disciplina*».

Il testo del Pronto ordini n. 237/2017 del 26 settembre 2017 è consultabile sul sito ufficiale del Cndcec, www.cndcec.it.

Consiglio Nazionale del Notariato

Appalto pubblico – Il Consiglio Nazionale del Notariato ha reso noto lo Studio n. 588-2016/C, su «*La nuova disciplina dell'appalto pubblico dopo il correttivo: profili di interesse notarile*», in cui sono state considerate le integrazioni e correzioni apportate dal D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, alle disposizioni del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (ora Codice dei contratti pubblici), soffermandosi, in particolare, sulle previsioni relative alla procedura di appalto e su quelle che regolano la stipula del contratto, nonché le fasi ad essa successive.

Lo Studio n. 588-2016/C è disponibile, dal 6 settembre 2017, sul sito www.notariato.it.

Consob

Mercato finanziario e sistema bancario – La Consob ha divulgato il *Quaderno giuridico n. 12*, concernente «*I nuovi assetti istituzionali della vigilanza europea sul mercato finanziario e sul sistema bancario*», in cui sono descritti l'evoluzione della regolazione finanziaria europea ed il vigente sistema di *rule-making* multilivello, accennando altresì «*ai problemi aperti e alle possibili linee di tendenza per*

il futuro, che sembrano muovere verso obiettivi di snellimento e semplificazione del quadro normativo di riferimento».

Tra gli ulteriori profili affrontati nell'approfondimento, vi sono «*le forme di raccordo tra l'ordinamento italiano e i processi normativi dell'UE*», nonché la realizzazione dell'Unione Bancaria europea e del suo primo pilastro, ovvero il *Single Supervisory Mechanism (SSM)*.

Il documento, pubblicato il 4 settembre 2017, è reperibile sul sito www.consob.it.

Medie imprese e quotazione – La Consob ha elaborato un *discussion paper* sulle «*Implicazioni e possibili motivazioni della scelta di non quotarsi da parte delle medie imprese italiane*», nel quale sono illustrati gli esiti di un'analisi effettuata sui bilanci di un campione di medie imprese italiane quotate in Borsa, ponendoli a raffronto con quelli di società non quotate simili per settore e dimensione.

Dallo studio è emerso che «*la scarsa propensione alla quotazione delle medie imprese italiane [...] non sembra giustificata dalla prevalenza dei benefici (maggiore discrezionalità nella redazione della rendicontazione contabile e finanziaria) sui costi (minor redditività, minor crescita, più severo razionamento e dipendenza da fonti di finanziamento interne) connessi con la conservazione dello status di "non quotata", ma sia da ricondurre ad altri fattori, anche culturali, verosimilmente legati alla percezione dei costi complessivi dell'apparato regolamentare che disciplina la quotazione in borsa*».

Il documento è consultabile, dal 26 settembre 2017, sul sito www.consob.it.

Odcec Milano

Sistemi di allerta – La Commissione controllo societario dell'Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di Milano ha predisposto un approfondimento sui «*Sistemi di allerta interna*», incentrato su «*il monitoraggio continuativo del presupposto di continuità aziendale e la segnalazione tempestiva dello stato di crisi da parte degli organi di vigilanza e controllo societario*». Trattasi di una «*guida in materia di sistemi di allerta preventiva*», corredata di appendici operative.

Il *Quaderno n. 71* è disponibile sul sito www.odcec.mi.it.

GIURISPRUDENZA

Costituzione delle *start up* innovative senza atto pubblico: la sentenza del Tar Lazio – Con sentenza del 2 ottobre 2017, n. 10004 il Tar Lazio ha deciso il ricorso presentato dal Consiglio Nazionale del Notariato contro il Ministero dello Sviluppo Economico per l'annullamento in particolare del decreto ministeriale 17 feb-

braio 2016 recante “Modalità di redazione degli atti costitutivi di società a responsabilità limitata *start up* innovative”.

L’art. 4 comma 10 *bis* della legge 24 marzo 2015, n. 33, “al solo fine di favorire l’avvio di attività imprenditoriali e con l’obiettivo di garantire una più uniforme applicazione delle disposizioni in materia di *start up* innovative”, consente che l’atto costitutivo e le sue modificazioni siano redatte per atto pubblico o per atto sottoscritto in forma elettronica e con firma digitale, adottando un modello uniforme. In attuazione di tale norma il decreto ministeriale sopra richiamato ha disciplinato le modalità di costituzione, prevedendo che tale documento informatico sia presentato all’Ufficio del registro delle imprese che, effettuate le verifiche stabilite dal decreto in esame, dispone l’iscrizione provvisoria della società nella sezione ordinaria del registro e, su istanza di quest’ultima, quella nella sezione speciale. In caso di cancellazione da tale sezione speciale per motivi sopravvenuti la società “mantiene l’iscrizione nella sezione ordinaria, *senza alcuna necessità di modificare o ripetere l’atto* fino ad eventuale modifica statutaria”. Sono stati poi predisposti i modelli standard di statuto e per le sue modifiche.

Il Tar Lazio è stato investito dell’esame di vari motivi di annullamento di queste regole sia nella prospettiva della contrarietà alla disciplina societaria, sia in quella della contrarietà alla normativa antiriciclaggio.

Il Giudice amministrativo ha premesso che “sono suscettibili di scrutinio le sole doglianze relative a pretese lesioni delle competenze professionali dei notai (quali quelle volte alla costituzione di una società di capitali)”.

Osserva il Tar che “nel sistema semplificato introdotto per la costituzione della *start up* la presenza di un atto societario corrispondente allo standard assicura la piena tutela dell’interesse pubblico alla preventiva verifica della legalità sostanziale”.

Le varie censure nell’ottica societaria sono state respinte, salvo quella relativa alla regola che consente che l’iscrizione nella sezione ordinaria possa permanere nel caso di cancellazione dalla sezione speciale. Tale disposizione, già contenuta nell’art. 25, comma sedicesimo del d. l. 179/2012 è stata introdotta in un contesto normativo in cui non si prevedeva la modalità alternativa di costituzione senza l’utilizzo dell’atto pubblico. Introdotta tale modalità nel 2015, la norma deve essere intesa come applicabile alle sole *start up* innovative costituite con atto pubblico. ‘Di qui – si legge nella sentenza – l’illegittimità dell’inciso – che va pertanto annullato – “senza alcuna necessità di modificare o ripetere l’atto” contenuto nell’art 4 comma 1 del decreto ministeriale 17 febbraio 2016 [oggetto di impugnazione], occorrendo evidentemente una modifica o ripetizione dell’atto ai fini della permanenza nella sezione ordinaria nel caso di *start up* innovativa non costituita” per atto pubblico. (Oreste Cagnasso)

Bilancio privo di chiarezza e riduzione del capitale per perdite – Il Tribunale di Torino ha statuito che le delibere assunte dall’assemblea dei soci ai sensi dell’art.

2482 *ter* c.c. sono affette da nullità – per impossibilità dell’oggetto – nel caso in cui abbiano a fondamento una perdita del capitale sociale «*in realtà non verificata*», in quanto derivante da un bilancio non conforme ai principi di chiarezza, veridicità e correttezza (nel caso di specie, per sottovalutazione del magazzino, tale da comportare l’alterazione del risultato d’esercizio).

La sentenza del Tribunale di Torino del 13 luglio 2017 è reperibile sul sito www.giurisprudenzadelleimprese.it.

Doveri del collegio sindacale – La Corte di Cassazione ha ribadito che «*in tema di sanzioni amministrative per violazione delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, la complessa articolazione della struttura organizzativa di una società di investimenti non può comportare l’esclusione od anche il semplice affievolimento del potere-dovere di controllo riconducibile a ciascuno dei componenti del collegio sindacale*». Essi, qualora siano accertate carenze delle procedure aziendali volte alla «*corretta gestione societaria*», possono essere sanzionati a titolo di concorso omissivo «*quoad functionem*», in quanto sui sindaci grava, da un lato, l’obbligo di vigilanza, e, dall’altro (nella specie), l’obbligo legale di immediata denuncia alla Banca d’Italia ed alla Consob.

I sindaci sono chiamati a vigilare «*in funzione non soltanto della salvaguardia degli interessi degli azionisti nei confronti di atti di abuso di gestione da parte degli amministratori, ma anche della verifica dell’adeguatezza delle metodologie finalizzate al controllo interno della società di investimenti*», attenendosi ai parametri procedurali stabiliti dalla normativa regolamentare predisposta dalla Consob a garanzia degli investitori.

Corte di Cassazione, 28 agosto 2017, n. 20437.

Segnalazioni di diritto tributario

a cura di *Leonardo Nesa*

NORMATIVA

Scambio automatico di informazioni: modifiche per gli elenchi degli Stati –

Col il Decreto 9 agosto 2017 il ministero dell'Economia rivede l'elenco delle giurisdizioni estere interessate alle procedure internazionali di collaborazione in materia di conti finanziari. Nello specifico il decreto attua le disposizioni della legge 95/2015 in materia di scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale modificando agli allegati A, C e D del decreto 28 dicembre 2015.

Per quanto concerne l'Allegato A, si tratta di modifiche di coordinamento normativo, mentre per effetto delle modifiche agli allegati C e D vengono rispettivamente ritoccati l'elenco delle giurisdizioni oggetto di comunicazione e quello delle giurisdizioni partecipanti.

Debiti e crediti verso la Pa: regole confermate per il 2017 –

Il “decreto conti pubblici” (DI 50/2017) ha esteso anche al 2017 la possibilità di compensazione delle cartelle di pagamento in favore delle imprese e dei professionisti titolari di crediti non prescritti, certi, liquidi ed esigibili, per somministrazione, forniture, appalti e servizi, maturati nei confronti della pubblica amministrazione (articolo 9-*quater*). Con il decreto 9 agosto 2017, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 21 agosto 2017, sono individuati i carichi che possono essere compensati che risultano essere quelli affidati agli agenti della riscossione entro il 31 dicembre 2016.

Voluntary disclosure bis. Più tempo per l'adesione –

Con il Dpcm 28 luglio 2017, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale di venerdì 4 agosto è stato prorogato al 30 settembre 2017 il termine per l'adesione alla voluntary disclosure bis. Il rinvio tiene conto delle richieste rappresentate dalle associazioni professionali in relazione agli adempimenti fiscali da effettuare su richiesta di contribuenti e sostituti d'imposta.

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

Agenzia delle Entrate

Una nuova agevolazione se la “prima casa” diventa inagibile a causa del sisma – Con la risoluzione n. 107/E del 1 agosto 2017 l’Agenzia delle Entrate, rispondendo all’interpello di un contribuente interessato dagli eventi sismici dell’agosto e dell’ottobre del 2016, chiarisce che il proprietario di un immobile acquistato con le agevolazioni “prima casa”, dichiarato inagibile con provvedimento delle autorità competenti, può fruire nuovamente del beneficio per l’acquisto di una nuova abitazione.

GIURISPRUDENZA

Per l’attore l’agente richiama l’IRAP – Con la sentenza del 10 luglio 2017 la sezione 3 della Commissione tributaria provinciale di Milano stabilisce che qualora un artista si avvalga di un agente, che “con la propria funzione strumentale, supporta e potenzia l’attività dell’attore, pianificandone e organizzandone tutti gli aspetti economici”, l’attività è assoggettabile a Irap. Infatti il ruolo del procuratore è di primaria importanza poiché fornisce il *quid pluris* necessario all’artista per concludere qualsiasi tipo di affare rispetto alla sua attività professionale.

Sequestrabili i canoni d’affitto futuri – La Corte di cassazione, con la sentenza 37454 del 27 luglio 2017 stabilisce che è legittimo il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, che ricomprende i canoni non ancora riscossi derivanti dalla locazione di un immobile già oggetto di sequestro. Infatti il debito sanzionatorio del condannato non può essere vanificato dalla momentanea incapacienza: nel perimetro patrimoniale utilizzabile rientrano anche i beni disponibili successivamente.

Per l’agevolazione prima casa rileva la classificazione catastale – La Corte di Cassazione con l’ordinanza 19255 del 2 agosto 2017 esprime il principio secondo il quale, in tema di agevolazioni fiscali, ai fini della fruizione dei benefici per l’acquisto della “prima casa”, l’articolo 1, nota II-bis, tariffa allegata al Dpr 131/1986, condiziona il bonus alla non titolarità del diritto di proprietà “di altra casa di abitazione nel territorio del Comune ove è situato l’immobile da acquistare”, senza più menzionare anche il requisito dell’“idoneità dell’immobile”, presente invece nella precedente formulazione della norma, sicché non assume rilievo la situazione soggettiva del contribuente o il concreto utilizzo del bene, rilevando il solo parametro oggettivo della classificazione catastale dello stesso.

Il prossimo numero

- F. DI SANCTIS**, Attualità ed autonomia del diritto processuale societario (a quindici anni dalla sua introduzione, ad otto anni dalla sua abrogazione ed agli albori della sua «rinascita»)
- G. LAMBERTI**, Le azioni a voto plurimo e i *quorum* assembleari
- A. BAUDINO** La responsabilità degli amministratori delle società a capitale pubblico e misto, dopo il d.lgs. n. 175/2016, n. 175 (di riordino della disciplina in materia di società a partecipazione pubblica)