

Anno 8 – Numero 6

24 marzo 2010

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

# IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

## In questo numero:

- Società di persone: riduzione del capitale
- Servizi pubblici locali
- Dividendi in uscita dall'Italia

**ItaliaOggi**

**CLASS**professionale

**DIREZIONE SCIENTIFICA**  
Oreste Cagnasso – Maurizio Irrera

**COORDINAMENTO SCIENTIFICO**  
Gilberto Gelosa

La *Rivista* è pubblicata con la collaborazione  
degli Ordini dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili  
di:

Bergamo, Busto Arsizio, Casale Monferrato, Crema,  
Cremona, Lecco, Mantova, Monza e Brianza, Verbania



**SEZIONE DI DIRITTO FALLIMENTARE**

a cura di Luciano Panzani

**SEZIONE DI DIRITTO INDUSTRIALE**

a cura di Massimo Travostino e Luca Pecoraro

**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 Anna Paola Tonelli

**COMITATO DI INDIRIZZO**

Carlo Luigi Brambilla, Alberto Carrara, Paola Castiglioni, Luigi Gualerzi, Stefano Noro, Carlo Pessina, Ernesto Quinto, Michele Stefanoni, Mario Tagliaferri, Maria Rachele Vigani, Ermanno Werthhammer

**REDAZIONE**

Maria Di Sarli (coordinatore)

Paola Balzarini, Alessandra Bonfante, Maurizio Bottoni, Mario Carena, Marco Sergio Catalano, Fabio Colombo, Alessandra Del Sole, Massimiliano Desalvi, Elena Fregonara, Sebastiano Garufi, Stefano Graidì, Alessandro Monteverde, Enrico Rossi, Cristina Saracino, Marina Spiotta, Maria Venturini

**HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO**

Marco Casavecchia, Sebastiano Garufi, Giuseppe A. M. Trimarchi

# INDICE

	<i>Pag.</i>
<b>STUDI E OPINIONI</b>	
<i>Le operazioni di riduzione del capitale sociale nelle società di persone e nelle società cooperative (Parte I)</i> di <b>Giuseppe A. M. Trimarchi</b>	9
<b>RELAZIONI A CONVEGNI</b>	
<i>La comunicazione e la pubblicazione della relazione finanziaria annuale e le modalità del rinnovo delle cariche alla luce del d.lgs. di recepimento della direttiva 2007/36/ce (record date)</i> di <b>Oreste Cagnasso</b>	32
<b>PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA</b>	
<i>I servizi pubblici locali secondo la riforma di cui all'art. 15 del dl 25-9-2009, n. 135, convertito nella legge 20-12-2009, n. 166 (Parte I)</i> di <b>Marco Casavecchia</b>	37
<b>FISCALITÀ INTERNAZIONALE</b>	
<i>Corte di Giustizia e dividendi in uscita dall'Italia. Brevi considerazioni sull'accertata contrarietà alla libera circolazione dei capitali</i> di <b>Sebastiano Garuffi</b>	76
<b>SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE</b>	89
<b>SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO</b>	
<b>ALLEGATO</b>	
<i>Contributo alla statuizione dei principi di comportamento del collegio sindacale nelle società quotate</i> <b>Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di Roma</b>	99

# SOMMARIO

## STUDI E OPINIONI

### **Le operazioni di riduzione del capitale sociale nelle società di persone e nelle società cooperative (Parte I)**

*Il saggio approfondisce il tema della riduzione del capitale sociale nelle società di persone e nelle società cooperative.*

*La prima parte dello stesso è dedicata, in particolare, ad una riflessione in ordine alla rilevanza del capitale sociale nelle società di persone specificatamente correlata alla disciplina della sua riduzione.*

di **Giuseppe A. M. Trimarchi**

## RELAZIONI A CONVEGNI

### **La comunicazione e la pubblicazione della relazione finanziaria annuale e le modalità del rinnovo delle cariche alla luce del d.lgs. di recepimento della direttiva 2007/36/ce (record date)**

*La relazione ha ad oggetto le innovazioni introdotte in attuazione della direttiva Record Date, concernente le società quotate con riferimento alla relazione finanziaria annuale ed al rinnovo delle cariche.*

di **Oreste Cagnasso**

## PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

### **I servizi pubblici locali secondo la riforma di cui all'art. 15 del dl 25-9-2009, n. 135, convertito nella legge 20-12-2009, n. 166 (Parte I)**

*L'Autore esamina la recente riforma sui servizi pubblici locali (art. 23-bis del dl 112/2008 modificato dall'art. 15 del dl 135/2009, convertito nella legge 166/2009). Alla luce di tale riforma, in senso parzialmente liberale, nella seconda parte del presente lavoro, verranno prese in esame le società in house locali e le gare per le società per le quali verranno a cessare gli affidamenti diretti a partire dal 31-12-2011.*

di **Marco Casavecchia**

## FISCALITÀ INTERNAZIONALE

### **Corte di Giustizia e dividendi in uscita dall'Italia. Brevi considerazioni sull'accertata contrarietà alla libera circolazione dei capitali**

*A seguito di una procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea, la Corte di giustizia ha sancito l'incompatibilità con il diritto comunitario della normativa italiana in materia di imposizione dei dividendi pagati a soggetti non residenti prima della Finanziaria 2008.*

*La pronuncia della Corte che qui si commenta riafferma una consolidata giurisprudenza in materia di restrizioni vietate alla libera circolazione di capitali, ma*

# SOMMARIO

*evidenzia la diversa valenza di cause di giustificazione nei riguardi degli Stati non comunitari.*

di **Sebastiano Garufi**

# INDEX-ABSTRACT

	<i>Page</i>
<b>STUDIES AND OPINIONS</b>	
<b>The operations of reduction of share capital in partnerships and cooperative societies (Part I)</b>	9
<i>The essay examines the problem of share capital reduction in partnerships and cooperative societies.</i>	
<i>The first part of it focuses in particular on a reflection about the importance of social capital in partnerships specifically related to the discipline of its reduction.</i>	
by <b>Giuseppe A. M. Trimarchi</b>	
<b>REPORT ON CONVENTIONS</b>	
<b>Communication and publication of annual financial report and the formality for the nomination renewal under the Leg. Transposition of Directive 2007/36/EC (record date)</b>	32
<i>The report relates to the innovations introduced in carrying out the Directive Record Date, concerning listed companies with reference to the annual financial report and the nomination renewal.</i>	
by <b>Oreste Cagnasso</b>	
<b>PUBLIC ADMINISTRATION AND ENTERPRISES</b>	
<b>Local public services under the reform of Article 15 of the Decree 25.9.2009, n. 135, converted into Law 20.12.2009, n. 166 (Part I)</b>	37
<i>The Author examines the recent reform of local public services (art. 23-bis of Decree 112/2008 modified by art. 15 of DL 135/2009, converted into Law 166/2009). Under the dispositions of this reform, partially liberal, in the second part of this work is examined in-house companies and local tenders for the companies for which they will come to an end the direct procurement from 31/12/2011 .</i>	
by <b>Marco Casavecchia</b>	
<b>INTERNATIONAL TAXATION</b>	
<b>Court of Justice and dividends leaving Italy. Brief remarks on the contrary to the freedom of capital movement</b>	76
<i>Following an infringement procedure launched by the European Commission, the Court of Justice has sanctioned the Italian legislation on the taxation of dividends paid to non-residents before the 2008 Budget for incompatibility with Community law.</i>	
<i>The Court's ruling, analyzed here, reaffirms a well-established case law on</i>	

## INDEX-ABSTRACT

*prohibited restrictions on the free movement of capital, but highlights the significance of different causes of justification in respect of non-EU states.*  
di **Sebastiano Garufi**

# LE OPERAZIONI DI RIDUZIONE DEL CAPITALE SOCIALE NELLE SOCIETÀ DI PERSONE E NELLE SOCIETÀ COOPERATIVE (PARTE I)

*Il saggio approfondisce il tema della riduzione del capitale sociale nelle società di persone e nelle società cooperative.*

*La prima parte dello stesso è dedicata, in particolare, ad una riflessione in ordine alla rilevanza del capitale sociale nelle società di persone specificatamente correlata alla disciplina della sua riduzione.*

di GIUSEPPE A. M. TRIMARCHI

### **1. Una breve riflessione in ordine alla rilevanza del capitale sociale nelle società di persone specificatamente correlata alla disciplina della sua riduzione**

Altrove si è indagato sulla circostanza per cui la disciplina del capitale sociale nelle società di persone è assai più scarna di quella dei modelli lucrativi di capitali, ancorché, s'è avuto modo di chiarire, come ciò non abbia affatto impedito al legislatore di disciplinare i conferimenti<sup>1</sup>.

Semplicità e flessibilità dei modelli strutturali, libera determinazione dei valori conferibili, e illimitata responsabilità dei soci in tutti i tipi sociali a “base personalistica”<sup>2</sup>, giustificano una limitata rilevanza del capitale in termini di garanzia dei creditori. Il che appare, inoltre, confermato dall'assenza di una norma destinata ad imporre “capitali minimi”.

Peraltro, la scelta concernente detta rilevanza, nell'ambito dei vari tipi di società personali, appare disomogenea già sul piano del linguaggio tecnico, se è vero com'è vero che, ad esso, manca ogni riferimento nella disciplina della società semplice, mentre ve ne è una significativa traccia in quella delle società in nome collettivo ed in accomandita semplice (artt. 2303 e 2306 c.c.).

---

<sup>1</sup> Cfr. G.A.M. TRIMARCHI, *L'aumento del capitale sociale*, in *Notariato e Nuovo Diritto Societario*, Collana diretta da Giancarlo Laurini, Milano, 2007, pagg. 100 ss.

<sup>2</sup> Temperata nelle sole società in accomandita dalla tipologica presenza di soci a responsabilità limitata, salva la sanzione conseguente all'ingerenza nell'amministrazione ex art. 2320 c.c.

# STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE E COOPERATIVE: RIDUZIONE DEL CAPITALE (PARTE I)

Vale ricordare, immediatamente, che in questi ultimi due tipi sociali, infatti, si assiste ad una progressiva emersione di un concetto di “capitale” proprio correlativamente alla disciplina della riduzione dello stesso: fissato il principio dell’obbligatoria indicazione in atto costitutivo dei conferimenti di ciascun socio, il relativo valore ed il modo della valutazione, e resa obbligatoria l’indicazione della prestazione cui sia eventualmente tenuto il socio d’opera (art. 2295, numeri 6 e 7, c.c.), la legge ha, ulteriormente stabilito che:

- a) non si possono ripartire utili se non nei limiti di quelli realmente conseguiti;
- b) se vi sono perdite del “capitale sociale” non si possono ripartire utili fino alla reintegrazione o fino alla sua riduzione (art. 2303 c.c.);
- c) la decisione di ridurre il capitale sociale con rimborso ai soci delle quote pagate o mediante la liberazione dall’obbligo d’ulteriori versamenti può essere eseguita solo decorsi tre mesi dall’iscrizione nel registro delle imprese dell’atto di riduzione e sempreché, nel frattanto, i creditori non abbiano fatto opposizione (art. 2306 c.c.).

L’articolazione di una disciplina della riduzione nelle società in nome collettivo, e, per rinvio, in accomandita semplice, induce a ritenere condivisibile la ricostruzione secondo la quale il ruolo ed il valore del capitale in questi due tipi sociali appare diverso rispetto a quello che esso ha nella società semplice. In quest’ultima, invero, sembra difficile sollevare obiezioni a chi ha ritenuto che la sua nozione finisse per coincidere con l’ammontare complessivo dei conferimenti iniziali<sup>3</sup>. Nelle altre, invece, la nozione di capitale assume rilevanza, coerentemente al disposto degli artt. 2303 e 2306 c.c., in rapporto alla individuazione del concetto di utile, a quello di perdita, nonché avuto riguardo alla dinamica del rimborso ai soci del suo ammontare, o della liberazione dell’obbligo di conferire.

Tuttavia, nel difetto di norme inferenti la rilevanza “interna” del capitale stesso<sup>4</sup>, salvi aspetti riconducibili al valore della partecipazione sociale<sup>5</sup> - e quindi nel difetto sostanziale di un rilevante rilievo di detto valore nei rapporti organizzativi tra soci - va da sé che le norme in parola appaiono destinate a soddisfare un interesse “esterno”<sup>6</sup>. Il ruolo organizzativo o interno del capitale sociale (*rectius*: della singola partecipazione)

<sup>3</sup> G. FERRI, *Commento sub art. 2253*, in *Commentario al Codice Civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro quinto, *Delle società, disposizioni generali, soc. semplici, soc. in nome collettivo, soc. in accomandita semplice*, III ed., Bologna-Roma, 1981, pag. 428. Sia consentito, al riguardo rinviare alla ricostruzione elaborata in G.A.M. TRIMARCHI, *L’aumento del capitale sociale*, cit. pagg. 100 ss.

<sup>4</sup> Cfr. G.A.M. TRIMARCHI, *L’aumento del capitale sociale*, cit., pagg.107 ss..

<sup>5</sup> Si pensi all’ipotesi della continuazione della società con gli eredi del socio defunto, alla cessione della partecipazione sociale, o alla distribuzione di utili.

<sup>6</sup> Difatti, non è un caso che i tipi in parola siano concepiti dal legislatore come destinati all’iscrizione nel registro delle imprese (cfr. artt. 2297 c.c. e 2317 c.c.) al contrario della società semplice.

## STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE E COOPERATIVE: RIDUZIONE DEL CAPITALE (PARTE I)

al suo valore nominale è assolutamente attenuato nei tipi sociali in parola dalla regola del consenso unanime come regola legale e generale (arg. *ex art.* 2252 c.c.), ancorché derogabile, dell'organizzazione. Sicché è corretto affermare, in linea di principio, che nelle società di persone il capitale non giova a disciplinare l'organizzazione dell'ente ed il relativo funzionamento, dal momento che la regola legale dello stesso è legata alla "testa" (del socio) e non alla sua partecipazione ad un valore nominale di una cifra di netto vincolata e destinata all'attività dell'impresa collettiva.

Nelle società di persone, inoltre, appare del tutto insignificante la regola dell'utilizzo del capitale in funzione di prevenzione rispetto alla crisi dell'impresa.

Se tale principio può avere, infatti, un qualche fondamento nei modelli tipologici "capitalistici", per i quali vige il disposto per cui in caso di perdite che incidano sul minimo legale del capitale, ove la società non ricapitalizzi o si trasformi, la stessa sia in scioglimento (art. 2484, n. 4, c.c.); o, addirittura, anche nei modelli cooperativi, per i quali la perdita (integrale) del capitale sociale è causa di scioglimento *ex art.* 2545 *duodecies* c.c., il fondamento preventivo non appare in alcun modo utile ad individuare funzioni del capitale sociale dei modelli lucrativi personalistici per i quali la perdita non determina mai causa di scioglimento (cfr. *ex art.* 2272 c.c.). Il che appare, poi, confermato dalla regola per cui quelli personalistici rappresentano, anzi, i modelli di arrivo proprio di quella cd. trasformazione regressiva che consente alla società di capitali di non sciogliere e liquidare per il caso di perdite eccedenti il terzo dell'ammontare complessivo del capitale sociale che abbiano intaccato il valore minimo prescritto dalla legge (cfr. artt. 2447 e 2482 *ter* c.c.)<sup>7</sup>.

Peraltro, condivisa altrove la lettura di chi ha sostenuto che anche nelle società in nome collettivo e nelle accomandite la fissazione di una nozione di capitale non

---

<sup>7</sup> La funzione cd. "di prevenzione" è, peraltro, recentemente rivisitata in chiave critica da autorevole dottrina che la ritiene indimostrata per le stesse società di capitali. In tal senso, G. FERRI JR., *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale sociale*, in *Riv. not.*, 2008, 4, pagg. 741 e ss., ed in particolare pagg. 746 e 747, ove l'Autore dimostra come la liquidazione conseguente allo scioglimento sia soltanto strumentale, e per giunta assolutamente residuale, alla tutela del credito, come conferma la recente riforma della cd. ristrutturazione dei debiti nell'ambito della stessa disciplina fallimentare. Parimenti, lo stesso Autore non manca di sottolineare che, in fin dei conti, per il profilo al vaglio, la perdita sia semplicemente la dimostrazione della crisi dell'investimento dei soci (a differenza dell'insolvenza, che è dimostrazione della crisi dell'impresa): "[...]ed è proprio e solo in quanto crisi dell'investimento che tale fenomeno viene preso in considerazione dall'ordinamento, anche, e anzi soprattutto, quando ad esso la legge ricollega lo scioglimento della società, e cioè una vicenda che assume appunto il significato di disinvestimento collettivo: e, conseguentemente, l'applicazione di una disciplina nell'ambito della quale la liquidazione del patrimonio appare a sua volta diretta a permettere il rimborso delle partecipazioni di tutti i soci, non anche a garantire la soddisfazione dei creditori [...]". Così, G. FERRI JR., *op. loc. ult. cit.*

# STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE E COOPERATIVE: RIDUZIONE DEL CAPITALE (PARTE I)

coincidente con l'ammontare complessivo dei conferimenti iniziali sia il frutto di una libera scelta dei soci<sup>8</sup>, sembra del tutto coerente sottolineare l'accentuata rilevanza "esterna" accordata al capitale sociale dalla richiamata disciplina degli artt. 2303 e 2306 c.c.

Essa, nelle società a base personale, risulta confortata dalla loro naturale inclinazione alla pubblicità del registro imprese<sup>9</sup> <sup>10</sup>, e finisce per confluire nella rilevanza che il capitale stesso, anche in questi tipi sociali, ha per i creditori, ed in genere per i terzi.

E ciò, non certo nel senso di radicare la convinzione, peraltro tanto risalente quanto obsoleta, per cui esso capitale costituirebbe garanzia patrimoniale, in senso proprio, per il creditore sociale; conclusione, questa, destinata ad essere sconfessata dalla sola lettura delle disposizioni in materia di società di persone (come, peraltro, da quella in materia di società di capitali), ma nel diverso senso che esso sia, anche nelle società a base personalistica, strumento:

a) di informazione dei creditori e dei terzi della propensione dei soci al rischio d'impresa, nonché della salute dell'impresa stessa;

b) destinato a fissare il livello di remunerazione del complesso dei mezzi destinati al rischio d'impresa;

c) idoneo ad assicurare la permanenza in società dei mezzi annunziati quali strumenti del rischio medesimo.

Sotto il profilo *sub* "a)" è agevole osservare che il capitale sociale indica ai creditori, ed ai terzi più in generale il valore dei conferimenti destinato dai soci al vincolo detto appunto "di capitale" almeno nel caso di società in nome collettivo o in accomandita<sup>11</sup>, fissando un primo livello di informazione concernente la propensione al rischio dei soci investitori. E' esperienza comune, infatti, laddove vi siano società a base personalistica con un basso livello di investimenti destinati a capitale, che la propensione al rischio dei soci sia tendenzialmente bassa. La frequentazione

---

<sup>8</sup> M. S. SPOLIDORO, *Sul capitale delle società di persone*, in *Riv. soc.*, 2001, 4, pagg. 814; nello stesso senso M. GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, pagg. 169 e ss. In ogni caso, giova ricordare, in particolare sulla o sulle funzioni del capitale sociale con specifico riferimento alle società di persone, l'insegnamento di F. DI SABATO, *Capitale e responsabilità interna nelle società di persone*, Napoli, 1967, (riedita nel 2005), Milano, pagg. 27 e ss.; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, V. ed., Torino, 1995 pagg. e 126 ss.; R. WEIGMANN, *Capitale, utili e riserve nelle società di persone*, in *Giur. comm.*, 1986, I, pagg. 45e ss.

<sup>9</sup> Rispetto alla quale il fenomeno della società irregolare è, se non patologico, quanto meno residuale e nemmeno generale, se è vero, com'è vero, che non è corretto discutere di accomandita semplice irregolare.

<sup>10</sup> Cfr. G.A.M. TRIMARCHI, *L'aumento del capitale sociale*, cit., pag. 110.

<sup>11</sup> E, a tutto voler concedere, la quantità, o più precisamente la somma del valore dei conferimenti nel caso di società semplice.

# STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE E COOPERATIVE: RIDUZIONE DEL CAPITALE (PARTE I)

professionale insegna che tale è la situazione di molte società a base familiare per le quali le formule organizzative dell'attività d'impresa, sovente, configurano sostanzialmente articolazioni più o meno complesse di lavoro autonomo (si pensi, a mò d'esempio, alla diffusa realtà dei piccoli negozi). E se, sul piano tecnico, la scarsa inclinazione al rischio di questi imprenditori piccoli e medi è temperata dalla responsabilità illimitata di tutti i soci, e/o tendenzialmente di tutti quelli destinati all'amministrazione e gestione dell'ente, è, d'altro canto inconfutabile che la esiguità della destinazione a capitale unita alla regola generale di cui all'articolo 2268 c.c.<sup>12</sup> quanto meno informi della propensione al rischio da parte dei soci investitori.

Il terzo ne trarrà le conclusioni che crederà, ma certo la quantità nominale di capitale rappresenterà per lo stesso un primo indice informativo non trascurabile.

Non meno significativa, per l'aspetto al vaglio, risulta la circostanza per cui se di capitale sociale è corretto discutere nella società semplice, la relativa nozione coincide, nella preferita ricostruzione, con quella di ammontare complessivo dei conferimenti, mentre nelle società in nome collettivo e in accomandita semplice con la quantità nominale dei valori assegnati ai conferimenti e fissata, appunto, quale capitale. Infatti risulta accentuata, in tale distinzione, la tutela dell'affidamento del terzo: nella società semplice, invero, l'assenza di oneri\obblighi pubblicitari connessi all'iscrizione nel registro delle imprese esclude che il terzo abbia fonti sicure di conoscenza di un ammontare del capitale sociale diverso dalla somma dei valori assegnati ai conferimenti iniziali dai soci. Vale, infatti ricordare che non si applica alle dette società nemmeno il disposto dell'articolo 2250 c.c. dal momento che detta norma impone l'indicazione del capitale "negli atti e nella corrispondenza" per le sole società di capitali. Insomma il terzo ha quale unica fonte di riferimento informativo l'atto costitutivo, almeno nell'ipotesi in cui esso esista in forma scritta.

Nelle società in nome collettivo ed in accomandita, invece, la rilevanza degli oneri\obblighi pubblicitari consente di concludere per l'ammissibilità della formazione di un capitale con un sistema analogo a quello delle società a base capitalistica: ben possono i soci, infatti, selezionare una parte del valore complessivo dei conferimenti e destinarlo a capitale, reliquando la differenza "a patrimonio"<sup>13</sup>. In tal caso, sarà rispetto al detto valore che andranno a commisurarsi le disposizioni di cui agli artt. 2303 e 2306 c.c.

Ma, in ogni caso, i terzi dispongono di una cautela informativa loro assicurata dalla disciplina della pubblicità nel registro imprese.

D'altra parte, ove la società (in nome collettivo) sia irregolare perché si sia sottratta all'onere pubblicitario, anche per l'aspetto al vaglio torneranno ad applicarsi le "disposizioni relative alla società semplice" (art. 2297 c.c.).

<sup>12</sup> Rubricato "Escussione preventiva del patrimonio sociale".

<sup>13</sup> Sul punto, cfr. *amplius* G.A.M. TRIMARCHI, *L'aumento del capitale sociale*, cit., pag. 108.

## STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE E COOPERATIVE: RIDUZIONE DEL CAPITALE (PARTE I)

In questo contesto informativo si inserisce l'ulteriore indicazione fornita dalla condivisa nozione di capitale sociale in ordine "allo stato di salute" dell'impresa di che trattasi.

E' intuitivo, infatti, che il capitale, nell'accezione pure sopra fornita, costituisca il limite alla distribuzione degli utili di cui al primo comma dell'articolo 2303 c.c., ed è, altresì, il valore cui commisurare la perdita che preclude ogni distribuzione di dividendi, salvo il suo assorbimento mercé riduzione del valore nominale (di capitale) corrispondente o ricostituzione del suo originario ammontare.

Per quest'aspetto risulta difficile negare che il terzo ricavi informazioni utili ad una, sia pure preliminare e generale, verifica dello stato economico-finanziario della società, della cui efficacia non sembra legittimo neppure discutere, dal momento che la presenza di perdite assume la duplice efficacia di precludere, da un lato, la distribuzione di saldi attivi di gestione, o per meglio dire ne inibisce la formazione in guisa che la distribuzione è problema che sul piano della correttezza contabile non dovrebbe neppure porsi<sup>14</sup>; d'altro canto la presenza di perdite è idonea ad evidenziare "crepe e crisi" gestionali in quanto l'erosione del capitale sociale, anche nelle società di persone, segue l'assorbimento di tutti i valori del patrimonio netto da parte dei saldi negativi d'esercizio e più in generale patrimoniale, in guisa che la loro presenza o la loro costante permanenza esige una valutazione, in termini di efficienza dell'attività d'impresa e della correlata gestione, che il terzo potrà fare a tutela dei propri interessi.

La precisazione di cui supra al punto "b)" consente di esaminare anche l'altra faccia della medaglia di quanto sin'ora osservato: risulta, infatti, evidente che l'ammontare del capitale sociale, rappresentando il limite che il saldo attivo di gestione deve raggiungere per consentire la distribuzione di utili, assicura al tempo stesso la permanenza in società, quanto meno, dei valori contabili assegnati ai conferimenti iniziali o a quella parte del valore dei conferimenti iniziali allocata a capitale sociale. Ne risulta, anche, una spiccata vocazione ed attitudine alla disciplina dei valori di netto patrimoniale, rappresentando il correlato regime vincolistico la tipica espressione di un principio di ordinata contabilità e razionalità di gestione aziendale che inibisce la distribuzione di valori economici che non eccedano la "quantità" di investimento iniziale. In altri termini, il capitale sociale rappresenta, anche per le società di persone, quella quantità nominale la cui permanenza dev'essere garantita se non in funzione dello scioglimento dell'ente quanto meno in relazione alla remunerazione dell'investimento, e nel preciso senso che, ove non risulti assicurata la permanenza in società di quel valore iniziale, il correlato investimento non può remunerare chi si è assunto il rischio d'impresa.

---

<sup>14</sup> Sul punto, cfr. l'attenta osservazione di G. FERRI JR., *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale sociale*, cit., pag. 749.

## STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE E COOPERATIVE: RIDUZIONE DEL CAPITALE (PARTE I)

Completa il quadro fin qui delineato l'attitudine del capitale sociale delle società personali a garantire i creditori, nel conflitto con i soci, della permanenza in società dei valori patrimoniali correlati al "quantum" di capitale, dal momento che l'articolo 2306 c.c. assicura ai creditori stessi il diritto di opporsi al rimborso o alla liberazione dall'obbligo a conferire in modo del tutto analogo alla disciplina della corrispondente fattispecie relativa ai modelli capitalistici (art. 2445 c.c. e art. 2482 c.c.).

Anche qui, come più in generale s'è detto per le su accennate fattispecie relative ai modelli capitalistici, la disciplina allude ad una funzione del capitale che non consiste già nel tutelare direttamente il credito, ovvero nell'assicurare una qualsivoglia causa legittima di prelazione su porzioni di patrimonio netto ai creditori, quanto nel risolvere un conflitto tipico del diritto delle società, e precisamente quel conflitto che sorge tra soci e creditori sulla permanenza in società dei valori corrispondenti al valore nominale del capitale sociale<sup>15</sup>.

Se da un lato, infatti, la legge ha considerato pienamente lecito il disinvestimento del capitale di rischio, ossia dei conferimenti, d'altra parte essa non lo consente *ad libitum*, ma solo nella misura in cui il creditore non faccia opposizione, e quindi concedendo a quest'ultimo di valutare, e dimostrare che il disinvestimento conseguente alla restituzione del conferimento o alla liberazione dall'obbligo d' eseguire il medesimo non sia pregiudizievole alle ragioni del proprio credito<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Un discorso a parte vale, per l'aspetto all'esame, per le società cooperative, per le quali ci si permette di rinviare al prosieguo di questo lavoro in questo stesso capitolo.

<sup>16</sup> Osserva, di recente, G. Ferri jr, *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale sociale*, cit., pag. 751: "[...] A sua volta, l'abitudine a rinvenire nel capitale sociale uno strumento di tutela dei creditori sociali, nei confronti, in particolare, dei soci, e dunque nell'ambito del conflitto che li vede contrapposti a costoro, si ricollega alla più generale tendenza a ricostruire, ed anzi si direbbe a raffigurare, il conflitto in esame in termini che riproducono, nelle linee essenziali, quello tra creditori e, rispettivamente, debitori: con i soci nella veste appunto di debitori, ancorché solo potenziali, in quanto a responsabilità limitata, o comunque collocati in una posizione pressoché coincidente a quella di costoro. Una volta ricondotto a quello che caratterizza ogni rapporto obbligatorio, il conflitto tra i soci e creditori sociali viene poi considerato come logicamente preesistente alla disciplina del capitale sociale, la quale opererebbe per così dire *ex post* e dall'esterno su di un conflitto già «in atto», al fine, in particolare, di offrire una tutela (ulteriore o, a seconda dei casi, alternativa alla responsabilità illimitata dei soci per le obbligazioni sociali) all'interesse, tipico di ogni creditore, a soddisfare la propria pretesa, e dunque, e prima ancora, a conservare la garanzia patrimoniale, evitando, o prevenendo, il rischio dell'insolvenza del debitore.

Quello tra soci e creditori sociali rappresenterebbe, insomma, un conflitto non caratteristico dell'impresa, né, per certi versi a maggior ragione, di quella organizzata in forma societaria: una forma, quest'ultima, la quale, in virtù essenzialmente della responsabilità limitata, varrebbe al più a far assumere atteggiamenti specifici, e in definitiva sistematicamente eccezionali, a quello che tuttavia resta un conflitto immanente a ogni rapporto obbligatorio[...]."

# STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE E COOPERATIVE: RIDUZIONE DEL CAPITALE (PARTE I)

Sulla base di queste precisazione – per ordine – appare opportuno distinguere le due disposizioni più volte citate.

## **1.1. Gli interessi riconducibili al divieto di distribuzione di utili fittizi, la nozione di utile e di perdita nelle società personali. Un cenno al “bilancio” nelle società di persone.**

L'articolo 2303 c.c., rubricato: “*limiti alla distribuzione degli utili*”, impedisce la distribuzione di utili fittizi, invoca la nozione di perdita del capitale, ed assegna alla medesima il ruolo di elemento discriminatore della distribuzione dell'utile. Quest'ultima, infatti, appare consentita solo nei limiti in cui la perdita venga assorbita mediante reintegrazione o riduzione del capitale sociale.

E' evidente che la principale preoccupazione del legislatore sia concentrata nello sforzo di evitare che società con gestioni finanziarie negative distribuiscano dividendi. La circostanza che l'utile sia “realmente” conseguito riecheggia l'analogo principio stabilito per le società di capitali (cfr. art. 2433 c.c.).

Vale preliminarmente considerare che la normativa in esame, per quanto sopra chiarito, non è riferita alla società semplice, ma alle società in nome collettivo e, in virtù del generale richiamo di cui all'articolo 2315 c.c., alle società in accomandita semplice.

Il primo quesito che ne deriva è se essa sia estensibile alla società semplice, oppure se in questo tipo sociale la (pretesa) assoluta irrilevanza della nozione di capitale sociale assicuri la possibilità di ripartire somme tra soci, a titolo di dividendo, a prescindere dalla qualificazione delle stesse in termini di utili, ovvero se la presenza di perdite abbia la medesima efficacia preclusiva della distribuzione di “utili” che risulta prescritta nel tipo s.n.c. o s.a.s. dalla norma in questione.

Chiarito che la nozione di “capitale sociale”, pur non omogenea tra società semplice, società in nome collettivo, ed accomandita, risulta ascrivibile a tutti i tipi sociali in parola - sebbene nella diversa accezione di “*somma del valore originario di tutti i conferimenti*” quanto alla società semplice, e di “*somma dei valori nominali assegnati a capitale dai soci*” nelle società in nome collettivo ed in accomandita - non si rinvengono, in realtà, ragioni per considerare non applicabile il principio per cui v'è divieto di ripartizione di utili fittizi.

Giova, infatti, ricordare che nella società semplice risulta disciplinato “l'utile”: l'articolo 2262 c.c. c.c., infatti, sotto la rubrica “*utili*” stabilisce che “*Salvo patto contrario, ciascun socio ha diritto di percepire la sua parte di utili dopo l'approvazione del rendiconto*”. Dal loro canto, gli artt. 2263 e 2264 c.c. disciplinano la ripartizione “*dei guadagni e delle perdite*” e la partecipazione ai “*guadagni ed alle perdite*”. Queste norme offrono lo spunto per due diverse, ma collegate, affermazioni:

# STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE E COOPERATIVE: RIDUZIONE DEL CAPITALE (PARTE I)

- non si ravvisano ragioni per ritenere che il concetto di utile non sia equivalente e sovrapponibile a quello di guadagno;

- non si ravvisano ragioni per escludere che la società semplice mutui la propria nozione di utile da quella stessa aziendalistica propria di tutte le società, comprese quelle in nome collettivo ed in accomandita, secondo cui tale è il risultato attivo di gestione che, ove riferito al singolo esercizio sociale, configura un “utile di esercizio”<sup>17</sup>; e ove riferito al saldo attivo derivante dalla somma algebrica dei valori attivi e passivi del patrimonio sociale dia luogo al cd. “utile di bilancio”<sup>18</sup>.

Quel che è certo è che tanto la nozione di utile di esercizio che la nozione di utile di bilancio impediscono di considerare tale un risultato gestionale al lordo delle perdite, in guisa che utile possa qualificarsi solo il saldo attivo al netto dei risultati negativi dell’esercizio, ove in generale si ragioni dell’utile di esercizio, ovvero al netto dei risultati negativi patrimoniali (per così dire generali) ove si discuta dell’utile di bilancio.

L’utile della società semplice non potrà essere, allora, che un utile derivante da un saldo attivo d’esercizio che sopravanzi l’ammontare originario della somma dei conferimenti, considerata la circostanza, più volte sottolineata, secondo cui è questa la generale nozione di capitale sociale della società semplice<sup>19</sup>.

Se, dunque, i soci Tizio e Caio hanno costituito una società semplice, conferendo il primo un valore per 100 ed il secondo un altro valore per cento, alla chiusura del primo esercizio utile sarà il saldo attivo che supera 200. Ossia il risultato attivo della contabilità dovrà dare quanto meno 201, 202 etc. perché si possa parlare di utile di esercizio per 1, 2 e così via.

Nella società in nome collettivo, come nell’accomandita, invece, coincidendo la nozione di capitale con quella nominale eventualmente indicata dai soci come tale al momento della costituzione, l’utile dovrà commisurarsi a quest’ultima: sicché, se i soci Tizio e Caio avranno costituito nell’esempio che precede una s.n.c., stabilendo che dei 200 conferiti (da ciascuno per cento) il capitale risulti formato da 100 (fermo restando

<sup>17</sup> Al pari di quello rinveniente dal conto economico delle società di capitali.

<sup>18</sup> Analogamente all’utile di bilancio indicato tra le voci del “netto” dello “stato patrimoniale” delle società di capitali.

<sup>19</sup> Già in questo senso, F. DI SABATO, *Manuale delle Società*, cit., pagg. 117 ss., secondo cui la nozione di utile esposta andrebbe desunta dall’art. 2303 e, pur non essendo tale norma dettata per la società semplice, affermando che essa comunque rappresenta “[...] espressione di un principio generale che attiene prim’ancora che all’integrità del capitale sociale, alla configurazione stessa del concetto di utile distribuibile ai soci”. Contra P. MARANO, *Osservazioni in tema di "rendiconto" e "bilancio" nelle società personali*, in *Giur. comm.*, 1997, 4, pagg. 376 e ss., ed ivi specie pag. 385, secondo cui “[...] Nella società semplice - a ben vedere - la mancanza dell’esigenza di tutela dell’integrità del capitale sociale induce a ritenere che l’utile ripartibile tra i soci consiste in tutta l’eccedenza delle entrate rispetto alle uscite.[...]”.

# STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE E COOPERATIVE: RIDUZIONE DEL CAPITALE (PARTE I)

che gli altri 100 saranno componenti del patrimonio sociale), l'utile si rivelerà nel saldo attivo che supererà, almeno nel primo esercizio, l'ammontare di 100, e negli esercizi successivi nel saldo attivo che eventualmente risultasse - al netto delle perdite - superiore a 100.

In altri termini, il richiamo al diritto all'utile che sorge con la (semplice) approvazione del "rendiconto" a beneficio del socio di società semplice impone di considerare che, in essa, la relativa nozione non si possa discostare dalla comune accezione riconosciuta dalla tradizione aziendalistica e giuridica, sebbene adattata ad una nozione, per così dire, "spuria" di capitale sociale, coincidente con il concetto di "*somma degli originari conferimenti*".

Parimenti, nella società semplice, la nozione di perdita andrà commisurata al valore iniziale dei conferimenti.

Dunque, in tutte le società di persone può distribuirsi solo l'utile effettivamente conseguito, ossia quel risultato attivo, al netto delle perdite, che ecceda il valore del "capitale sociale", nella diversa accezione che s'è fornita nella società semplice e nelle società in nome collettivo ed in accomandita.

Quel che preme rimarcare, tuttavia, è che l'applicazione della nozione di utile per la società semplice - nell'accezione più volte segnalata - sembra prescindere dall'applicazione diretta dell'articolo 2303 c.c., e risulta piuttosto mutuare la ragione della propria necessità dall'applicazione di un principio generale dell'ordinamento il cui *id plerumque accidit* dipende, nel tipo sociale detto, dal richiamo testuale al concetto "d'utile".

D'altro canto, vale sottolineare che il principio per cui l'utile a distribuirsi deve essere realmente conseguito risulta essere principio generale del nostro ordinamento, come appare non solo dalla disciplina del richiamato art. 2433, secondo comma, c.c. relativamente alle società di capitali, ma anche dal disposto dell'articolo 2627 c.c. ove è considerato reato l'illegale ripartizione di utili o riserve, punito con la reclusione sino ad un anno "*salvo che il fatto non costituisca più grave reato*".

Autorevole dottrina dubita che la disposizione penale ora richiamata valga per la società semplice. E ciò sulla scorta della considerazione per cui, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, le disposizioni del titolo XI del Libro V del codice civile (tra cui appunto l'articolo 2627 c.c.) erano relative alle sole società "*soggette a registrazione*", con esclusione, quindi, della società semplice<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> U. BELVISO, *Per una introduzione allo studio del rendiconto degli amministratori di società semplice*, scritto destinato agli Studi in onore di Franco Di Sabato, in *Riv. soc.*, 2008, 6, pag. 1270.

## STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE E COOPERATIVE: RIDUZIONE DEL CAPITALE (PARTE I)

Nondimeno, il d.lgs. n. 61 ha escluso ogni riferimento alle società “*soggette a registrazione*”, dal che si potrebbe desumere l’estensione della disciplina penale ad ogni “*fenomeno riconducibile al contratto di società*”<sup>21</sup>.

Tale affermazione sarebbe, per taluni, “in odore d’incostituzionalità”, dal momento che la legge delega<sup>22</sup> “*limitava l’intervento del Governo alla disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali*”<sup>23</sup>. Tuttavia, quest’ultima critica lascia molti margini di dubbio, come, d’altra parte, lo stesso Autore riconosce espressamente. Vale anche considerare che l’insegnamento ultimo ricordato si spinge, con specifico riferimento al reato di “*illegale ripartizione degli utili e delle riserve*”, a considerare che l’inapplicabilità dell’articolo 2627 c.c. alla società semplice deriverebbe, altresì, dall’inapplicabilità del suo secondo comma a detta società. In questa disposizione si legge che il reato si estingue nel caso della restituzione degli utili o di ricostituzione delle riserve “*prima del termine previsto per l’approvazione del bilancio*”.

L’inapplicabilità, nell’autorevole ricostruzione al vaglio, deriverebbe dalla circostanza per cui la legge non prevede, per la società semplice, un termine per l’approvazione del bilancio, (*rectius*: del rendiconto di cui all’articolo 2261 c.c.) ma solo un termine per la sua presentazione ai soci aventi diritto<sup>24</sup>.

La ricostruzione, per la sua autorevolezza, merita attenta riflessione; eppur tuttavia non possono mancare taluni rilievi.

In primo luogo, vale osservare che il diritto agli utili nella società semplice nasce con l’approvazione del “rendiconto – bilancio” ai sensi dell’articolo 2262 c.c., e che il termine per tale approvazione, sebbene non prescritto specificamente:

a) può ben essere indicato nell’atto costitutivo;

b) ben potrebbe coincidere, nel caso che si tratti di bilancio (come lo stesso Scrittore sostiene), con il termine generale di inventario di cui all’articolo 2217 c.c.. Tale termine coincide con l’annualità, tutt’al più rilevando che “per la sottoscrizione” è concesso un termine di tre mesi da quello fissato per la “*presentazione della dichiarazione dei redditi ai fini delle imposte dirette*” (art. 2217, terzo comma, c.c.)<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> L’espressione è di A. DI AMATO, *Diritto penale dell’impresa*, 5, Milano, 2003, pag. 141.

<sup>22</sup> L. 3 ottobre 2001, n. 366.

<sup>23</sup> U. BELVISO, *Per una introduzione allo studio del rendiconto degli amministratori di società semplice*, cit., pag. 1270.

<sup>24</sup> U. BELVISO, *Per una introduzione allo studio del rendiconto degli amministratori di società semplice*, cit., pag. 1271.

<sup>25</sup> A questo riguardo, giova considerare che è consolidato in giurisprudenza il criterio per cui, in difetto della previsione di un termine, si applichi il termine previsto per le società di capitali (cfr. la vecchia formulazione dell’articolo 2364 c.c.). Così Trib. Roma, 9 ottobre 1987, in *Le Società*, 1988, pagg. 248 e ss.

# STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE E COOPERATIVE: RIDUZIONE DEL CAPITALE (PARTE I)

In questo contesto appare difficile sostenere che i detti termini siano, nel silenzio dell'atto costitutivo, per la società semplice, meri termini di preparazione e sottoscrizione del rendiconto-bilancio, ma non siano – sempre nel silenzio dell'atto costitutivo - anche termini di approvazione.

Vale, poi, considerare che l'inapplicabilità del principio della causa estintiva del reato non potrebbe derivare dall'inapplicabilità analogica della norma penale, dal momento che il secondo comma non si riferisce alla fattispecie del reato ma a quella, diversa, dell'estinzione dello stesso. Essa, quindi, è norma di “*favor rei*”, con la conseguenza che dovrebbe studiarsi approfonditamente - dal punto di vista penale - se sia consentito che il reato, per la società semplice, si possa estinguere in coincidenza della scadenza del termine di presentazione del rendiconto-bilancio e non di quello della sua approvazione.

Infine, non si deve nemmeno trascurare che la legge nulla dice a proposito dei termini di approvazione dei bilanci-rendiconto delle società di persone commerciali, e quindi soggette a registrazione *tout court* (*rectius*: delle società in nome collettivo ed in accomandita), in guisa che, se l'inapplicabilità dell'articolo 2627 c.c. derivasse dalla mancanza di un termine per l'approvazione del rendiconto-bilancio, tale deficienza dovrebbe incidere su tutte le società di persone e non soltanto sulla sola società semplice<sup>26</sup>.

Condivisa, quindi, l'opinione per cui tutte le società di persone, compresa quella semplice, maturano utili e perdite in relazione alla diversa nozione di capitale sociale che le caratterizza, e che il divieto di distribuzione di utili fittizi è principio generale dell'ordinamento articolato in guisa diversa correlativamente al diverso ruolo assolto dalla nozione di capitale sociale nei vari tipi sociali all'esame, vale ulteriormente ricordare che per le società di capitali vige altresì il disposto per il quale i soci che abbiano percepito in buona fede dividendi erogati in violazione del principio della distribuibilità dell'utile realmente conseguito possano trattenerli se la riscossione sia derivata da un “*bilancio regolarmente approvato*” (art. 2433, quarto comma, c.c.).

Analoga disposizione è prescritta per le sole società in accomandita semplice, come risulta dal disposto dell'articolo 2321 c.c., secondo il quale il socio accomandante in buona fede che abbia percepito utili in base ad un bilancio regolarmente approvato non è tenuto alla restituzione.

Resta inteso che il problema dell'obbligo alla restituzione si porrebbe, anche per la s.a.s., nel solo caso di riscossione, in buona fede, di utile “*non realmente conseguito*”, ossia di utile fittizio.

Non v'è traccia di analoga disposizione per la società in nome collettivo, né, a maggior ragione, per la società semplice. Il silenzio del legislatore va interpretato nel senso che il socio di una società in nome collettivo o di una società semplice che abbia

---

<sup>26</sup> Che oggi pure è soggetta ad una pubblicità “speciale”.

## STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE E COOPERATIVE: RIDUZIONE DEL CAPITALE (PARTE I)

riscosso “utili” nell’accezione dianzi spiegata in buona fede ed in base ad un bilancio regolarmente approvato non ha diritto di ritenzione?

La risposta avrebbe potuto essere positiva, ritengo, nel solo caso di difetto di una disposizione del tipo di quella di cui al citato articolo 2321 c.c., dal momento che, in tale ipotetica circostanza si sarebbe potuto sostenere che l’assenza per le società di persone (tutte) di una disciplina del bilancio rigorosa come quella concernente il bilancio delle società di capitali avrebbe potuto indurre il legislatore a tacere, e più specificatamente, con ciò, a negare il diritto di ritenzione dell’utile riscosso in buona fede in base a bilancio regolarmente approvato.

La disposizione dell’articolo 2321 c.c., al contrario, induce a ritenere che il diritto di ritenzione vi sia anche nelle società di persone e che sia principio generale. Il problema è nel fissare il perimetro dello stesso.

La prescrizione in parola lo limita a beneficio del solo accomandante in buona fede. La ragione potrebbe risiedere nel fatto che gli accomandatari hanno l’amministrazione della società (art. 2318, secondo comma, c.c.)<sup>27</sup> e che in tale veste, essendo i soggetti che partecipano all’amministrazione di cui all’articolo 2261 c.c. hanno l’obbligo di fornire ai soci che non partecipano all’amministrazione “*notizia sullo svolgimento degli affari sociali*” (art. 2261, primo comma, prima parte, c.c.), di fornire un rendiconto quando gli affari per cui la società fu costituita furono eseguiti (art. 2261, primo comma, seconda parte, c.c.), di fornire un rendiconto “*dell’amministrazione*” al termine di ogni anno, salvo che il contratto non stabilisca un termine diverso (art. 2261, secondo comma, c.c.). Vale solo aggiungere per completezza che il diritto agli utili, salvo patto contrario, discende direttamente dall’approvazione del rendiconto di che trattasi (art. 2262 c.c.).

In altri termini, i soci accomandatari che, di norma, sono gli amministratori della società hanno il compito di predisporre i documenti contabili della stessa e, specificatamente, sia il rendiconto di cui all’articolo 2261, primo comma, sia quello di cui all’articolo 2261, secondo comma, c.c. e di cui all’articolo 2262 c.c.

Tipologicamente l’accomandante è estraneo alla formazione di tali documenti, trattandosi di socio che non partecipa all’amministrazione.

In linea generale, quindi, l’accomandante è socio che ha diritto al rendiconto ex articolo 2261 c.c., partecipa all’approvazione del bilancio<sup>28</sup>, e trattiene gli utili “fittizi” se in buona fede e ove li abbia riscossi in base ad un bilancio regolarmente approvato.

<sup>27</sup> Ancorché sia pacifico che possano esservi accomandatari non amministratori.

<sup>28</sup> Anche se la questione è dibattuta. Mi sembrano, tuttavia, determinanti le parole di P. MARANO, *op. ult. cit.*, pag. 397 ad avviso del quale: “[...] *Invero, appare piuttosto singolare escludere gli accomandanti dall’approvazione del bilancio ove si consideri che, dopo la previsione contenuta nell’art. 2320, comma 3°, di un diritto (indisponibile) degli accomandanti ad avere comunicazione del bilancio e di verificarne l’esattezza consultando i libri e gli altri*

## STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE E COOPERATIVE: RIDUZIONE DEL CAPITALE (PARTE I)

L'estraneità dell'accomandante alla gestione - e specificatamente alla predisposizione dei documenti contabili - assurge a *ratio* della disposizione di cui all'articolo 2321 c.c.

In questo senso non vi sono ragioni di escludere l'applicazione del medesimo principio all'accomandatario non amministratore di s.a.s. ed al socio di società in nome collettivo e società semplice che non partecipi all'amministrazione: entrambe queste "categorie" di soci, infatti, risultano estranee alla predisposizione della documentazione contabile della società e specificatamente dei cd. "rendiconti-bilanci". Essi, quindi, al pari degli accomandanti, allorché ricorrano le condizioni di cui all'articolo 2321 c.c., potranno trattenere l'utile (fittizio) riscosso.

Non può concludersi il percorso argomentativo dedicato al tema dell'utile - come quello, a questo intimamente correlato, della perdita delle società di persone - senza dare conto almeno delle principali problematiche relative ai cd. documenti contabili da cui il primo e la seconda vengono in rilievo.

E' l'area scivolosa della rendicontazione e dei bilanci delle società di persone nella quale l'assenza di inequivoche disposizioni normative, il gioco dei rinvii, l'accavallamento di norme civilistiche e fiscali, l'uso di una terminologia non univoca, hanno innescato un complesso intreccio esegetico che ha messo a dura prova dottrina e giurisprudenza<sup>29</sup>, con talune spinose ricadute operative di non trascurabile peso.

---

*documenti della società, il successivo art. 2321 fa riferimento al bilancio regolarmente approvato.*

*Ragioni di carattere logico, oltre che sistematico, inducono a ritenere che il richiamo alla "regolarità" del bilancio non possa non implicare la partecipazione dei soci accomandanti alla sua approvazione, con l'espressione di un giudizio sul rispetto dei criteri di redazione e sulla rispondenza delle sue risultanze con quelle emergenti dalle scritture contabili e dai documenti comprovanti le operazioni poste in essere dalla società[...]."*

<sup>29</sup> In dottrina si sono occupati della nozione di bilancio delle società personali e di quella di rendiconto in specie: P. SCHLESINGER, *L'approvazione del rendiconto annuale nelle società di persone*, in *Riv. soc.*, 1965, pagg. 810 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, Torino, 1995, pagg. 95 e ss.; F. DI SABATO, *Manuale delle Società*, Torino, 1995, 5<sup>a</sup> ed.; F. FERRARA-F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1987, pagg. 281 e ss.; M. GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, pagg. 453 e ss.; F. GALGANO, *Società in genere. Società di persone*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 2007, pag. 265 e ss.; M. BUSSOLETTI, *Società semplice*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, pagg. 915 ss.; G. COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 2, Padova, 1994; V. SALAFIA, *Rendiconto e bilancio nelle società di persone*, in *Società*, 1990, pagg. 288 e ss.; L. Benatti, *Il rendiconto delle società di persone*, Milano, 2006, pagg. 21 e ss.; O. CAGNASSO, *La società semplice*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998; R. RORDORF, nota a Trib. Napoli 30 marzo 1996, in *Le società*, 1995, pagg. 1456 ss.; U. BELVISO, *op. loc. ult. cit.*

# STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE E COOPERATIVE: RIDUZIONE DEL CAPITALE (PARTE I)

Consapevole dei rischi che si annidano nei tentativi di esemplificazione di problematiche complesse, coerentemente agli scopi di questo lavoro, mi accingo a sintetizzare gli aspetti principali delle questioni correlate agli argomenti trattati.

In generale, vale innanzitutto procedere dal quadro normativo: il codice civile stabilisce che l'imprenditore commerciale deve tenere il "*libro giornale*" ed il "*libro degli inventari*" (art. 2214 c.c.). Avuto riguardo alle società di persone, da questa generale prescrizione sembrano escluse le società semplici, in quanto, di norma, non si tratta di imprese commerciali (cfr. art. 2249, secondo comma, c.c.)<sup>30</sup>.

L'articolo 2217 c.c. stabilisce che l'inventario deve:

- redigersi all'inizio dell'esercizio dell'attività d'impresa e, successivamente ogni anno;
- contenere l'indicazione delle attività e passività dell'impresa e quelle dell'imprenditore estranee all'attività d'impresa;
- "chiudersi" con il "bilancio" e con il conto profitti e perdite il quale deve dimostrare l'esistenza di utili e perdite;
- contenere criteri di valutazione da mutuarsi dalla normativa dettata in tema società per azioni in quanto applicabile.

A ciò deve aggiungersi l'attuale formulazione dell'articolo 111-*duodecies* delle disposizioni di attuazione al codice civile, a mente del quale, quando soci illimitatamente responsabili di società in nome collettivo o in accomandita semplice siano s.p.a., s.a.p.a. o s.r.l., la società partecipata redige il bilancio secondo le norme previste per le società per azioni, oltre al bilancio consolidato di cui al d.lgs. 127\91 ove ne ricorrano i presupposti.

Il raffronto tra le due norme consente di comprendere, innanzitutto, perché la più autorevole opinione ha individuato nell'articolo 2217 c.c. il fondamento della normativa in tema di bilancio<sup>31</sup>, trattandosi di norma che generalmente lo prevede per tutte le imprese commerciali e che allude all'articolazione - sia pure generale - della complessa composizione documentale del documento bilancio.

---

In Giurisprudenza si segnalano Cass., 28 settembre 1973, in *Giust. civ. Mass.*, 1973, pag. 1281; Trib. Napoli, 30 marzo 1995; Cass., 20 aprile 1995, n. 4454 in *Giur. comm.*, 1997, II, 376 ss., con nota di P. Marano.

<sup>30</sup> Anche se esistono, per espressa disposizione normativa molte società semplici che hanno per oggetto attività commerciali (ad esempio le società di revisione contabile, art 8 d.p.r. 1975\136;) o attività "speciali" di più complesso inquadramento sistematico: si pensi alle società cd. di godimento che siano il frutto di una libera scelta negoziale in sede di costituzione, o che siano il risultato di una trasformazione "forzata" della ultradecennale normativa relativa alle "società di comodo".

<sup>31</sup> Cfr., per il ragionamento concernente la durata annuale dell'esercizio cui correlare la predisposizione del bilancio, G.E. COLOMBO, *Il Bilancio di esercizio*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G.B. Portale, Vol. 7 \*, Torino, 1994, pagg. 23 e ss.

# STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE E COOPERATIVE: RIDUZIONE DEL CAPITALE (PARTE I)

E' agevole intuire, infatti, che tale documento, scomposto nella disposizione dell'articolo 2217 c.c. in "inventario", "bilancio", e "conto profitti e perdite", rappresenti il paradigma logico e giuridico del disposto di cui all'articolo 2423 c.c., norma questa che per le società di capitali prescrive che il bilancio di esercizio sia costituito da uno stato patrimoniale, da un conto economico e da una nota integrativa.

Insomma, la documentazione contabile che per comodità linguistica prende il nome di bilancio è, per così dire, scomponibile in *sub*-porzioni, ciascuna della quali è destinata ad assumere una speciale funzione in relazione agli interessi serviti ed agli scopi perseguiti.

Dal raffronto della normativa generale di cui sopra rinviene anche che l'obbligo del bilancio, nel senso che vado sinteticamente delineando, incombe sulle sole società commerciali, ossia in linea di massima sulle sole s.n.c. e s.a.s. e non sulla società semplice, come testualmente emerge e dal disposto dell'articolo 2214 c.c. e da quello del 111-*duodecies* citato.

Caso mai, la differenza tra queste due norme sta nel diverso modo in cui le s.n.c. e le s.a.s. devono predisporre il loro bilancio.

E', infatti, prescritto, in generale, che le modalità di redazione del bilancio siano libere, salvo che per i criteri di valutazione (art. 2217, comma secondo, seconda parte, c.c.) che devono necessariamente essere quelli prescritti per le s.p.a.. Il che val quanto dire che le società obbligate devono rispettare il solo disposto dell'articolo 2426 c.c., rubricato appunto "*criteri di valutazione*", e, a mio parere anche quello dell'articolo 2425*bis* c.c. che pure contiene l'indicazione di criteri d'iscrizione, ma non l'articolo 2424 c.c. poiché non riguarda i criteri, quanto piuttosto i "contenuti" del documento per comodità chiamato bilancio.

Laddove, al contrario, s.n.c. e s.a.s. siano interamente partecipate da società di capitali vige l'obbligo di redazione di un bilancio identico per contenuti, oltre che per criteri, a quello prescritto per le società di capitali.

Anche la legislazione fiscale sembra indirizzata nello stesso senso: l'articolo 15 del D.p.r. 600 del 1973, che ha disciplinato la fattispecie, così dispone(va):

*"Articolo 15*

*Inventario e bilancio.*

*Le società, gli enti e gli imprenditori commerciali di cui al primo comma dell'art. 13 devono in ogni caso redigere l'inventario e il bilancio con il conto dei profitti e delle perdite, a norma dell'articolo 2217 del codice civile, entro tre mesi dal termine per la presentazione della dichiarazione dei redditi ai fini delle imposte dirette.*

*L'inventario, oltre agli elementi prescritti dal codice civile o da leggi speciali, deve indicare la consistenza dei beni raggruppati in categorie omogenee per natura e valore e il valore attribuito a ciascun gruppo. Ove dall'inventario non si rilevino gli elementi che costituiscono ciascun gruppo e la loro ubicazione, devono essere tenute a*

# STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE E COOPERATIVE: RIDUZIONE DEL CAPITALE (PARTE I)

*disposizione dell'ufficio delle imposte le distinte che sono servite per la compilazione dell'inventario.*

*Nell'inventario degli imprenditori individuali devono essere distintamente indicate e valutate le attività e le passività relative all'impresa.*

*Il bilancio e il conto dei profitti e delle perdite, salve le disposizioni del codice civile e delle leggi speciali, possono essere redatti con qualsiasi metodo e secondo qualsiasi schema, purché conformi ai principi della tecnica contabile, salvo quanto stabilito nel secondo comma dell'art. 3*”.

In sintesi, dal complesso normativo sin qui all'esame risulta che:

- la società semplice non sembra tenuta all'obbligo del bilancio;
- le società di persone commerciali lo sono a schema libero nel contenuto, salvo il rispetto della normativa in materia di criteri di valutazione e salva la circostanza che esse siano interamente partecipate da società di capitali.

La seconda conclusione legittima:

- la clausola statutaria che imponga nelle società di persone commerciali la redazione di un bilancio secondo i contenuti di quello dei modelli capitalistici;
- l'osservazione secondo la quale nel silenzio dell'atto costitutivo e nei casi dubbi la normativa in tema di società di capitali può essere applicata per analogia<sup>32</sup>.

Per ragionare sulla prima conclusione giova ulteriormente segnalare che in nessuna disposizione in materia di società semplice si parla espressamente di “bilancio”. Il legislatore usa, invece, il termine rendiconto per l'inquadramento delle fattispecie di cui agli artt. 2261 e 2262 c.c.. Il termine “bilancio”, per il vero, non è usato nemmeno nella disciplina della s.n.c. e ricorre espressamente, per la prima volta, diremmo, nelle società personali proprio nella disciplina del diritto di ritenzione dell'utile percepito in buona fede dal socio accomandante di cui all'esaminato disposto dell'articolo 2321 c.c.

---

<sup>32</sup> Sul punto, ad esempio, Cass., 20 aprile 1995, n. 4454, in *Giur. it.*, 1995, I,1,2101, secondo cui: “[...] A norma dell'art. 2262 c.c., nella società di persone, il singolo socio ha diritto alla immediata percezione degli utili risultanti dal bilancio, dopo l'approvazione del rendiconto, a differenza di quanto avviene nelle società di capitali, in cui l'assemblea che approva il bilancio delibera sulla distribuzione degli utili (art. 2433 c.c.). Tuttavia, anche nella società di persone, il socio ha diritto alla percezione degli utili solo se effettivamente conseguiti (art. 2303 c.c.), con la conseguenza che è legittimo il comportamento dell'amministratore di una società in accomandita semplice, che, nella formazione del rendiconto annuale, uniformandosi a quanto previsto nella formazione del bilancio delle s.p.a., procede ad un accantonamento prudenziale di un importo a fronte della concreta possibilità dell'insorgere di un debito risarcitorio della società, a causa della chiamata in garanzia della stessa per pretesi vizi di una fornitura.[...]”. Sull'applicazione analogica della normativa generale del bilancio delle società di capitali ai bilanci di società di persone o alle situazioni patrimoniali cd. “straordinarie”, cfr. il recente lavoro di F. TASSINARI, *Il bilancio di esercizio ed i bilanci straordinari*, in *Il bilancio spiegato ai giuristi*, cit., pag. 246.

# STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE E COOPERATIVE: RIDUZIONE DEL CAPITALE (PARTE I)

Ma se la sua predisposizione non può essere revocata in dubbio per s.n.c. e s.a.s., stante il chiaro combinato disposto di cui agli artt. 2214 e 2217 c.c., resta da chiarire la questione per la società semplice.

Nel primo capitolo di questo lavoro s'è avuta l'occasione di sottolineare che il bilancio di esercizio, secondo l'opinione assolutamente dominante, è l'insieme dei documenti che giova a rappresentare attività e passività sociali, utili o perdite, il tutto riferito ad un certo lasso di tempo<sup>33</sup>. Dunque, certamente, una delle funzioni del bilancio di esercizio è innanzitutto la chiara, veritiera e fedele rappresentazione patrimoniale e contabile della società in funzione dell'individuazione del risultato di esercizio che, peraltro, è funzionale alla causa del negozio "società", in quanto strumento per l'individuazione di quell'utile alla cui divisione tende la società stessa (art. 2247 c.c.).

Solo per completezza mi preme di sottolineare che non è in ciò che si esaurisce la funzione del bilancio di esercizio avendo, com'è evidente, lo stesso chiara inclinazione al servizio anche di altri interessi, diversi da quelli dei soci, specie di quelli dei creditori e dei terzi che hanno, parimenti, il diritto ad una fedele, corretta ed esatta rappresentazione patrimoniale e contabile dell'attività dell'impresa.

Quel che qui, comunque, è opportuno ribadire è che nella società semplice la prospettiva causale della percezione e della "divisione" degli utili non è affatto assente e che essa, e non può essere un accidente, è connessa all'approvazione di un "rendiconto" (art. 2262 c.c.).

Coerentemente, tale documento, considerata la sua proiezione funzionale, non può che essere un autentico bilancio.

Dunque, anche la società semplice è tenuta all'obbligo della redazione di un bilancio, e, nel silenzio del legislatore, a questo documento non possono che applicarsi in via analogica le disposizioni delle società di persone commerciali, oltre che, in via subordinata, quelle in materia di società di capitali<sup>34</sup>.

Così, a me pare, si debba ragionare per il documento di cui all'articolo 2262 c.c.

Altro è il documento di cui all'articolo 2261 c.c., la cui funzione, già in rubrica, è dal legislatore ascritta in relazione all'esercizio del "controllo dei soci", ed in particolare di quei soci che non partecipano all'amministrazione.

---

<sup>33</sup> *Ex multis*, G. E. COLOMBO, *Il bilancio e le operazioni sul capitale*, in *Giur. comm.*, 1984, I, pagg. 861; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1990, 3<sup>a</sup> ed., pagg. 116 ss.; G. TANTINI, *Il bilancio d'esercizio*, Padova, 1994, pag. 41; G. E. COLOMBO, *Il bilancio di esercizio*, cit., pagg. 23 ss.; AA.VV., in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, *Obbligazioni - Bilancio*, Artt. 2410 – 2435-bis c.c., Milano, 2006, pagg. 319 ss.

<sup>34</sup> Sicché, non merita di essere condiviso l'orientamento diffuso in giurisprudenza - ancorché risalente - secondo cui al bilancio della società semplice si applicano le norme in materia di s.p.a.. Sul punto cfr., comunque, Cass. 1117/1968.

## STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE E COOPERATIVE: RIDUZIONE DEL CAPITALE (PARTE I)

Non è questa la sede per indagare sulla relazione tra la nozione di rendiconto di cui all'articolo 2261 c.c. e quella di cui all'articolo 2262 c.c.; anzi sarebbe opportuno chiarire che, in realtà, la prospettiva funzionale induce, ulteriormente, a scomporre il rendiconto di cui all'articolo 2261 c.c. in due diversi segmenti: quello del compimento del o degli affari per cui la società fu costituita (primo comma), e quello della durata ultrannuale degli affari medesimi (secondo comma).

E' comunque utile ricordare che la dottrina sul punto è divisa e si muove secondo direttrici diverse da quelle che hanno motivato le principali pronunzie giurisprudenziali.

Giova, infatti, rammentare che la giurisprudenza distingue il rendiconto di cui all'articolo 2261 c.c. e quello di cui all'articolo 2262 c.c., in quanto il primo richiederebbe semplicemente un prospetto di entrate e di uscite al fine della valutazione delle operazioni compiute. Da tale prospettazione si ricaverebbe una nozione di utile solo aritmetica, quale saldo attivo, eventuale, pari alla differenza algebrica di entrate ed uscite concernenti, appunto, il o gli affari compiuti<sup>35</sup>; l'articolo 2262 c.c. alluderebbe ad un rendiconto ampio in cui l'utile, invece che essere un risultato meramente aritmetico pari al saldo attivo delle entrate e delle uscite in relazione ad uno o più affari, rappresenta piuttosto il saldo attivo della differenza tra consistenze patrimoniali dell'esercizio precedente e quelle attuali. Il che val quanto dire che quello di cui all'articolo 2262 c.c. è per la giurisprudenza un autentico bilancio cui applicare le regole dei bilanci delle società di capitali.

La dottrina, invece, ha avuto il merito d'indagare in modo più approfondito. Peraltro, accanto alla tesi di quanti hanno sviluppato la differenza tra rendiconto *ex art.* 2261, primo comma, c.c. e quello di cui al secondo comma, ed all'articolo 2262 c.c. sulla diversa ed accennata prospettiva funzionale<sup>36</sup>, non è mancata l'autorevole voce di chi, invece, ha sostenuto che entrambe le ipotesi farebbero riferimento ad autentici bilanci<sup>37</sup>.

Nella più interessante e condivisibile direzione della distinzione, ed in una particolare prospettiva, si è collocato chi ha affermato che “[...] *Le norme in questione non fanno riferimento a due distinti documenti, ma disciplinano due diverse fattispecie: vale a dire, l'ipotesi in cui l'oggetto sociale è stato conseguito, o la società è stata sciolta, prima del compimento di un anno, nel qual caso l'utile cui ogni socio ha diritto*

<sup>35</sup> Così, ad esempio, Cass., 20 aprile 1995, n. 4454, la quale si è appropriata, in sostanza, almeno delle conclusioni finali rassegnate al riguardo da P. SCHLESINGER, *L'approvazione del rendiconto annuale nelle società di persone*, cit., pag. 814, il quale, tuttavia, muoveva dalla diversa prospettiva funzionale dei due documenti.

<sup>36</sup> Primo tra tutti P. SCHLESINGER, *L'approvazione del rendiconto annuale nelle società di persone*, cit., pag. 814.

<sup>37</sup> F. GALGANO, *Società in genere. Società di persone*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, cit., pag. 265.

## STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE E COOPERATIVE: RIDUZIONE DEL CAPITALE (PARTE I)

*a norma dell'art. 2262 coincide con quello finale di liquidazione (art. 2282) ovvero il caso in cui la durata della società si protrae oltre un anno (art. 2261, comma 2°), laddove l'utile spettante ai soci sarà pari all'eccedenza delle entrate rispetto alle uscite, salva la possibilità per costoro - come si è detto - di pattuire altrimenti in ordine sia alla destinazione di tale utile (riserve), sia addirittura alla determinazione dello stesso (discrezionalità tecnica)[...]*<sup>38</sup>.

Il merito di questa ricostruzione risiede nell'aver isolato la disciplina dell'articolo 2261, primo comma, c.c., sia pure nella prospettiva particolare della "fattispecie", che viene considerata come un'ipotesi di attività gestoria in funzione del controllo da parte di chi, nell'organizzazione, difetta di poteri gestori<sup>39</sup>.

Di sicuro interesse, infine, è quell'opinione che ha inquadrato di recente il rapporto tra i "rendiconti" di cui all'articolo 2261 c.c. e all'articolo 2262 c.c. nell'ottica della distinzione tra gestione nell'interesse dei soci privi di poteri, appunto, gestori, e gestione dell'attività sociale e quindi nell'interesse della società<sup>40</sup>. Si è, infatti, osservato che è proprio in quest'ottica che la disciplina positiva giustappone il "rendiconto" al "bilancio". Entrambi sono riferiti nel diritto positivo, e specificatamente, nelle norme al vaglio, all'attività d'impresa, ed entrambi potrebbero avere a riferimento il medesimo intervallo cronologico<sup>41</sup>; quel che li differenzia sta nel fatto per cui il rendiconto vero e proprio è "atto imputabile al soggetto gestore dell'impresa altrui, oggetto di obbligazione del soggetto gestore nei confronti titolare dell'impresa gestita" mentre il bilancio è "atto imputabile all'imprenditore, oggetto di obbligo voluto a tutela di interessi generali, specie di quanti, creditori e altri terzi, sono entrati o possono entrare in contatto con l'imprenditore"<sup>42</sup>.

Ciò vuol dire, da un lato, che il rendiconto è e resta atto dei soci amministratori che assolvono ad un proprio "obbligo" e dalla cui approvazione scaturisce l'eliminazione verso i soci non muniti di poteri di gestione di ogni responsabilità eventualmente derivante dalla gestione medesima. Mentre il bilancio è e resta atto della

<sup>38</sup> P. MARANO, *op. cit.*, pag. 387.

<sup>39</sup> Per quest'aspetto è importante sottolineare che l'Autore prosegue, coerentemente, affermando che: "[...] L'aver disposto in capo agli amministratori l'obbligo di redigere il rendiconto, e non un "semplice" bilancio, appare coerente, in fin dei conti, con la scelta compiuta dal legislatore, tesa ad assicurare un più completo flusso di informazioni a beneficio dei soci non amministratori; se, da un lato, costoro sono di norma personalmente ed illimitatamente responsabili per le obbligazioni sociali, dall'altro devono essere in condizione di poter valutare l'operato degli amministratori [...]". Così P. MARANO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>40</sup> U. BELVISO, *op. cit.*, pag. 1296.

<sup>41</sup> Vi è, quindi, nell'autorevole insegnamento al vaglio il superamento della prospettiva della fattispecie di cui supra.

<sup>42</sup> U. BELVISO, *op. cit.*, pag. 1298.

## STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE E COOPERATIVE: RIDUZIONE DEL CAPITALE (PARTE I)

società “*da osservare nell'interesse generale, insomma non solo degli stessi soci ma anche dei terzi*”<sup>43</sup>.

Quest'ultima ricostruzione è particolarmente significativa, non solo perché coglie e spiega le diverse prospettive funzionali connesse ai documenti al vaglio, ma perché risulta particolarmente soddisfacente anche sul piano del sistema.

Al pari, infatti, delle società di capitali, la “semplice” approvazione del bilancio delle società di persone in generale, e della società semplice in particolare, non esclude la responsabilità dei soci amministratori verso gli altri soci e la società, né più né meno che, nelle società a base capitalistica, la “semplice” approvazione del bilancio non implica liberazione degli amministratori e di tutti i soggetti “*preposti alla redazione dei documenti contabili societari*” e dei sindaci per responsabilità incorse nella gestione sociale (articolo 2434 c.c.).

In questa prospettiva, l'espressione della norma ultima citata relativa ai soggetti preposti alla redazione dei documenti contabili diventa anche la chiave di lettura dell'applicazione del diritto di ritenzione degli utili “fittizi” percepiti in buona fede dai soggetti che nelle società di persone non sono, appunto, “preposti” alla redazione di quei documenti, come risulta implicitamente ricavabile dal disposto dell'articolo 2321 c.c.

Condivisa questa tendenza, va opportunamente ricordato che l'area della disciplina fiscale giova a rafforzare le conclusioni ora rassegnate.

Sembra utile, difatti, sottolineare che, se, da un lato, nel Testo Unico delle imposte sui redditi (T.U.I.R.)<sup>44</sup> di norma “[...] *gli utili distribuiti in qualsiasi forma e sotto qualsiasi denominazione dalle società o dagli enti indicati nell'articolo 73, anche in occasione della liquidazione, concorrono alla formazione del reddito imponibile complessivo limitatamente al 40 per cento del loro ammontare [...]*” (art. 47), è altrettanto vero che “[...] *I redditi delle società semplici, in nome collettivo e in accomandita semplice residenti nel territorio dello Stato sono imputati a ciascun socio, indipendentemente dalla percezione, proporzionalmente alla sua quota di partecipazione agli utili.*

*Le quote di partecipazione agli utili si presumono proporzionate al valore dei conferimenti dei soci se non risultano determinate diversamente dall'atto pubblico o dalla scrittura privata autenticata di costituzione o da altro atto pubblico o scrittura autenticata di data anteriore all'inizio del periodo di imposta; se il valore dei conferimenti non risulta determinato, le quote si presumono uguali [...]*” (articolo 5).

Il che val quanto dire che per tutte le società di persone (comprese dunque le semplici) il legislatore fiscale:

- sottrae il reddito prodotto alla comune disciplina del reddito d'impresa;

<sup>43</sup> U. BELVISO, *op. cit.*, pag. 1298.

<sup>44</sup> D.P.R. 917/86.

# STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE E COOPERATIVE: RIDUZIONE DEL CAPITALE (PARTE I)

- considera l'utile, *tout court*, come reddito in capo ai singoli soci.

Sul piano civilistico, tuttavia, la disciplina:

- evoca la necessità di un documento che certifichi l'esistenza di un utile al fine impositivo di cui s'è dato conto;

- imputando gli utili al reddito dei singoli soci rende inutile, ai fini tributari, la percezione degli stessi, con la conseguenza che risulta del tutto scoraggiata la formazione di accantonamenti a titolo di riserva, non essendo connessa alla loro formazione alcun vantaggio fiscale, anzi<sup>45</sup>.

Può essere opportuna, dunque, una breve ricognizione:

- nelle società di capitali la formazione dell'utile è presupposto impositivo; l'utile concorre, infatti, a formare il reddito della società; civilisticamente il suo accertamento si ha nella delibera di approvazione del bilancio, la cui sussistenza, tuttavia, non giova ad attribuire l'utile al socio né sul piano civilistico, né su quello fiscale. Per ottenersi questo risultato occorrerà l'ulteriore delibera di distribuzione;

- nelle società di persone la formazione dell'utile è presupposto d'imposta, ma non dell'imposta gravante il reddito delle società (I.R.E.S.), bensì di quella gravante le persone fisiche (I.R.P.E.G.), dal momento che l'utile accertato è imputato, come visto, ai soci. In ogni caso, è necessario il documento (bilancio) per l'accertamento della sussistenza dell'utile in parola. Ciò nondimeno, sul piano civilistico, l'approvazione del bilancio è tutt'altro che irrilevante: da essa, difatti, scaturisce immediatamente la titolarità dell'utile da parte dei soci. In mancanza dell'approvazione *de qua*, infatti, l'utile resta della società benché venga tassato come reddito dei soci.

In questo contesto si può anche tentare di fornire una chiave di lettura del "*patto contrario*" di cui è menzione nell'articolo 2262 c.c.

Questo patto, infatti, non può essere inteso, nemmeno nella società semplice, come patto idoneo a rendere convenzionalmente superfluo il rendiconto, stante la circostanza - ormai definitivamente chiarita - della indisponibilità degli interessi sottesi alla sua necessità, trattandosi di autentico bilancio; ma più limitatamente deve intendersi l'ammissibilità di tale pattuizione come legittimità della clausola che assegna l'utile ai soci a prescindere dall'approvazione del rendiconto.

Una clausola siffatta, avendo l'effetto di "accelerare" l'assegnazione dell'utile al socio, non solo va nella medesima direzione della norma - che comunque ha lo scopo di assegnare l'utile al socio a prescindere dalla manifestazione di una "volontà sociale" attributiva - ma ha anche il pregio di articolare i propri effetti all'interno di un perimetro

---

<sup>45</sup> Sul punto, cfr. G. COTTINO - R. WEIGMANN, *Le società di persone*, in *Trattato dir. comm.*, diretto da G. Cottino, Vol. III, Padova, 2004, pag. 187.

# STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE E COOPERATIVE: RIDUZIONE DEL CAPITALE (PARTE I)

di disponibilità degli interessi senza mettere a rischio il diritto di soci e terzi ad una corretta, fedele e veritiera rappresentazione della “realtà contabile” dell’ente.

## RELAZIONI A CONVEGNI

# LA COMUNICAZIONE E LA PUBBLICAZIONE DELLA RELAZIONE FINANZIARIA ANNUALE E LE MODALITÀ DEL RINNOVO DELLE CARICHE ALLA LUCE DEL D.LGS. DI RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA 2007/36/CE (RECORD DATE)\*

*La relazione ha ad oggetto le innovazioni introdotte in attuazione della direttiva Record Date, concernente le società quotate con riferimento alla relazione finanziaria annuale ed al rinnovo delle cariche.*

di **ORESTE CAGNASSO**

### **1. La comunicazione e la pubblicazione del progetto di bilancio nelle società non quotate e in quelle quotate alla luce della disciplina previgente.**

Come è noto, ai sensi dell'art. 2429, comma primo, c.c., gli amministratori debbono comunicare il bilancio e la relazione sulla gestione al collegio sindacale almeno trenta giorni prima della data fissata per l'assemblea convocata per la sua approvazione.

Il bilancio, unitamente alle copie integrali dell'ultimo bilancio delle società controllate e ad un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio delle società collegate, insieme con la relazione degli amministratori, con quella dei sindaci e con quella del soggetto incaricato del controllo contabile debbono essere depositati presso la sede della società durante i quindici giorni che precedono l'assemblea e finché non sia approvato, in modo tale che i soci possano prenderne visione. Così dispone il terzo comma dell'art. 2429 c.c., nonché il penultimo comma dell'art. 2409 *ter* c.c..

A sua volta l'ultimo comma dell'art. 2429 c.c. ammette che il deposito delle copie dell'ultimo bilancio delle società controllate possa essere sostituito, per quelle

---

\* Intervento tenuto a Milano il 10 febbraio 2010 al Convegno *Assemblea annuale e record date*, organizzato da Synergia.

# RELAZIONI A CONVEGNI

## RELAZIONE FINANZIARIA ANNUALE

incluse nel consolidamento, dal deposito di un prospetto riepilogativo dei dati essenziali.

Per quanto riguarda le società quotate l'art. 154 *ter*, T.U.F., al suo primo comma (modificato in attuazione della c.d. Direttiva Transparency), dispone che, entro centoventi giorni dalla chiusura dell'esercizio, debba essere approvato il bilancio di esercizio e che debba essere pubblicata la "relazione finanziaria annuale", comprendente il bilancio di esercizio, il bilancio consolidato, ove redatto, la relazione sulla gestione e l'attestazione del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari. Inoltre le relazioni di revisione sono pubblicate integralmente insieme alla relazione finanziaria annuale.

La stessa norma richiama i termini sopra illustrati di cui all'art. 2429 c.c., nonché il quinto comma dell'art. 156 T.U.F. relativo alla relazione della società di revisione.

Pertanto il progetto di bilancio con la relazione sulla gestione deve essere comunicato al collegio sindacale almeno trenta giorni prima dalla data dell'assemblea convocata per la sua approvazione e valgono le regole in tema di deposito presso la sede della società nei quindici giorni anteriori, poco sopra illustrata.

## **2. La comunicazione e la pubblicazione del progetto di bilancio per le società quotate alla luce della nuova disciplina**

Il recepimento della direttiva 2007/36/CE da parte del legislatore italiano ha comportato la sostituzione del primo comma dell'art. 154 *ter* T.U.F. e l'introduzione di due nuovi commi, il primo *bis* e il primo *ter*.

Alla luce di tale nuova disciplina gli amministratori comunicano al collegio sindacale ed alla società di revisione il progetto di bilancio di esercizio, unitamente alla relazione sulla gestione, almeno quindici giorni prima della sua pubblicazione.

La relazione finanziaria annuale (che comprende il progetto di bilancio di esercizio, il bilancio consolidato, ove redatto, la relazione sulla gestione e l'attestazione del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari) è oggetto di pubblicità (la formula utilizzata dal legislatore è "mettere a disposizione del pubblico"):

- presso la sede sociale,
- sul sito internet,
- e con le altre modalità previste dalla Consob con regolamento, almeno ventuno giorni prima della data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio.

Oltre ai documenti indicati sono messe a disposizione del pubblico la relazione della società di revisione e quella del collegio sindacale.

Rispetto alla disciplina attuale risultano quindi, in primo luogo, modificati i termini della comunicazione e della pubblicazione; ma soprattutto risultano profondamente innovate le modalità della messa a disposizione, non più solo con il

# RELAZIONI A CONVEGNI

RELAZIONE FINANZIARIA ANNUALE

deposito dei documenti presso la sede della società, ma come loro inserimento nel sito internet della società stessa.

L'innovazione rende quindi obbligatoria una prassi oggi già largamente diffusa.

Naturalmente ciò comporta un'individuazione dei tempi dei consigli di amministrazione e dell'assemblea delle società controllate idonei a rispettare i termini ora previsti.

### 3. Il rinnovo delle cariche

Come è noto, per le società quotate è stabilito dall'art. 147 *ter* T.U.F. che lo statuto preveda che i componenti del consiglio di amministrazione siano eletti sulla base di liste di candidati e determina la quota minima di partecipazione richiesta per la presentazione di esse, in misura non superiore a un quarantesimo del capitale sociale o alla diversa misura stabilita dalla Consob.

Almeno uno dei componenti del consiglio di amministrazione è espresso dalla lista di minoranza che abbia ottenuto il maggior numero di voti.

A sua volta, ai sensi dell'art. 148 T.U.F., la Consob stabilisce le modalità per l'elezione, con voto di lista, di un membro effettivo del collegio sindacale da parte dei soci di minoranza.

Oggi la relativa disciplina risulta modificata sotto il profilo delle modalità di nomina, coerentemente con quanto previsto dalla direttiva per la convocazione dell'assemblea.

L'art. 147 *ter* T.U.F. viene arricchito di un ulteriore comma, il primo *bis*. E' poi inserita un'aggiunta nel secondo comma dell'art. 148 T.U.F.. Inoltre viene introdotto un ulteriore art. 120 *bis* T.U.F.

In primo luogo, nel caso di assemblea convocata per l'elezione dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo, il termine per la pubblicazione dell'avviso di convocazione è anticipato al quarantesimo giorno precedente la data dell'assemblea, in luogo del normale termine fissato nel trentesimo giorno.

Le liste debbono essere depositate presso l'emittente e rese pubbliche con le stesse modalità previste per la pubblicità dell'avviso di convocazione e quindi presso la sede sociale, sul sito internet e con le altre modalità previste dalla Consob con regolamento.

Il termine per il deposito delle liste è di venticinque giorni precedenti la data dell'assemblea chiamata a deliberare sulla nomina dei componenti del consiglio di amministrazione; invece il termine per la messa a disposizione del pubblico è di ventuno giorni prima della data dell'assemblea.

La titolarità della quota minima di partecipazione, necessaria per la legittimazione a presentare la lista, è determinata avendo riguardo alle azioni che risultano registrate a favore del socio nel giorno in cui le liste sono depositate presso l'emittente.

# RELAZIONI A CONVEGNI

RELAZIONE FINANZIARIA ANNUALE

Tuttavia la relativa certificazione può essere prodotta anche successivamente al deposito, purché entro il termine previsto per la pubblicazione delle liste da parte dell'emittente.

Analoga disciplina viene estesa per la nomina dei componenti del collegio sindacale.

## **4. La pubblicità tramite Internet**

Come appare evidente dall'esame della direttiva e del decreto di attuazione lo strumento fondamentale posto alla base delle varie innovazioni introdotte dal legislatore fa riferimento all'uso di Internet. In particolare in relazione alla pubblicità dell'avviso di convocazione, della relazione degli amministratori, dei vari documenti costituenti la relazione finanziaria annuale la messa a disposizione del pubblico attraverso il sito Internet acquista un rilievo fondamentale e naturalmente consente a tutti di averne conoscenza in tempo reale.

Secondo i tradizionali schemi utilizzati per classificare le forme di pubblicità si contrapponevano, sotto il profilo dello strumento utilizzato, quella di fatto a quella di diritto e, sotto il profilo degli effetti, la pubblicità notizia, dichiarativa e costitutiva.

La pubblicità di fatto è quella realizzata attraverso i c.d. mezzi idonei, individuati dal soggetto tenuto a rendere pubblico un atto o un fatto. La pubblicità di diritto è per contro quella realizzata dal legislatore attraverso particolari strumenti, prima cartacei, oggi informatici, messi a disposizione dei consociati.

La pubblicità di diritto si caratterizza normalmente per la presenza di controlli "nell'entrata" e per il carattere della sua tipicità. In altre parole, l'ente o l'organo deputato a gestire lo strumento pubblicitario (o anche altro organo) hanno il compito di verificare la completezza documentale e contenutistica degli atti sottoposti a pubblicità, nonché, a seconda dei casi, la veridicità e la legittimità del loro contenuto. Inoltre gli atti e i fatti oggetto di pubblicità sono normalmente solo quelli espressamente previsti dal legislatore.

La pubblicità tramite il sito Internet, dati i suoi caratteri, pare costituire, almeno normalmente, un mezzo idoneo e quindi potrebbe essere utilizzata nei casi in cui il legislatore prevede forme di pubblicità di fatto.

Lo strumento costituito dal sito Internet, sotto il profilo dell'accessibilità, pare più "efficace" rispetto a quello stesso rappresentato dalle varie forme di pubblicità di diritto.

Tuttavia, non sussistono controlli in ordine alla sua utilizzazione, né limiti all'inserimento di atti e di dati.

Tenuto anche conto che il legislatore non individua in modo analitico il contenuto dell'informazione preassembleare è opportuno tener conto che essa dovrà fornire informazioni non solo esaustive e veritiere al fine dell'esercizio del diritto di

# RELAZIONI A CONVEGNI

RELAZIONE FINANZIARIA ANNUALE

voto, ma anche e soprattutto corrette e quindi tali da non determinare fraintendimenti. Anche un eccesso di informazioni, disorientando il destinatario, potrebbe risultare non corretto.

La violazione delle norme che impongono l'informativa preassembleare, oltre alle sanzioni previste dal decreto, potrà comportare l'invalidità della deliberazione: trattandosi di un vizio di procedimento, diverso da quelli tipizzati dal legislatore come causa di nullità, ad esso conseguirà la semplice annullabilità.

## I SERVIZI PUBBLICI LOCALI SECONDO LA RIFORMA DI CUI ALL'ART. 15 DEL DL 25-9-2009, N. 135, CONVERTITO NELLA LEGGE 20-12-2009, N. 166 (PARTE I)

*L'Autore esamina la recente riforma sui servizi pubblici locali (art. 23-bis del dl 112/2008 modificato dall'art. 15 del dl 135/2009, conv.to nella legge 166/2009). Alla luce di tale riforma, in senso parzialmente liberale, nella seconda parte del presente lavoro verranno prese in esame le società in house locali e le gare per le società per le quali verranno a cessare, al 31-12-2011, gli affidamenti diretti.*

di **MARCO CASAVECCHIA**

### **1. Premessa**

Con l'articolo 15 del dl 25-9-2009, n. 135, convertito nella l. 20-12-2009, n. 135 (che, a sua volta, ha modificato e integrato l'art. 23-bis del dl 25-6-2008, n. 112, convertito nella l. 6-8-2008, n. 133) è stata avviata (anche se non ancora portata a compimento) una riforma in senso liberale del settore dei servizi pubblici locali.

Mentre con la legge Giolitti (l. 9-3-1903, n. 103, confermata dal TU 15-10-1925, n. 2578), la gestione dei servizi pubblici locali era stata affidata alla mano pubblica attraverso l'istituto delle municipalizzazioni<sup>1</sup>, con la l. 8-6-1990, n. 142 (artt. 22-25) è

---

<sup>1</sup> Sulle *municipalizzazioni*, v.nsi: CAIA, *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in Enc. Giuridica Treccani; MELIS, *La vicenda dei servizi pubblici locali in Italia all'inizio del '900*; MARINA GIANNETTO, *Dal credito comunale e provinciale alla municipalizzazione dei pubblici servizi. La finanza locale nel dibattito tra centralismo e autonomie*; TOSATTI, *L'applicazione della legge per la municipalizzazione dei pubblici servizi*; D'AUTILIA, *I dipendenti delle aziende municipalizzate tra pubblico e privato*; ALLEGREZZA, *Un'azienda per la città. L'Atac tra servizio pubblico e nuovi scenari urbani*; LUCARINI, *I servizi pubblici locali e il modello della municipalizzazione nel dibattito italiano del primo '900*; RANGONE, *La riforma della regolazione: criteri ed obiettivi*; tutti in AA.VV. (a cura di TERMINI), *Dai Municipi all'Europa. La trasformazione dei servizi pubblici locali*, Bologna, 2004.

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

L'art. 1 del TU 2578 del rd 15-10-1925, n. 2578, che ripeteva alla lettera l'art. 1 della legge Giolitti, asseriva:

I comuni possono assumere nei modi stabiliti dal presente testo unico, l'impianto e l'esercizio diretto dei pubblici servizi e segnatamente di quelli relativi agli oggetti seguenti:

- 1) costruzione di acquedotti e fontane e distribuzione di acqua potabile;
- 2) impianto ed esercizio dell'illuminazione pubblica e privata;
- 3) costruzione di fognature ed utilizzazione delle materie fertilizzanti;
- 4) costruzione ed esercizio di tramvie a trazione animale o meccanica;
- 5) costruzione ed esercizio di reti telefoniche nel territorio comunale;
- 6) impianto ed esercizio di farmacie;
- 7) nettezza pubblica e sgombrò di immondizie dalle case;
- 8) trasporti funebri, anche con diritto di privativa, eccettuati i trasporti dei soci di congregazioni, confraternite ed altre associazioni costituite a tal fine e riconosciute come enti morali;
- 9) costruzione ed esercizio di molini e di forni normali;
- 10) costruzione ed esercizio di stabilimenti per la macellazione, anche con diritto di privativa;
- 11) costruzione ed esercizio di mercati pubblici, anche con diritto di privativa;
- 12) costruzione ed esercizio di bagni e lavatoi pubblici;
- 13) fabbrica e vendita del ghiaccio;
- 14) costruzione ed esercizio di asili notturni;
- 15) impianto ed esercizio di omnibus, automobili e di ogni altro simile mezzo, diretto a provvedere alle pubbliche comunicazioni;
- 16) produzione distribuzione di forza motrice idraulica ed elettrica e costruzione degli impianti relativi;
- 17) pubbliche affissioni, anche con diritto di privativa, eccettuandone sempre i manifesti elettorali e gli atti della pubblica autorità;
- 18) essiccatoi di granturco e relativi depositi;
- 19) stabilimento e relativa vendita di semenzai e vivai di viti ed altre piante arboree e fruttifere.

Uguale facoltà è attribuita alle province per i servizi di cui ai numeri 4, 5, 15, 16, 18 e 19 e per altri di interesse provinciale. L'assunzione e l'esercizio di tali servizi da parte delle province sono regolati dalle disposizioni del presente testo unico, intendendosi sostituiti agli organi del comune quelli della provincia ed equiparate le province ai comuni ai quali sono assegnati 80 consiglieri.

Da notare che alcuni dei servizi pubblici elencati nell'art. 1 del TU 15-10-1925, n. 2578, erano diventati obbligatori. E ciò in base all'art. 91 del r.d. 3-3-34, n. 383 che stabiliva, tra l'altro, l'obbligatorietà delle spese per i servizi relativi alle opere di provvista di *acqua potabile* e delle *fognature* (lett. C, n. 14), all'*illuminazione pubblica* (lett. C, n. 6), alla *nettezza pubblica* (lett. C, n. 2), ai *trasporti funebri* (lett. C, n. 11), ai *macelli pubblici* (lett. C, n. 16), ai *mercati all'ingrosso e al minuto* (lett. C, nn. 17 e 20).

La normativa del citato TU 2578/1925 era poi da integrare:

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

\* con quella dell'art. 248 del rd 27 luglio 1934, n. 1265, T.U. delle leggi sanitarie. (Per la disciplina delle *acque*, e delle *concessioni su di esse*, occorre far riferimento al rd 11 dicembre 1933, n. 1775);

\* con quella dell'art. 11, del rd 9 maggio 1912, n. 1447, che ha approvato il T.U. delle disposizioni di legge per le *ferrovie concesse all'industria privata, le tramvie a trazione meccanica o le automobili*;

\* con quella dell'art. 1, del rd dell'8 febbraio 1923, n. 399, sul diritto di impianto e di esercizio delle *linee telefoniche pubbliche e private* che veniva riservato allo Stato, il quale ha poi affidato il servizio telefonico a società concessionarie con esclusività territoriale;

\* con quella sull'impianto e l'esercizio delle *farmacie comunali* (art. 27, L. 9 giugno 1947, n. 530, che qui si riporta:

“Art. 27. I comuni possono, nei modi stabiliti dal testo unico delle leggi sull'assunzione diretta di pubblici servizi 15 ottobre 1925, n. 2578, assumere l'impianto e l'esercizio di farmacie.

L'autorizzazione prefettizia, ferme le disposizioni sanitarie sull'esercizio delle farmacie, sarà data, in quanto occorra, in deroga alle limitazioni previste dall'art. 104 all'art. 118 del T.U. 17 luglio 1934, n. 1265 delle leggi sanitarie.

Il numero di dette farmacie e le modalità di apertura saranno sottoposte all'approvazione prefettizia sentito il consiglio provinciale di sanità». Detto articolo, peraltro, è stato abrogato dall'art. 22, L. 2 aprile 1968, n. 475);

\* con quella della l. 20 marzo 1941, n. 366, sulla *raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani*, il cui art. 9 stabiliva un diritto di privativa a favore dei comuni (v.si anche art. 13 della stessa legge);

\* con quella in materia di polizia mortuaria, di cui al rd 21 dicembre 1942, n. 1880;

\* con quella sulla soppressione della *privativa comunale sui mercati all'ingrosso*, (art. 1, l. 25 marzo 1959, n. 125);

\* con quella di cui all'art. 1, l. 28 settembre 1939, n. 1822, per la quale erano soggetti a concessione governativa tutti i *servizi pubblici automobilistici per viaggiatori, bagagli e pacchi agricoli*. Per le *concessioni di autolinee urbane*, si doveva far riferimento all'art. 5 di detta legge, che accordava la preferenza ai comuni, con l'obbligo di espletare il servizio in gestione diretta);

\* con quella di cui all'art. 4, n. 5, L. 6 dicembre 1962, n. 1643, e D.M. 12 settembre 1964 sulla *produzione e distribuzione di forza motrice idraulica ed elettrica e costruzione degli impianti relativi*;

\* con quella di cui al D.Lgs. C.P.S. 8 novembre 1947, n. 1417 e l. 5 luglio 1961, n. 641, recanti disposizioni sulle *pubbliche affissioni e sulla pubblicità affine*;

\* con quella relativa alla possibilità di gestione di diversi servizi da parte del Comune, di solito in regime di privativa: (v.nsi: l. 16 giugno 1938, n. 851, *sull'impianto e funzionamento delle centrali del latte*: art. 10, n. 4 e 209-213rd 14 settembre 1931, n. 175, T.U. per la finanza locale, per i *servizi di peso e misura pubblici e di affitto di banchi pubblici*, ed art. 4, co. V, VI e VII,

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

stata avviata una prima riforma in quanto, con essa, si prevedeva che la gestione dei servizi pubblici locali potesse essere affidata a società di capitali a prevalente capitale pubblico o in concessione. L'art. 22 di tale legge faceva, però, convivere altre forme di gestione (in economia, a mezzo di aziende speciali, anche di tipo consortile, a mezzo di istituzioni) e prevedeva, genericamente e senza particolari distinzioni, che i servizi pubblici locali avessero “. . . per oggetto [la] produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali” (art. 22/1). Distingueva, però, i servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale (art. 22/3 lett. c) per i quali prevedeva la gestione attraverso una c.d. “istituzione”.

Trattavasi di una evoluzione normativa non certo volta a liberalizzare i servizi: all'istituto della municipalizzazione (formalmente e sostanzialmente pubblicistico) si affiancava quello delle società totalmente pubbliche o miste ma con prevalente capitale pubblico (formalmente private, ma sostanzialmente pubbliche o, per meglio dire, organi degli enti titolari del relativo capitale sociale).

Asserisce Rangone (cit. in nota 1, par. 2):

Agli inizi del secolo il servizio pubblico, di dimensione nazionale e locale, è completamente fuori dal mercato e gli obiettivi sociali sono assicurati da una gestione pubblica in monopolio: il servizio pubblico si identifica con il settore pubblico e con una gestione riservata. La vicenda dei servizi a rilevanza industriale di dimensione nazionale prosegue poi, non senza difficoltà, verso un processo di liberalizzazione e privatizzazione progressiva avviato, soprattutto grazie all'impulso comunitario, in tutti i settori di servizio pubblico.

A partire dagli anni '30 e fino alla metà degli anni '80 del ventesimo secolo, il diffuso intervento pubblico nell'economia è all'origine di una completa commistione tra regolazione e gestione. Gli strumenti di regolazione del mercato vanno dalla creazione di imprese pubbliche, al diffuso sovvenzionamento con vincolo di destinazione (pensiamo ai settori del trasporto ferroviario, marittimo ed aereo), alla predisposizione di piani settoriali (come per l'elettricità e la chimica industriale) ed all'utilizzo delle concessioni (sovente attribuite a società con partecipazione pubblica).

In tale contesto, manca una tradizione di partecipazione del privato al procedimento amministrativo (che si tratti di adjudication o di rulemaking) ed è completamente assente una valutazione di impatto della regolazione. La filosofia <<dirigista>> dello <<Stato proprietario>> è basata sulla convinzione della necessità dell'intervento pubblico (diretto o indiretto) per garantire il perseguimento degli

---

*D.P.R. 15 giugno 1959, n. 393. T.U. sulla circolazione stradale, per il servizio di parcheggio con custodia di autoveicoli).*

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

obiettivi di interesse generale; controllo centrale che appare, inoltre, giustificato dalla necessità di predisporre capillari infrastrutture di rete (come quelle di telecomunicazioni e ferroviarie).

La creazione del mercato interno, il progressivo evidenziarsi di problemi finanziari e la politica di concorrenza sono le determinanti del cambiamento di approccio. Processi di liberalizzazione e privatizzazione interessano tutti i settori economici e si parla della trasformazione dello Stato da proprietario/gestore a regolatore. Si capovolge il tradizionale equilibrio tra Stato e mercato: questo normalmente è in grado di assicurare il perseguimento degli obiettivi di interesse generale; solo il verificarsi di fallimenti del mercato giustifica un intervento pubblico di <<correzione>>, attraverso interventi di regolazione (come l'imposizione di obblighi di servizio pubblico o la concorrenza <<per>> il mercato).

A livello locale non si registra un analogo sviluppo. Cosicché, mentre i servizi pubblici di dimensione nazionale percorrono fasi di liberalizzazione e privatizzazione progressive, i servizi locali continuano a caratterizzarsi per una diffusa partecipazione pubblica al capitale degli operatori, la regolazione delle attività attraverso leggi o concessioni, l'erogazione di sovvenzioni pubbliche (dirette o indirette); queste modalità realizzano una completa commistione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione.

La diversa evoluzione è imputabile a vari fattori. Da un lato, il servizio pubblico locale è concepito (da cittadini o politici) come indissolubilmente legato a forme di gestione che assicurino un totale controllo pubblico a garanzia dei fini sociali; cosicché, la nozione di servizio pubblico o la presunta esistenza di condizioni di monopolio naturale vengono utilizzate per estendere l'esclusione della concorrenza anche ad attività che potrebbero essere aperte al mercato. Dall'altro, la normativa comunitaria, nel rispetto del principio di sussidiarietà, non ha imposto un più radicale disegno di liberalizzazione. Inoltre, gli interventi normativi di riforma degli anni '90 non hanno intaccato il regime, disposto dalla disciplina del 1925, della riserva originaria ed hanno consacrato due modelli di impresa pubblica in corso di superamento a livello nazionale (l'ente pubblico economico e la società con prevalente partecipazione pubblica).

Da qui il formarsi di soggetti sostanzialmente pubblici anche se, a volte, formalmente privati e da qui l'affrettarsi, a livello giuridico, della giurisprudenza della Corte dei Conti a sottoporre gli amministratori di tali società alla propria giurisdizione in caso di sospetto danno erariale<sup>2</sup> e della giurisprudenza penale a considerare gli stessi

---

<sup>2</sup> V.nsi: IELO e IACOVELLI, *La giurisdizione della Corte dei Conti sulle società pubbliche*, AMMINISTRARE XXXVIII, n. 1/2 gennaio-giugno 2008; POLICARPO, *La responsabilità degli amministratori di società in mano pubblica*, in questa *Rivista*, 2/2010, 56 e segg.; ASTEGIANO, *Il sistema dei controlli*, in Libro MAP n. 44, capitolo 20. Sul punto, v.si la

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

come incaricati di un pubblico servizio<sup>3</sup>.

**1.1.** Con l'entrata in vigore del d.lg. 18-8-2000, n. 267 (artt. 112-113/bis) si è proceduto ulteriormente verso la privatizzazione, ma si è anche fatto un passo avanti verso la liberalizzazione<sup>4</sup>.

---

innovativa sent. Cass. SS.UU. 19-12-2009, n. 26806 (commentata da CAGNASSO, *La responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica secondo una recente innovativa sentenza della Cassazione*, in questa *Rivista*, 3/2010, 36 e segg.; IBBA, *Le società a partecipazione pubblica oggi*, in questa *Rivista*, 3/2010, 180; MONTALENTI, *Le società a partecipazione pubblica*, in questa *Rivista*, 3/2010, 10 e segg.

<sup>3</sup> MANES, *Società a partecipazione pubblica: profili penalistici*, in questa *Rivista*, 22/2009, 14 e segg.

<sup>4</sup> La *privatizzazione* implicherebbe solo la trasformazione di un ente pubblico in una società di capitali di cui l'ente pubblico detiene, in tutto o in parte, la proprietà del capitale sociale o, comunque, detiene, tramite la c.d. *golden share*, un potere che condiziona l'operare di tale società. La *liberalizzazione* implica, invece, che l'ente pubblico, operata la privatizzazione, non si occupi più di gestirla né direttamente né indirettamente affinché questa possa operare nel mercato secondo le regole (tendenzialmente) della libera concorrenza.

TRENTO (in *Privatizzare le aziende pubbliche locali: perché e come*, "Dai Municipi all'Europa . . ." cit. in nota 1) così riassume (a pagg. 287-288):

"Privatizzazione in senso stretto (denazionalizzazione):

- vendita ai privati dell'intera azienda pubblica;
- cessione ai privati di quote azionarie superiori al 50% del capitale di imprese pubbliche.

Privatizzazione in senso lato:

- modificazione degli <<obiettivi>> delle imprese pubbliche, estensione della disciplina del mercato ad altri settori;
- ingresso dei privati nelle imprese pubbliche con quote azionarie inferiori al 50%;
- smembramento di imprese pubbliche e vendita dei singoli componenti;
- deregolamentazione dei mercati, abolizione dei monopoli legali;
- trasferimento di attività, già gestite dallo Stato, in concessione ai privati.

Privatizzazione formale:

- trasformazione della forma societaria: da modelli pubblicistici a modelli privatistici (es. s.p.a.).

Il giudizio espresso sul Testo unico 267/2000 è stato comunque largamente negativo. RANGONE (cit., pag. 256) asserisce:

Il riordino dell'ordinamento degli enti locali, compiuto dal Testo Unico degli enti locali del 2000, ha condotto alla formale abrogazione della legge n. 142 e dell'art. 12 della legge n. 498/92 (società con partecipazione pubblica minoritaria) ed alla trasposizione delle forme di gestione senza alcuna innovazione sostanziale (articolo 112 e 113 e articolo 116 quanto alla società con partecipazione pubblica minoritaria). In tale contesto hanno prevalso le istanze di

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 6/2010

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

**1.1.1.** Se, infatti, secondo il diritto comunitario, si doveva tendere alla concorrenza “nel mercato” e, ove questa non fosse stata possibile, almeno tendere alla concorrenza “per il mercato”<sup>5</sup>, diventava ovvio che, per crearla, occorreva distinguere i beni pubblici necessari per la gestione dei servizi pubblici dalla gestione effettiva di questi ultimi e far sì che alla attività gestoria potessero concorrere, in gare a evidenza pubblica (e ciò sia che si trattasse di “appalti” in senso tecnico, che di “concessioni di servizi”), determinati soggetti dotati di capitale sostanzialmente privato senza, con ciò, escludere le imprese pubbliche che agissero in situazione di libera concorrenza perché [come dice, ad es., il “considerando 12” del Reg. CE, 1370/2007 sui servizi pubblici di trasporto passeggeri su strada e ferrovia] “sotto il profilo del diritto comunitario è irrilevante che i servizi . . . siano prestati da imprese pubbliche o private [e ciò dato] il principio di neutralità rispetto al regime di proprietà, sancito dall’art. 259 del Trattato, [il] principio della libertà degli Stati membri di definire i servizi di interesse economico

---

razionalizzazione dell’intervento pubblico diretto nella gestione e nell’erogazione dei servizi piuttosto che obiettivi legati all’introduzione di meccanismi concorrenziali nei mercati dei servizi pubblici (è assente la previsione della concorrenza <<nel>> mercato come regola generale, il confronto tra operatori è limitato alla scelta del socio privato di maggioranza e, solo in alcuni settori, alla gara per l’affidamento del servizio). La nuova disciplina dei servizi pubblici locali (legge n. 448/01), pur introducendo elementi di apertura alla concorrenza (grazie soprattutto alla separazione tra gestione delle reti e gestione dei servizi), continua a confondere il concorso per ottenere un atto amministrativo (la concorrenza <<per>> il mercato) con la libera concorrenza in senso proprio (concorrenza <<nel>> mercato), così ostacolando i processi di liberalizzazione in grado di creare un effettivo contesto concorrenziale.

<sup>5</sup> V.si, in punto, MERUSI, *Le modalità ordinarie di gestione dei servizi pubblici locali*. Relazione presentata al Convegno indetto il 26 e 27-11-2009 a Milano da Paradigma su “La riforma dei servizi pubblici locali: il nuovo art. 15 e successive modifiche”; CHIRI, *Le caratteristiche economiche delle infrastrutture e dei servizi locali di pubblica utilità*; CERVIGNI e PASTORINO, *Obblighi di servizio pubblico, regolamentazione e liberalizzazione nei settori di pubblica utilità: analisi teorica ed esperienza del settore delle telecomunicazioni negli Stati Uniti*; RANGONE, *La riforma della regolazione: criteri ed obiettivi*; TRENTO, *Privatizzare le aziende pubbliche locali: perché e come*; CELLA e TERMINI, *Il contratto di servizio. Asimmetria informativa e incentivi nel rapporto tra il Comune e l’impresa di servizi pubblici locali*; ANTONIOLI e BOGNETTI, *Modelli di offerta di servizi pubblici locali in Europa*, tutti in AA.VV. (a cura di TERMINI), *Dai Municipi all’Europa. La trasformazione dei servizi pubblici locali*, Il Mulino, 2004. V.si, altresì, CASAVECCHIA, CAGNASSO e QUARANTA, *Le società in house* (Parte I), in questa *Rivista*, 11/2008, 40 e segg.

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

generale, sancito dall'art. 16 del Trattato, e [i] principi di sussidiarietà e proporzionalità, sanciti dall'art. 5 del Trattato"). Diventava ovvio cioè che l'esternalizzazione della gestione dei servizi<sup>6</sup> diventasse la regola e la gestione in house l'eccezione, guardata con sospetto quand'anche –a suo modo- formalmente legittima. In sintesi si è trattato, come dice Merusi (cit. in nota 5, pagg. 2 e segg.), di questo:

Tutto è cominciato quando la Comunità Europea, seguendo l'esempio di quanto era accaduto in Gran Bretagna, pensò di introdurre anche nei servizi pubblici dei singoli stati appartenenti alla comunità la concorrenza nell'ambito dei servizi pubblici. Per la comunità europea la concorrenza estesa a tutti i possibili soggetti operanti nell'ambito della comunità è, come'è noto, lo strumento per raggiungere, attraverso la "miscela" di tutti i possibili concorrenti, quell'unità europea di base che stenta ad essere realizzata al vertice dagli stati appartenenti alla comunità, ora diventata unione.

Il modello della concorrenzialità nei servizi pubblici consiste, com'è noto, nell'individuare nel servizio pubblico un mercato rilevante; nella dissociazione fra proprietà demaniale pubblica e gestione del servizio; nell'invenzione di una concorrenza artificiale, attuata con provvedimenti amministrativi, nell'ambito della gestione, favorendo progressivamente la comparsa di più imprese in concorrenza fino a quando la concorrenza fra i gestori non divenga naturale; nell'affidare ad un soggetto neutrale, un'autorità indipendente, la regolazione, con atti amministrativi, della concorrenza "artificiale".

L'applicazione di queste regole ai grandi servizi pubblici nazionali ha incontrato successi ed insuccessi e ha dato finora i più disparati risultati, ma è stata comunque applicata, o è in corso di applicazione ai servizi con riferimento ai quali era possibile identificare, prima in sede nazionale poi in sede transnazionale comunitaria, un mercato rilevante.

Il modello si è infranto nei confronti dei servizi pubblici locali per i quali risultava impossibile, o possibile soltanto in casi eccezionali, identificare un mercato rilevante nel quale introdurre una simulazione di concorrenza e, alla fine, una concorrenza tout court. I motivi di questo insuccesso sono vari, ma, in essenza, sono riconducibili alla frammentazione degli enti locali e alla conseguente impossibilità di identificare un mercato nell'area operativa di un servizio.

Stesse considerazioni sono state avanzate dalla Corte Costituzionale (sent. 439/2008) per la quale:

Nella prospettiva comunitaria, pertanto, da un lato, è necessario che gli Stati membri attivino ampi processi di liberalizzazione finalizzati ad abbattere

---

<sup>6</sup> V.si PIETRAZZI, *L'outsourcing*, in *Contratto e Impresa*, 6/2009, 1349 e segg..

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

progressivamente le barriere all'entrata, mediante, tra l'altro, l'eliminazione di diritti speciali ed esclusivi a favore delle imprese, ed attuare la concorrenza "nel mercato"; dall'altro, si impone alle pubbliche amministrazioni di osservare, nella scelta del gestore del servizio, adeguate procedure di evidenza pubblica finalizzate a garantire il rispetto della concorrenza "per il mercato" (sentenza n. 401 del 2007, con riferimento al settore degli appalti pubblici). Il perseguimento di tali obiettivi è inoltre volto ad assicurare, tra l'altro, la libera circolazione delle merci, delle persone e dei servizi; con la puntualizzazione che il rispetto delle citate norme fondamentali del Trattato si impone anche in un settore, quale quello dei servizi pubblici locali, attualmente estraneo alla sfera di applicazione di specifiche discipline comunitarie.

In tale contesto, la giurisprudenza della Corte di giustizia (ex multis, sentenza Stadt Halle dell'11 gennaio 2005, in causa C-26/03) ha, però, riconosciuto che rientra nel potere organizzativo delle autorità pubbliche "autoprodurre" beni, servizi o lavori mediante il ricorso a soggetti che, ancorchè giuridicamente distinti dall'ente conferente, siano legati a quest'ultimo da una "relazione organica" (c.d. affidamento in house).

Nella prospettiva europea, infatti, la pubblica amministrazione può decidere di erogare direttamente prestazioni di servizi a favore degli utenti mediante proprie strutture organizzative senza dovere ricorrere, per lo svolgimento di tali prestazioni, ad operatori economici attraverso il mercato.

Il meccanismo dell'affidamento diretto a soggetti in house, deve, però, essere strutturato in modo da evitare che esso possa risolversi in una ingiustificata compromissione dei principi che presiedono al funzionamento del mercato e, dunque, in una violazione delle prescrizioni contenute nel Trattato a tutela della concorrenza. In altri termini, il modello operativo in esame non deve costituire il mezzo per consentire alle autorità pubbliche di svolgere, mediante la costituzione di apposite società, attività di impresa in violazione delle regole concorrenziali, che richiedono che venga garantito il principio del pari trattamento tra imprese pubbliche e private (art. 295 del Trattato CE).

La giurisprudenza della Corte di Giustizia - proprio al fine di assicurare il rispetto di tali regole e sul presupposto che il sistema dell'affidamento in house costituisca un'eccezione ai principi generali del diritto comunitario - ha imposto l'osservanza di talune condizioni legittimanti l'attribuzione diretta della gestione di determinati servizi a soggetti "interni" alla compagine organizzativa dell'autorità pubblica<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> La politica della *liberalizzazione* (fatta propria dalla Commissione delle comunità europee, ma osteggiata dal Parlamento e dal Consiglio europeo) in Italia - e prima della recente riforma - ha trovato la sua espressione, per quanto concerne *l'energia elettrica, il gas naturale e le fonti*

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

N. Rangone (La riforma della regolazione: criteri e obiettivi, cit. in nota 1, pagg. 258-260) così riassume i principi comunitari dei servizi pubblici:

Il primo strumento di riforma della regolazione dei servizi pubblici locali industriali discende dall'applicazione della legislazione comunitaria di liberalizzazione dei servizi definiti di interesse economico generale e dalla disciplina della concorrenza. Queste sono all'origine di un nuovo equilibrio: il servizio pubblico può essere assicurato dal mercato, con definizione contrattuale dei vincoli a garanzia del perseguimento degli obiettivi di interesse generale, mentre l'esclusione della concorrenza è un'eccezione giustificata dall'impossibilità di perseguire diversamente l'interesse generale. Il nuovo equilibrio tra interesse generale e mercato discende principalmente dalle norme del Trattato della Comunità europea (in particolare dall'articolo 86, comma 2, ex 90, che trova un corrispondente, a livello nazionale, nell'articolo 8, comma 2, della legge n. 287/90, relativa alla tutela ed alla promozione della concorrenza e del mercato). Queste sanciscono la normale sottoposizione alla concorrenza delle imprese di servizio pubblico, «nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento della specifica missione loro affidata». Ne deriva che tutti i servizi, o loro segmenti, non espressamente esclusi dalla concorrenza o soggetti a forme di concorrenza «per» il mercato (in presenza di ostacoli oggettivi) devono poter essere svolti in regime di libertà di impresa. Risulta, ad esempio, in contrasto con il principio della separazione tra servizio pubblico e monopolio qualsiasi operazione che comporta un'eccessiva dilatazione della nozione di servizio pubblico al fine di ampliare l'intervento pubblico. Questo principio generale trova, poi, una specificazione nella disciplina comunitaria dei diversi servizi industriali (soprattutto quella dei servizi a rete), che ha disegnato un processo di liberalizzazione nel rispetto degli obiettivi sociali. Da questo complesso normativo (e dalla relativa interpretazione giurisprudenziale) emergono una serie di principi, che trovano attuazione attraverso altrettante regole di gestione:

- la distinzione tra il carattere pubblico del servizio e la natura, pubblica o privata, del gestore (che comporta, ad esempio, la caduta delle norme che prevedono la partecipazione pubblica necessaria nelle società concessionarie);
- la non corrispondenza tra il carattere pubblico del servizio e la gestione in

---

*rinnovabili*, nel disegno di legge n. 691 del 2006 intitolato <<Delega al Governo per completare la liberalizzazione dell'energia elettrica e del gas naturale e per il rilancio del risparmio energetico e delle fonti rinnovabili, in attuazione, delle Direttive comunitarie 2003/54/Ce, 2003/55/Ce e 2004/67/Ce>>, comunicata alla Presidenza del Consiglio il 28 giugno 2006. A tale disegno di legge ha fatto seguito quello n. 772 (noto come "Riforma Lanzillotta") che riguardava praticamente tutti i *servizi pubblici locali*, fatta eccezione il *servizio idrico integrato*. Tale d. di legge rendeva le società *in house* e quelle *miste* ipotesi del tutto eccezionali.

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 6/2010

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

monopolio, realizzata attraverso diversi strumenti, quali la separazione tra rete e servizio ed i suoi corollari (il diritto di accesso alle reti ed agli strumenti essenziali all'esercizio della concorrenza, il diritto di interconnessione), la separazione tra servizi di base e servizi a valore aggiunto, la libera prestazione dei servizi non offerti al pubblico, la scelta concorrenziale del gestore nei mercati sottratti alla concorrenza;

- la separazione tra regolazione e gestione, per cui il gestore (pubblico o privato) non può essere dotato di poteri di regolazione dei mercati;

- il superamento dei regimi speciali del servizio pubblico, cosicché le deroghe al diritto comune diventano l'eccezione; da ciò deriva la caduta degli oneri e dei privilegi diversi da quelli necessari a garantire il perseguimento degli obiettivi del servizio pubblico (compreso il vincolo al rispetto delle procedure di scelta dei contraenti previste dalle direttive relative agli appalti pubblici quando il gestore del servizio opera in regime di piena concorrenza) e la predisposizione di meccanismi di trasferimento trasparente a copertura dei costi del servizio pubblico o del servizio universale (questo significa trasparenza contabile e definizione contrattuale dei rapporti con i pubblici poteri);

- la scelta concorrenziale dell'operatore quando la concorrenza «nel» mercato non sia realizzabile. In queste ipotesi, la concorrenza amministrata consente, infatti, di limitare la discrezionalità dell'amministrazione nell'individuazione dell'erogatore, favorendo il perseguimento degli obiettivi di economicità e di efficienza.

Un'influenza diretta delle norme comunitarie di liberalizzazione è chiaramente individuabile in settori quali le telecomunicazioni e l'energia elettrica. Nel primo, la completa apertura alla concorrenza delle reti e dei servizi si estende anche alle attività organizzate a livello regionale o locale. Nel secondo, una costante giurisprudenza comunitaria chiarisce l'impossibilità di estendere alla vendita ai clienti finali il carattere di monopolio naturale su base locale caratteristico della distribuzione; occorre, inoltre, distinguere tra gestione della rete ed attività di distribuzione: solo la prima giustifica il ricorso alle concessioni, mentre la seconda potrebbe essere gestita con autorizzazioni non discrezionali affiancate da obblighi di servizio pubblico. Resta un problema di «effettività» di tali principi: basti pensare al settore delle telecomunicazioni caratterizzato, in tutti gli Stati membri della Comunità europea, da importanti ostacoli all'accesso al local loop (ultimo miglio), pur in mancanza di barriere regolamentari.

Nei settori non direttamente interessati dal processo di liberalizzazione comunitario (come i servizi idrici) o nei quali la dimensione locale resta disciplinata dal legislatore nazionale nel rispetto di esigenze di sussidiarietà (come nel caso dei trasporti ferroviari), il nuovo equilibrio tra valori sociali e mercato dovrebbe essere assunto a criterio informatore degli interventi di regolazione e di riforma (salve le ipotesi in cui le

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

peculiarità dei mercati locali giustificano una deroga ai principi stessi). I principi del servizio pubblico sono, infatti, parte del nostro ordinamento giuridico e costituiscono riferimenti fondamentali di interpretazione ed integrazione, secondo quanto previsto dall'articolo 12 delle «Disposizioni sulla legge in generale», anche della disciplina dei servizi di dimensione locale.

**1.1.1.1.** Tale conclusione “giuridica”<sup>8</sup> coincideva normalmente (e coincide) con quella degli economisti.

Il fenomeno delle privatizzazioni e liberalizzazioni (e, specie nel 2006, quello delle fusioni)<sup>9</sup> veniva accompagnato dall’opinione che, di per sé – e ferma la regolamentazione pubblica dei beni pubblici<sup>10</sup>, delle esternalità negative (es.:

---

<sup>8</sup> V.si, per la sintesi, oltre il par. 4 dell’articolo di RANGONE trascritto nel testo, altresì NAPOLITANO e ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, 2009, parte III (in particolare: par. 2: “*I fallimenti del mercato e l’intervento pubblico*”, e par. 4: “*I fallimenti dello Stato e le sue alternative*”).

<sup>9</sup> V.si, BELLOMO e SERAFINI, 2006: *Boom storico delle fusioni*, “Il Sole-24 Ore”, 19-12-2006. Notisi che, nel 2007, la Cina ha privatizzato più di tutta l’Europa (da “Il Sole-24 Ore” del 24-2-2008 che, a pag. 11, riporta anche una tabella delle maggiori dismissioni in Europa).

<sup>10</sup> Regolamentazione pubblica comunque, da molti, contestata a favore di un superamento della c.d. grande dicotomia *pubblico/privato*. “Sul piano operativo –dicono VETRITTO e VELO (*una lezione per le politiche pubbliche: il governo delle realtà sociali complesse tra <<pubblico>> e <<privato>>*), a commento del volume di OSTROM, *Governing the Commons* [trad. it. con il titolo *Governare i beni collettivi*, Marsilio, 2006, XXXI e segg.]- questa trasformazione si evidenzia, in tutta l’area OCSE, in logiche e pratiche che vedono attori pubblici e privati coinvolti <<a rete>> nella gestione di molte *utilities* e nella soluzione di problemi collettivi . . . In definitiva, nuovi paradigmi di processi decisionali inclusivi nelle questioni di interesse collettivo, in quella che è stata definita una <<amministrazione condivisa>> . . .”. E, ancora: “Dalle pratiche migliori diffuse in diversi paesi e dalla riflessione sulle logiche della trasformazione in atto emerge, con sempre maggiore chiarezza, che non è solo (e non è tanto) nella gestione che la sussidiarietà diviene carattere fondante del nuovo paradigma ibrido pubblico/privato; ma che, al contrario, è nella fase della decisione, della fissazione delle regole e della creazione condivisa delle istituzioni che il potere pubblico deve assumere un atteggiamento aperto e <<sussidiario>> rispetto alle componenti della società. Non si tratta, come è evidente, di una prospettiva semplice da adottare, né priva di rischi e implicazioni potenzialmente negative, sul piano stesso della teoria e della prassi della democrazia; ma è il terreno vero della trasformazione, il cuore della scommessa di modernizzazione dei sistemi sociali (prima ancora che di quelli amministrativi). In sintesi, nel nuovo paradigma, la sussidiarietà decisionale è il corollario indispensabile della sussidiarietà amministrativa; di più, la sussidiarietà decisionale è il presupposto logico e pratico della sussidiarietà amministrativa”.

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

inquinamento) e dei monopoli (particolarmente quelli naturali)- non era possibile asserire che la gestione pubblica di tali materie fosse da preferire a quella privata. Scriveva, ad esempio, J.Stiglitz nel 1989<sup>11</sup>: “L'ondata di privatizzazioni negli ultimi dieci anni riflette una crescente presa di coscienza che la nazionalizzazione non è

---

La detta tendenza che emerge nel pensiero economico (per la quale: *“Ormai da anni va emergendo una tendenza alla formazione di un <<nuovo diritto comune>>, spesso sussidiario, spesso sovranazionale, che si sta dimostrando l'unico in grado di assicurare la certezza ai commerci e, più in generale, a molte diverse situazioni, nella disarticolazione istituzionale e sociale portata dalla globalizzazione. Una regolazione di nuovo conio, che fa saltare tutte le tradizionali coordinate di scienza sociale, con cui si guardava, a partire almeno dal giusilluminismo, alla questione della formazione del diritto. In particolare, nel campo che tradizionalmente si riconduce al diritto pubblico, le vecchie tradizioni del common law anglosassone e del <<diritto amministrativo>> continentale mostrano di essere in via di progressivo indebolimento in quanto paradigmi cogenti e prescrittivi; aprendo la via a una sempre più decisa prospettiva, che si è iniziato a intravedere già alcuni decenni fa, di <<confluenza>> verso un nuovo modello misto di regolazione degli interessi collettivi. Un sistema sempre meno <<a diritto pubblico>> e sempre più <<a diritto comune>>, non per il senso che tale ultima locuzione ha avuto nell'esperienza giuridica anglosassone, quanto piuttosto per quello che aveva nel Medioevo europeo”*: XXVI) trova una sua corrispondenza nel pensiero giuridico. Nella nostra epoca – asserisce GALGANO, *Persone giuridiche*, Zanichelli, 2008, pagg. 123-124 - si assiste – secondo un giudizio che trova concordi pubblicisti e privatisti- alla “ricostruzione di un diritto comune”: si assiste – così si esprimono i pubblicisti – alla trasformazione del diritto privato in “quel diritto comune a pubblici e privati operatori, che esisteva in forma massiccia in passato, che era diventato fievole creatura, e che ora starebbe rinascendo”. E' oggi possibile – rilevano, dal canto loro, i privatisti – “individuare il territorio del diritto privato e tracciarne i confini col diritto pubblico, in base alla natura delle “attività” ovvero degli strumenti posti in essere dai soggetti, senza riferimento ai “fini” che questi si propongono di raggiungere”. Si parla anche di un processo di “oggettivazione” del diritto privato: le norme di cui esso, tradizionalmente, si compone sono norme che possono, in misura sempre maggiore, essere applicate “prescindendo dalla rilevanza pubblica o privata, del soggetto agente”. Il nostro sistema tende, insomma, a modellarsi secondo un “tipo strutturale a diritto comune” o “a formazione unitaria, nel senso che vi è un corpo di norme che costituisce sistema unico per tutti i soggetti giuridici, in luogo del sistema generale articolato in più settori”.

<sup>11</sup> V.si, STIGLITZ, *The economic Role of the State*, tradotto in italiano da DE RIN, con il titolo “*Il ruolo economico dello Stato*”, Il Mulino, 1992. L'opinione di Stiglitz è stata ripresa dal saggio, scritto con SAPPINGTON, del 1987, *Privatization, Information and Incentives*, tradotto in italiano con il titolo *Privatizzazione, informazione e incentivi* e poi inserito nel volume *Informazione, economia pubblica e incentivi*, Il Mulino, 2002, 221 e segg..

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

necessariamente una soluzione a tutte le differenze tra obiettivi pubblici e privati” e che: “Il socialismo come dottrina economica, la convinzione, cioè, che si possa ottenere una maggiore efficienza economica e si possano raggiungere maggiori traguardi sociali semplicemente cambiando i titolari della proprietà dei mezzi di produzione, o almeno dei mezzi di produzione nelle industrie vitali, è oramai morto” (op. cit., pagg. 50 e 80).

In termini abbastanza simili si sono espressi, in ambito nazionale, ad esempio, A.Roncaglia<sup>12</sup>, A.Cavaliere, L.F. Signorini e I.Visco, S.Trento, A.Alesina e F.Giavazzi, M.Salvati<sup>13</sup>.

Il Roncaglia, riallacciandosi alla socialdemocrazia tedesca e al periodo successivo al Congresso di Bad Godesberg del 1959, così ne sintetizza la storia ma

---

<sup>12</sup> V.si RONCAGLIA, *Il mito della mano invisibile*, Laterza, 2005, 111-112.

<sup>13</sup> V.si il volume *La finanza pubblica italiana, Rapporto 2007*, pagg. 155 e segg. e, in particolare, il saggio di CAVALIERE, *Privatizzazione e Liberalizzazioni: qualcosa di nuovo nei servizi di pubblica utilità?*. Sul fenomeno delle *privatizzazioni*, a parte i riferimenti bibliografici in calce al saggio del Cavaliere, v.si di ZANETTI e ALZONA, *Capire la privatizzazione*, Il Mulino; SIGNORINI e VISCO, *L'economia italiana*, Il Mulino, 2002, pagg. 134 (che, a pag. 140, segnala diversi Autori che si sono occupati del problema della concorrenza); TRENTO, *Privatizzare le aziende pubbliche e come*, nel volume “Dai Municipi all'Europa . . .” (citato in nota 1), 277 e segg.; ALESINA e GIAVAZZI, *Il liberismo è di sinistra*, Il Saggiatore, 2007, specie i paragrafi 3 (*Liberalizzare i mercati è di sinistra*) e 5 (*Il capitalismo di Stato non è di sinistra*); SALVATI, *Il partito democratico per la rivoluzione liberale*, Feltrinelli, 2007, 62 e segg.

(La trascrizione di ampi stralci di articoli e saggi di economisti non intende instaurare un dialogo tra giuristi ed economisti anche se questo –e da tempo- sarebbe auspicabile [v.si, ad es., M.S.GIANNINI, *Divergenze e convergenze tra diritto ed economia*, da M.S. Giannini, Scritti, volume secondo, 1939-1948, Giuffrè, 2002, 259 e segg.]; intende solo esibire agli operatori giuridici del settore ciò che pensano oggi gli economisti o, perlomeno, alcuni di essi circa la gestione dei servizi pubblici).

140, segnala diversi Autori che si sono occupati del problema della concorrenza); TRENTO, *Privatizzare le aziende pubbliche e come*, nel volume “Dai Municipi all'Europa . . .” (citato in nota 1), 277 e segg.; ALESINA e GIAVAZZI, *Il liberismo è di sinistra*, Il Saggiatore, 2007, specie i paragrafi 3 (*Liberalizzare i mercati è di sinistra*) e 5 (*Il capitalismo di Stato non è di sinistra*); SALVATI, *Il partito democratico per la rivoluzione liberale*, Feltrinelli, 2007, 62 e segg. (La trascrizione di ampi stralci di articoli e saggi di economisti non intende instaurare un dialogo tra giuristi ed economisti anche se questo –e da tempo- sarebbe auspicabile [v.si, ad es., M.S.GIANNINI, *Divergenze e convergenze tra diritto ed economia*, da M.S. Giannini, Scritti, volume secondo, 1939-1948, Giuffrè, 2002, 259 e segg.]; intende solo esibire agli operatori giuridici del settore ciò che pensano oggi gli economisti o, perlomeno, alcuni di essi circa la gestione dei servizi pubblici).

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

anche limiti e pregi, il tutto per un giudizio sulla situazione attuale.

Nell'ambito della sinistra europea [la] discussione [circa la preferenza da accordare alla economia privata o a quella pubblica] si intreccia con quella relativa alla revisione critica della propria storia. Con il Manifesto di Bad Godesberg<sup>14</sup>, la socialdemocrazia riconosce esplicitamente il ruolo dell'economia di mercato, in contrapposizione alla pianificazione centralizzata dei paesi comunisti. Assieme alla scelta della democrazia fondata su libere competizioni elettorali in contrapposizione alla propaganda rivoluzionaria, l'accettazione del mercato segna una netta rottura con la tradizione marxista dominante nei partiti comunisti. Tuttavia, permane la convinzione di un'equivalenza tra espansione della sfera pubblica e sviluppo della democrazia.

Proprio la progressiva ipertrofia del settore pubblico determina, alla fine degli anni Settanta, la 'rivoluzione conservatrice' della Thatcher e di Reagan. Quella che è stata chiamata 'crisi fiscale dello Stato sociale' è collegata al diffondersi nell'opinione pubblica della convinzione che il crescente prelievo fiscale sia solo in parte il corrispettivo di prestazioni sociali utili, ma in parte significativa derivi dagli sprechi connessi ad una metastasi burocratica dello stato sociale e alla distorsione degli obiettivi -dalla soddisfazione dei 'clienti' a quella degli 'operatori' dei servizi pubblici- permessa dall'assenza di concorrenza che caratterizza il settore pubblico. La 'rivoluzione conservatrice' ha avuto buon gioco perché ha denunciato mali evidenti a tutti, non già per il carattere convincente delle sue ricette iperliberiste, ben presto risultate tutt'altro che taumaturgiche.

La reazione laburista e socialdemocratica -la cosiddetta 'terza via', fondata sulle ricerche di sociologi come Ulrich Beck in Germania e Antony Giddens in Gran Bretagna- è consistita nel ripudio del nesso tra espansione della sfera pubblica e sviluppo della democrazia. In tal modo viene rifiutato non solo il liberismo selvaggio sostenuto dalla 'rivoluzione conservatrice', ma anche l'iperstatalismo della stessa tradizione social-democratica. Così la socialdemocrazia europea può accogliere sul proprio pennone la bandiera delle privatizzazioni, ammainando quella delle nazionalizzazioni; con il che, fra l'altro, scompare la principale differenza ideologica rispetto ai new democrats statunitensi.

E' a questo punto che entra in gioco il problema della distinzione tra le due idee

---

<sup>14</sup> “Il Manifesto di Bad Godesberg –dice Roncaglia (pagg. 111, nota 2)- . . . è la piattaforma programmatica approvata dal Congresso straordinario del Partito socialdemocratico tedesco tenutosi a Bad Godesberg dal 13 al 15 novembre 1959”. Su *Il pensiero socialista* v.si l'opera di COLE, *Storia del pensiero socialista*, traduzione it. di BERNARDI, Laterza, 1967, nonché, in sintesi, le voci *socialdemocrazia* e *socialismo* in Enciclopedia storica (a cura di SALVADORI), Zanichelli, 2000, 1467 e segg.

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

di libertà economica: il liberismo della mano invisibile del mercato e il liberismo “smithiano”. Infatti, mentre nell’ambito delle socialdemocrazie europee la mancata netta distinzione tra le due idee di libertà economica rende alquanto vaga la definizione della ‘terza via’, nei partiti ex comunisti e in particolar modo (ma non solo) in Italia si manifesta la tendenza a oscillare (o a scindersi) tra due errori simmetrici: la difesa delle idee tradizionali di identificazione del progresso civile con l’espansione del settore pubblico da un lato, l’adesione al liberismo mainstream dall’altro lato.

Le possibili spiegazioni di quest’ultima tendenza sono due. La prima ipotesi è che l’entusiasmo dei neofiti del mercato porti parecchi ex comunisti a tentare di riscattare le proprie origini proclamandosi più realisti del re: se non più liberisti della Thatcher, quanto meno pienamente liberisti nell’accezione dominante nella cultura economica anglosassone, per l’appunto quella della mano invisibile del mercato. La seconda ipotesi è la convinzione, di per sé giustificata, che in un sistema bipolare occorra assicurarsi l’elettorato di centro, accompagnata da quella, assai meno giustificata, che l’elettorato di centro sia irrimediabilmente imbevuto dei principi della teoria economica mainstream. Tuttavia perfino queste ipotesi non implicano la necessità di accettare acriticamente privatizzazioni male organizzate, deregolamentazioni attuate senza le opportune garanzie, modifiche alla normativa sui contratti di lavoro dirette ad assicurare non la necessaria flessibilità di fronte al cambiamento tecnologico ma la perdita di potere contrattuale dei lavoratori e la flessibilità verso il basso dei salari, disattenzione per le regole del gioco e per i controlli sul loro rispetto<sup>15</sup>. Se poi accantoniamo i complessi freudiani della sinistra ex comunista e la resa aprioristica all’ideologia della mano invisibile del mercato, le prospettive cambiano sostanzialmente.

Il problema principale attorno al quale ruota oggi il dibattito nella socialdemocrazia europea riguarda lo Stato sociale: la necessità di ridefinirlo nella sua funzione di rete di sicurezza sociale di fronte alle nuove incertezze e ai nuovi rischi posti dalla globalizzazione ..., la sua inefficienza e inefficacia come strumento di redistribuzione del reddito ..., la necessità di introdurre al suo interno meccanismi di mercato per evitare sprechi e burocratizzazione (cit., pagg. 111-115).

Signorini e Visco, circa il problema delle privatizzazioni, affermano:

In questo contesto un’altra questione importante per l’Italia è quella delle privatizzazioni. Una delle peculiarità strutturali del nostro paese era (e tuttora in parte è) l’estensione della presenza diretta dello Stato nell’economia. Da anni è stato avviato un vasto programma di dismissioni di imprese pubbliche. Esso non dovrebbe avere come

---

<sup>15</sup> Critiche alle privatizzazioni che, come vedremo, sono presenti anche in J.STIGLITZ.

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

obiettivo principale quello di conseguire introiti finanziari per lo Stato: anche se si realizzassero i piani più ambiziosi, l'incidenza dei relativi proventi sulla massa del debito pubblico sarebbe, tutto sommato, modesta. Il fine più importante dovrebbe piuttosto essere quello di contribuire a rafforzare i meccanismi della concorrenza e del mercato nel sistema economico, eliminando le distorsioni e le inefficienze che sono tipiche di un eccesso del controllo pubblico, specialmente quando questo si sposa all'esercizio di un monopolio. Il processo di privatizzazione italiano in qualche caso si è accompagnato con l'apertura di un mercato di servizi di utilità pubblica a un'effettiva concorrenza (per esempio nel caso delle telecomunicazioni); in altri invece non è stato sfruttato appieno per spezzare monopoli, o parziali monopoli, esistenti (per esempio nel caso delle autostrade). Resta da vedere in che misura le ulteriori privatizzazioni previste o possibili (Eni, Rai, Alitalia, ferrovie, poste, ecc.), se e quando verranno, costituiranno l'occasione per introdurre maggiori elementi di concorrenza nei mercati e di contendibilità del controllo delle imprese, o al contrario saranno invece utilizzate essenzialmente per «fare cassa» (cit., pag. 134).

Alesina e Giavazzi parteggiano apertamente per le liberalizzazioni:

La conclusione è evidente: le liberalizzazioni dovrebbero essere una bandiera della sinistra perché aiutano soprattutto i consumatori più poveri. Spesso aprono anche nuove opportunità nel mercato del lavoro. I supermercati hanno cominciato a vendere prodotti farmaceutici, hanno assunto giovani farmacisti, laureati che non avevano la fortuna di avere una mamma o un papà farmacista e quindi erano tagliati fuori. Occorre avere il coraggio di spiegare agli elettori che ogni protezione dei produttori corrisponde a uno sfruttamento dei consumatori.

Per anni la sinistra è stata succube di un mito: l'«alleanza dei produttori». Un mito che ha le sue radici in una visione marxista del lavoro (inteso nel senso più ampio del termine): il marxismo si focalizza sulla produzione, sul conflitto di classe all'interno del sistema produttivo; la domanda, cioè i consumatori, è pressoché irrilevante. In una visione marxista della società l'individuo si caratterizza per la sua posizione nell'ingranaggio del sistema produttivo, dell'offerta, non della domanda. Ecco perché la sinistra italiana fa tanta fatica a vedere i consumatori come una categoria di cui farsi carico (pagg. 49-50).

Salvati (pag. 62 e nel par. 4 op. cit. in nota 11), asserisce:

I confini tra le due sfere non li facciamo discendere da pregiudizi ideologici o dottrinari, ma da motivi legati ai valori che intendiamo sostenere e a valutazioni di efficienza e di efficacia nelle circostanze storiche in cui operiamo. Nessuno (o quasi) contesta il ruolo dei poteri pubblici nelle loro attività minime e tradizionali (legge, ordine e sicurezza, difesa, giustizia, amministrazione generale, organizzazione del

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

territorio...). A queste noi aggiungiamo quelle attività dalle quali discende la soddisfazione di diritti sociali, da assicurare universalmente ai cittadini: istruzione (almeno sino a un certo livello) e sanità. Non necessariamente l'esercizio di tali compiti dev'essere attribuito a organizzazioni pubbliche, perché questo dipende da valutazioni di opportunità che possono variare: il nostro impegno politico è solo quello di assicurare che anche i cittadini con minori risorse siano in grado di ottenere un'istruzione e un'assistenza sanitaria di buona qualità e che queste siano prestate al minor costo possibile. Alla luce delle condizioni di partenza, e valutando l'esperienza internazionale, noi riteniamo sia possibile ottenere questo risultato, e in modo efficiente, con una fornitura in larga misura pubblica di questi servizi, impegnando i gestori in uno sforzo continuo di miglioramento della qualità e del contenimento dei costi.

Questo ci conduce a un problema più generale, che è presente in tutti i paesi avanzati, ma è storicamente molto grave nel nostro: quello dell'efficienza delle pubbliche amministrazioni, da quelle più tradizionali (giustizia, sicurezza pubblica, amministrazione generale...) a quelle che soddisfano diritti sociali (istruzione, sanità...). Il grado di inefficienza di una parte non piccola di queste amministrazioni è intollerabile in un confronto internazionale: esso danneggia le famiglie, le imprese, l'economia; ostacola la capacità della politica di rettificare gli esiti del mercato secondo criteri di giustizia sociale (e dunque danneggia soprattutto la sinistra); produce un'immagine negativa del nostro paese all'estero. In molti campi l'inefficienza ha raggiunto livelli che minacciano le stesse basi di una convivenza democratica, la certezza del diritto, la sicurezza personale e patrimoniale, la fruibilità e prevedibilità dell'ambiente in cui viviamo, la qualità della vita nelle nostre città.

Il Cavaliere, riferendosi al Governo Prodi, così afferma:

Nell'ambito delle utilities lo Stato opera ancora come azionista e quindi continua a derivare benefici politici e finanziari dalla proprietà e dal controllo delle imprese. Inoltre le scelte nazionali risentono dei vincoli e delle opportunità derivanti dalla politica europea, in particolare nel settore energetico. Carattere più urgente hanno assunto gli interventi in tema di trasporti e infrastrutture, con la decisione di privatizzare Alitalia e riformare la regolazione delle concessioni autostradali. Mentre nei servizi pubblici locali si torna a parlare di introduzione generalizzata delle gare per l'affidamento da parte degli enti locali, con l'importante eccezione dei servizi idrici (pag. 155).

Trento, sempre in punto "economia privata vs/ pubblica", così sintetizza le ragioni della privatizzazione-liberalizzazione (pagg. 286-287):

In generale, la privatizzazione non è un fine ma per lo più un mezzo per raggiungere uno o più obiettivi. L'apparente varietà di giustificazioni addotte nei vari

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

casi nazionali possono, in realtà, essere racchiuse in alcuni temi principali. Le motivazioni possono essere distinte in base alla loro natura economica ovvero extra-economica. Le motivazioni economiche sono principalmente di tre tipi:

- La convinzione che le imprese del settore privato siano sottoposte a vincoli più stringenti e a schemi di incentivazione più efficaci rispetto alle aziende pubbliche. La modificazione dell'assetto proprietario dovrebbe, quindi, comportare un sostanzioso aumento di efficienza per le imprese pubbliche, ciò soprattutto in seguito alla modificazione degli obiettivi delle imprese in questione. La privatizzazione è in tal senso un metodo per eliminare finalità extra-economiche (cosiddetti oneri impropri) dalle funzioni obiettivo di alcune imprese. I benefici della privatizzazione, secondo questo tipo di ragionamento, ricadrebbero su due gruppi di utenti: i consumatori attuali e potenziali del settore da privatizzare in maniera diretta e gli altri consumatori, per il risparmio di risorse che potrebbe essere generato dal processo di privatizzazione.

- Gli introiti della privatizzazione potrebbero costituire una fonte di finanziamento del debito pubblico. Questa argomentazione è particolarmente presente nei paesi in cui più pressante è il problema dello squilibrio dei conti finanziari dello Stato.

- Il collocamento sul mercato di azioni rappresentative del capitale delle imprese pubbliche potrebbe facilitare una partecipazione diretta dei piccoli risparmiatori al mercato borsistico quindi creare un «azionariato popolare». In tal senso la privatizzazione è anche interpretata come uno strumento per sviluppare i mercati borsistici.

A queste argomentazioni si aggiungono in alcuni casi delle motivazioni secondarie:

- La vendita delle imprese statali e di altre attività pubbliche potrebbe consentire il pagamento in tutto o in parte dell'eventuale debito estero. In alcuni paesi, per lo più in via di sviluppo, la privatizzazione ha rappresentato una possibile fonte di reperimento di fondi per la restituzione di prestiti internazionali.

La cessione ai privati di imprese statali è anche considerato un modo per facilitare lo sviluppo di nuova imprenditorialità, in economie di più recente industrializzazione.

Le ragioni non strettamente economiche, a favore delle privatizzazioni, riguardano l'obiettivo di ridurre il potere di controllo del sistema politico e delle burocrazie ad esso sottoposte sull'economia e quindi in senso lato sul sistema sociale. Si intende in questo modo combattere i fenomeni di corruzione e ridurre i diritti di nomina e di controllo sugli amministratori delle imprese attribuiti ai politici; contrastare le occasioni di collusione tra politici e amministratori delle aziende stesse, con rischi

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

connessi di appropriazione a fini di parte delle risorse generate dalle imprese pubbliche; eliminare le disparità di trattamento tra operatori privati e pubblici sui mercati nei quali siano presenti ambedue. In generale, si vuole accrescere il mercato come strumento di stimolo dell'iniziativa economica e ricondurre il grado di politicizzazione del sistema sociale, affidando alla politica una funzione di regolazione del corretto funzionamento dei mercati e di perseguimento di obiettivi macroeconomici quali la stabilità dei prezzi e la crescita o sociali, quali l'istruzione pubblica (pagg. 286-287).

(Vedremo, più avanti, che se la gestione pubblica non è una scelta politica migliore di quella privata, quest'ultima presenti comunque notevoli rischi, già denunciati da quanto, ad esempio, asserito dal Roncaglia).

**1.1.1.2.** Quindi - sulla base vuoi dei principi comunitari in tema di gestione dei servizi pubblici economici, vuoi per un mutato clima ideologico complessivo<sup>16</sup> gli Stati

---

<sup>16</sup> STIGLITZ, *Il ruolo economico dello Stato*, cit., pag. 78 osserva che: “. . . [La] visione conservatrice ha i suoi costi: le istituzioni si sclerotizzano, particolarmente se non sono sottoposte a pressione competitiva. Il fatto di cambiare comporta di per sé un riesame delle procedure e delle pratiche utilizzate. La nostra analisi fornisce quindi una ragione abbastanza diversa per la privatizzazione delle imprese pubbliche: non è infatti essa ad essere necessariamente positiva, ma è positivo il fatto che essa comporta un cambiamento che avrà effetti positivi. Il nostro ragionamento ci dà anche un differente motivo per l'alternanza tra fasi di euforia per il <<pubblico>> e fasi di euforia per il <<privato>>, alternanza su cui già Hirschman aveva attirato l'attenzione; questo motivo è semplicemente che il cambiamento ha di per sé un valore positivo”. ZANETTI e ALZONA (Capire le privatizzazioni, Il Mulino, 1998, 168-169), e per quanto concerne l'Italia osserva: “*In mancanza di un sistema economico-politico liberista di tipo compiuto, anche un processo incompleto di privatizzazione e di riforme istituzionali (con una residua influenza non marginale dello Stato nei processi allocativi) può essere utile allo scopo di rafforzare la competitività del sistema produttivo nazionale, purché alcune condizioni minime siano rispettate. Un ricorso al mercato meno esteso di quanto teoricamente possibile deve essere innanzitutto compensato da una maggiore efficienza ed efficacia degli strumenti che rispetto al mercato sono in parte sostitutivi in parte complementari: le <<voci>> istituzionali (banche, assicurazioni, fondi ecc.) presenti all'interno delle strutture di controllo delle imprese; la politica industriale dello Stato, opportunamente coordinata a livello infra e sovranazionale. In ogni caso, il ricorso al mercato dovrà essere più esteso di quanto non lo sia attualmente: i processi di liberalizzazione e di regolazione (non eccessivamente inquinati da condizionamenti politici) dovranno incidere in misura crescente sui fattori di competitività del sistema- paese. Poiché l'esperienza storica rende scettici sulla propensione interna a realizzare le suddette condizioni, essenziale sarà il ruolo giocato dalle pressioni esogene: l'evoluzione dei mercati internazionali, la competizione tra sistemi istituzionali messa in atto dalle politiche degli altri paesi e dalle direttive*

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

membri della CE avrebbero dovuto abbattere ogni barriera che limitasse la libera concorrenza “nel mercato” attraverso la dissociazione tra reti (ad es. autostrade, reti ferroviarie, reti di trasporto del gas, dell’energia elettrica, rete delle telecomunicazioni)<sup>17</sup> e gestori del servizio (più concorrenti su autostrade, treni di diverse società ferroviarie su un unico sistema di binari eccetera)<sup>18</sup>. Ove ciò non fosse stato possibile, occorreva creare degli ambiti ottimali di mercato (la qual cosa è avvenuta in Italia con la legge Galli, prima, e con il TU sull’ambiente, poi, per la gestione del servizio idrico integrato, per i rifiuti eccetera) e, come regola, operare “per il mercato” optandosi per la scelta di gestori privati attraverso l’istituto della concessione e tramite gare ad evidenza pubblica (artt. 113/5 lett. a TU 267/00; 150/3 TU 152/2006 ecc.).

**1.1.2.** E, in effetti, l’art. 113 del TU 267/00, secondo varie modifiche successive e prima dell’entrata in vigore della legge di riforma di cui si parlerà al par. sub 2.<sup>19</sup> disponeva:

\* come regola, il principio della separazione “delle reti e degli impianti destinati alla produzione dei servizi pubblici locali ... da quella di erogazione degli stessi” (commi 3 e 4), affermando che: “E”, in ogni caso, garantito l’accesso alle reti a tutti i

---

*comunitarie, i vincoli che discendono dall’aspirazione dell’Italia a rimanere stabilmente all’interno della moneta unica europea. In definitiva, si ritiene che nell’attuale situazione storica del paese, solo privatizzazioni <<imperfette>> (rispetto a un modello liberista puro) siano possibili. Esse sono comunque da preferire al controllo proprietario pubblico, soprattutto se pressioni esterne limiteranno il residuo grado d’ingerenza dello Stato e indurranno i nuovi controllori a comportamenti sufficientemente competitivi” (v.si, altresì, BIANCO e SESTITO, I servizi pubblici locali. Liberalizzazione, regolazione, Il Mulino, 2010).*

<sup>17</sup> V.nsi, sul problema delle reti, i riferimenti bibliografici in calce al saggio di CAVALIERE (2007), nonché, le Direttive 2003/54/Ce e 2003/55/Ce.

<sup>18</sup> Su “La Stampa” del 16 febbraio 2010, sotto il titolo: *Francesi, inglesi, svizzeri: sfida europea a Trenitalia*, è apparsa la notizia secondo la quale la Regione Piemonte “. . . ha messo a gara la gestione della Torino-Milano e dei collegamenti del Piemonte Nord Orientale (Biella, Novara, Vercelli e Verbano-Cusio Ossola) e di quello sud orientale (Asti, Alessandria e i collegamenti per Genova). In tutto circa 11 milioni e mezzo di treni/km, il 60% del totale”. (Alla gara, secondo la notizia del giornale citato, hanno manifestato interesse, oltre Trenitalia, la multinazionale inglese Arriva, quella francese Veolia e le ferrovie federali svizzere).

<sup>19</sup> L’art. 113 del TU 267/2000 citato è stato modificato dalla l. 28-12-2001, n. 448; dal d.l. 30-9-2003 n. 269, convertito nella l. 24-12-2003, n. 350 e dalla l. 15-12-2004, n. 308. Infine è stato parzialmente abrogato dalla recente legge di riforma.

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

soggetti legittimati all'erogazione dei relativi servizi" (comma 3, ultimo periodo) e disponendo (al comma 13) che, ove le reti e gli impianti fossero stati conferiti a società a capitale interamente pubblico, che era incredibile a terzi, dette società avrebbero dovuto porre "le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali a disposizione dei gestori incaricati della gestione del servizio o, ove prevista la gestione separata della rete, dei gestori di quest'ultima a fronte di un canone ..." <sup>20</sup>;

\* poneva al primo posto, "... nel rispetto della normativa dell'Unione europea", la gestione dei servizi tramite "società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare a evidenza pubblica" (e cioè optava per l'istituto della concessione di servizi ove il concessionario doveva essere scelto con gara), ponendo al secondo posto la gestione di tali servizi tramite società "miste" ove il privato doveva, esso pure, essere scelto con gara e al terzo posto l'affidamento alle società in house (comma 5, nonché commi 6, 7, 9);

\* favoriva le gare per più servizi: il comma 8 disponeva: "Qualora sia economicamente più vantaggioso, è consentito l'affidamento contestuale con gara di una pluralità di servizi pubblici locali diversi da quelli di trasporto collettivo. In questo caso, la durata dell'affidamento, unica per tutti i servizi, non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore";

\* unificava il regime tributario dei vari gestori dei servizi. Il comma 10 asseriva: "E' vietata ogni forma di differenziazione nel trattamento dei gestori di pubblico servizio in ordine al regime tributario, nonché alla concessione da chiunque dovuta di contribuzioni o agevolazioni per la gestione del servizio";

\* prevedeva, al comma 11, la possibilità che gli enti locali cedessero "... in tutto o in parte la loro partecipazione nelle società erogatrici di servizi mediante procedure ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza di affidamento. Tale cessione non comporta effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti";

\* poneva fine, come regola, ai regimi di concessione senza gara alla data del 31 dicembre 2006 (e al 31 dicembre 2007 per il "servizio idrico integrato"), salvando unicamente le società "miste" ove il socio privato fosse stato scelto con gara, le società in house (quelle, cioè, con capitale interamente pubblico "a condizione che gli enti titolari del capitale sociale [esercitassero] sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società [realizzasse] la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che la controllano"), nonché le società affidatarie del servizio alla data del 1° ottobre 2003 già quotate in forza e "quelle da

---

<sup>20</sup> Sul problema delle "reti", v.si, altresì, i commi 5-bis, 5-ter, 11, 13 e 14.

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

esse direttamente partecipate a tale data a condizione che [fossero] concessionarie esclusive del servizio, nonché a società originariamente a capitale interamente pubblico che entro la stessa data [avessero] provveduto a collocare sul mercato quote di capitale attraverso procedure ad evidenza pubblica, ma, in entrambe le ipotesi indicate, le concessioni [avrebbero dovuto cessare] comunque allo spirare del termine equivalente a quello della durata media delle concessioni aggiudicate nello stesso settore a seguito di procedure a evidenza pubblica, salva la possibilità di determinare caso per caso la cessazione in una data successiva qualora la stessa [fosse risultata] proporzionata ai tempi di recupero di particolari investimenti effettuati da parte del gestore” (comma 15 bis).

Notisi poi che i termini di scadenza degli affidamenti potevano essere prorogati.

I commi 15-ter e 15-quater asserivano, rispettivamente, quanto segue:

\* 15-ter:

Il termine del 31 dicembre 2006, relativamente al solo servizio idrico integrato al 31 dicembre 2007, di cui al comma 15-bis, può essere differito ad una data successiva, previo accordo, raggiunto caso per caso, con la Commissione europea, alle condizioni sotto indicate:

a) nel caso in cui, almeno dodici mesi prima dello scadere del suddetto termine si dia luogo, mediante una o più fusioni, alla costituzione di una nuova società capace di servire un bacino di utenza complessivamente non inferiore a due volte quello originariamente servito dalla società maggiore; in questa ipotesi il differimento non può comunque essere superiore ad un anno;

b) nel caso in cui, entro il termine di cui alla lettera a), un'impresa affidataria, anche a seguito di una o più fusioni, si trovi ad operare in un ambito corrispondente almeno all'intero territorio provinciale ovvero a quello ottimale, laddove previsto dalle norme vigenti; in questa ipotesi il differimento non può comunque essere superiore a due anni.

\* 15-quater:

A decorrere dal 1° gennaio 2007 si applica il divieto di cui al comma 6, salvo nei casi in cui si tratti dell'espletamento delle prime gare aventi ad oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa. Con regolamento da emanare ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, sentite le Autorità indipendenti del settore e la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, il Governo definisce le condizioni per l'ammissione alle gare di imprese estere, o di imprese italiane che abbiano avuto all'estero la gestione del servizio senza ricorrere a procedure di evidenza

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

pubblica, a condizione che, nel primo caso, sia fatto salvo il principio di reciprocità e siano garantiti tempi certi per l'effettiva apertura dei relativi mercati<sup>21</sup>.

### **2. La riforma dei servizi pubblici locali alla luce dell'art. 15 del d.l. 135/2009, convertito nella l. 166/2009.**

**2.0.** Con l'art. 23-bis del d.l. 12/2008, convertito nella l. 113/08<sup>22</sup>, a sua volta modificato e integrato dall'art. 15 del d.l. 135/2009, convertito nella l. 166/2009 (di seguito, per semplicità, "legge di riforma") il processo di liberalizzazione si è fatto più deciso, anche se con alcune ambiguità di fondo che potrebbero minarne in radice l'attuazione.

L'art. 23-bis (come sopra modificato) della legge di riforma si compone di 12 commi e il relativo Regolamento (per ora non ancora emanato) è costituito da 14 articoli. Esamineremo tale legge, comma per comma, ponendoli in relazione con gli articoli del Regolamento, avvertendo il lettore che quest'ultimo è, per ora, solo noto

---

<sup>21</sup> V.si, per il commento del TU 267/2000 e della precedente legge 142/1990: CARPINO, *Testo Unico degli Enti Locali Commentato*, Maggioli Editori, 2009, pagg. 244 e segg., VANDELLI, *Ordinamento delle autonomie locali*, Maggioli Editore, 1990, 128 e segg.; MIGONE, VIPIANA, VIPIANA, *Commento alla legge sulle autonomie locali*, UTET 1993, 187 e segg.; ROLLA, GROPPI, LUATTI, *L'ordinamento dei comuni e delle province*, Giuffrè, 1996, 341 e segg.; BARUSSO, *Il diritto degli enti locali*, Maggioli Editore, 2001, 661 e segg.; AA.VV., *Testo Unico degli enti locali* (a cura di V.Italia), Giuffrè, 2000, Tomo II, 1176 e segg.; GIORELLO, *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, *Riv. it. di dir. pubbl. comunitario*, Giuffrè, 2004, 929 e segg.; DIANA-URANIA GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, *Riv. cit.*, 2007, 17 e segg.

<sup>22</sup> Sull'art. 23-bis del d.l. 112/2008 (prima della modifica da parte dell'art. 15 del dl 135/2009), v.si TAR Toscana, I, 8-9-2009, n. 1430, per il quale (secondo la massima in "Urbanistica e appalti", 2/2010, 227): "Il servizio pubblico di illuminazione votiva dei cimiteri comunali costituisce un servizio pubblico locale a rilevanza economica e fruizione individuale, poiché richiede che il concessionario impieghi capitali, mezzi, personale da destinare ad un'attività economica rilevante in quanto suscettibile, quanto meno potenzialmente, di produrre un utile di gestione e, quindi, di riflettere sull'assetto concorrenziale del mercato di settore. E' illegittimo l'affidamento in house (a società a totale capitale pubblico) di un servizio pubblico locale a rilevanza economica nel caso in cui, in violazione dell'art. 23-bis, comma 3, del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in L. 6 agosto 2008, n. 133, non sia stato adempiuto l'obbligo di trasmettere gli atti all'Autorità Garante per la Concorrenza e per il Mercato al fine di acquisire il prescritto parere e sia stato effettuato senza previo accertamento di situazioni che non permettono un efficace e utile ricorso al mercato".

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

come “Schema di decreto del Presidente della Repubblica recante regolamento di attuazione dell’art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133, ss.mm., in materia di servizi pubblici locali”. (Il testo è stato approvato dal Consiglio dei Ministri n. 76 del 17 dicembre 2009. Lo schema di d.P.R. passerà all’esame della Conferenza unificata Stato-Regioni, del Consiglio di Stato e delle commissioni parlamentari prima del via libera definitivo del Governo).

2.1. Il comma 1 della Legge di riforma e l’art. 1 del Regolamento:

(1) accolgono, in parte, la nozione comunitaria di “servizi pubblici locali di rilevanza economica” a favore di collettività locali; e cioè l’accolgono per un ambito più ristretto in quanto non si occupano di tutti “i servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale” di cui agli artt. 86/2 del Trattato CE (e della legge antitrust n. 287/90), bensì solo di quelli “locali” e di quelli “locali” a favore di collettività locali<sup>23</sup>, ribadendo che tale materia rientra nell’art. 117, secondo comma,

---

<sup>23</sup> La legge di riforma si riferisce solo a servizi a favore delle collettività e non a quelli a favore degli enti locali (es. servizi di riscaldamento dei locali di edifici pubblici di un ente locale), mentre l’art. 86/2 del Trattato CE comprende anche questi ultimi. Per questo motivo detta legge si riferisce soprattutto alle *concessioni di servizi pubblici locali* e non ai *contratti pubblici di appalto di servizi*. E ciò anche se non è escluso che un appalto di pubblici servizi abbia ad oggetto servizi a favore di collettività. Infatti, a sensi della sent. della Corte di Giustizia CE, 10-9-2009, C-206/08, *Eurawasser*, (che ha esaminato il caso in cui un consorzio di più Comuni, tra i quali quello di Gotha [Wazy Gotha], aveva affidato ad un’azienda municipale della Città di Gotha, tramite un bando comunitario non uniformato alla direttiva 2004/17/CE, il servizio di distribuzione di *acqua potabile* e quello del trattamento *delle acque reflue*, con l’impegno di versare a detta azienda “*le sovvenzioni pubbliche che avrebbe ricevuto nei limiti di legge*”), per aversi una “*concessione di servizi*”, occorre che l’amministrazione aggiudicatrice trasferisca al concessionario un “*rischio rilevante, il quale, tuttavia, non deve necessariamente corrispondere al rischio economico che di norma si corre in un mercato libero*”. (Sulla distinzione tra “*rischio industriale*” e “*rischio economico di gestione*”, v.nsi: IAIONE, *La nozione codicistica di contratto pubblico*, *Giust. Amm.*, 2007, 4 e segg.; CALVIERI, *Concessione e appalto di servizio pubblico come contratti nei c.d. settori speciali ex esclusi. Il caso del trasporto pubblico locale*, in *Lex Italia it.*, 10/2007. Quindi: un contratto che affidi un servizio per la collettività, interamente retribuito dalla amministrazione aggiudicatrice, costituisce un *contratto di appalto e non una concessione di servizi* (in tal senso MASTRAGOSTINO, *Le concessioni di servizi*, in GAROFOLI, SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005, 109 e ss.; IAIONE, *La nozione codicistica di contratto pubblico*, pag. 6; CARANTA, *Concessione di opere e di servizi*, in *Enc. Dir.*, aggiornamento V, Milano 2002; nonché CALVIERI, cit., pagg. 6 e segg.). (Comunque la questione del “trasferimento del rischio” è ambigua, vuoi perché “vaga” è la nozione di “rischio significativo”, di “rischio di gestione rilevante”, vuoi perché nella “concessione di lavori pubblici [disciplinata con norme quasi identiche a quelle dei contratti di

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

lett. l) ed m), della Costituzione e, quindi, è di competenza statale (come, d'altronde, ribadito più volte, dalla Corte Costituzionale)<sup>24</sup>; in sintesi isolano, con normativa generalizzata, la nozione di servizio pubblico locale a rilevanza economica (oggetto normalmente di concessione) da quella di servizio pubblico non locale, da quella di servizio pubblico per l'ente (oggetto di appalto ex d.lg. 163/06 e disciplinata altresì dall'art. 13 del decreto Bersani) e da quella dei servizi esclusi: ([1] distribuzione del gas naturale; [2] distribuzione di energia elettrica; [3] gestione delle farmacie comunali; [4] trasporto ferroviario regionale per il quale il Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dei rapporti con le regioni, sentita la conferenza unificata di cui all'art. 8 del d.lg. 281/97 e l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, dovrà determinare gli "ambiti territoriali minimi" comunque non inferiori al "territorio comunale"<sup>25</sup>), da quella, ancora, dei servizi senza scopo di lucro<sup>26</sup>.

---

appalto] vi è, a volte, un trasferimento di rischi di gestione maggiore che non nelle concessioni di servizi. Si potrebbe dire che la *concessione di lavori pubblici* è e rimane istituto che rientra concettualmente nella *concessione* che, per certi aspetti [soprattutto ai fini dell'osservanza delle regole di gara] è disciplinata da norme simili a quelle che disciplinano *i contratti di appalto di servizi*, mentre, per altri aspetti, è "contratto" diverso da quello di appalto [specie, soprattutto, in ordine al *rischio economico di gestione*]. Notisi, poi, che un contratto con il quale un ente pubblico fornisce un servizio a favore della collettività assumendosene interamente il costo, rischia di essere illegittimo per violazione delle norme sugli *aiuti di Stato*: artt. 87 e 88 del Trattato CE: v.si sent. Corte Giust. CE, 24-7-2003, C-280/00 *Altmark*).

Comunque la legge di riforma italiana non assorbe la normativa di cui all'art. 13 del decreto Bersani (d.l. 223/06, convertito nella l. 248/06). Su tale articolo, v.si, in particolare, DELLA PORTA, *Le società previste dall'art. 13 della legge 4 agosto 2006 n. 248. Casistica e brevi note in tema di individuazione soggettiva*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 3/2009, 325 e segg.; VOLPE, *La Corte Ce continua la rifinitura dell'in house. Ma il diritto interno va in controtendenza*, in *Urbanistica e appalti*, 1/2010, 43 e segg. (a commento della sent. Sea Corte Giustizia Ce, 10-9-2009 C-537/07).

<sup>24</sup> V.nsi: Corte Cost. n. 204/2004; 272/2004; 29/2006; 80/2006; 439/2008, in CELOTTO, *Il riparto dei servizi pubblici locali all'esame della Corte costituzionale. Rassegna di giurisprudenza*. Relazione presentata al convegno indetto da PARADIGMA il 26 e 27-1-2009 a Milano (v.si nota 5).

<sup>25</sup> Sugli "ambiti territoriali ottimali" o "minimi" v.nsi., ad esempio, gli articoli 147/1 del d.lg. 152/2006 per gli "ambiti territoriali ottimali" a proposito del *servizio idrico integrato*, 200 (sempre del d.lg. 152/2006) per gli "ambiti territoriali ottimali" a proposito del *servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani*, nonché –secondo la legge di riforma– gli "ambiti territoriali minimi" a proposito del *trasporto ferroviario regionale*.

<sup>26</sup> La letteratura sui servizi pubblici è, oramai, sterminata. Si richiama di CASAVECCHIA-CAGNASSO-QUARANTA, *Le società in house*, in questa *Rivista*, nn. 11 e 12/2008, nonché di

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

**2.2.** Il comma 2 della legge di riforma e l'art. 2/1 del Regolamento – innovando rispetto all'art. 113/5 del TU 267/2000 – prevedono, per i servizi pubblici locali così come delimitati al comma 1 - unicamente due modalità ordinarie di affidamento: (a) quella della gara a evidenza pubblica a favore “di imprenditori o di società in qualunque forma costituite”; (b) e quella dell'affidamento diretto a società “miste” “a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al

---

MICHIARA, *I <<servizi sociali privati senza scopo di lucro>> e i principi del diritto comunitario*, Riv. di dir. pubblico comunitario, 5/2009, 1051 e segg..

Merita, poi, trascrivere l'art. 1 dello schema di Regolamento (che, nelle premesse, dà già per scontate le modifiche di cui all'art. 15 del d.l. 135/2009, convertito nella l. 166/2009). Tale articolo è così formulato:

ART. 1

(Ambito di applicazione)

1. Il presente regolamento, in attuazione dell'articolo 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni, di seguito denominato “articolo 23-bis”, si applica ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, di seguito denominati “servizi pubblici locali”.

2. Con riguardo alla gestione del servizio idrico integrato restano ferme l'autonomia gestionale del soggetto gestore, la piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, nonché la spettanza esclusiva alle istituzioni pubbliche del governo delle risorse stesse, ai sensi dell'articolo 15, comma 1-ter, del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 2009, n. 166.

3. Sono esclusi dall'applicazione del presente regolamento:

a) il servizio di distribuzione di gas naturale, di cui al decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164;

b) il servizio di distribuzione di energia elettrica, di cui al decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e alla legge 23 agosto 2004, n. 239;

c) il servizio di trasporto ferroviario regionale, di cui al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422;

d) la gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475;

e) i servizi strumentali all'attività o al funzionamento degli enti affidanti di cui all'articolo 13, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, e successive modificazioni.

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

40 per cento”<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> Sulle società “miste” v.si: DE NICTOLIS, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008; GUZZO, *Società miste e affidamenti in house*; NICODEMO, *Società miste: il giudice europeo detta le condizioni per l'affidamento diretto*, in *Urbanistica e appalti*, 2/2010, 158 e segg. (a commento della sent. della Corte di Giustizia Ce, 15-10-2009, C-196/08 per la quale: “Gli artt. 43, 49 e 96 del Trattato Ce non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori a una società a capitale misto, pubblico e privato, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura a evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato Ce per le concessioni”); SANTONASTASO, *Le società di interesse nazionale*, Milano, 2002; GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica*, Milano, 2004.

Comunque, gli articoli 2 e 3 dello schema di Regolamento, così dispongono:

\* art. 2 (*Misure di liberalizzazione*):

1. Gli enti locali verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, circoscrivendo l'attribuzione di diritti di esclusiva, ove non diversamente previsto dalla legge, ai soli casi in cui la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità. Tale verifica è svolta periodicamente e comunque prima di procedere al conferimento della gestione dei predetti servizi.
2. Gli enti locali, per assicurare agli utenti l'erogazione di servizi pubblici che abbiano ad oggetto la produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali, definiscono, ove necessario, gli obblighi di servizio pubblico, prevedendo le eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi, tenendo conto dei proventi derivanti dalle tariffe e nei limiti della disponibilità di bilancio destinata allo scopo.
3. All'attribuzione di diritti di esclusiva ad un'impresa incaricata della gestione di servizi pubblici locali consegue l'applicazione di quanto disposto dall'articolo 9 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni.
4. I soggetti gestori di servizi pubblici locali, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui sono titolari di diritti di esclusiva, sono soggetti alla disciplina prevista dall'articolo 8, commi 2-bis e 2-quater, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni.

\* art. 3 (*Norme applicabili in via generale per l'affidamento*):

1. Le procedure competitive ad evidenza pubblica, di cui all'articolo 23-bis, comma 2, sono indette nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge statale e regionale, ove esistente, dalla competente autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti affidanti.
2. Le società a capitale interamente pubblico possono partecipare alle procedure competitive ad

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 6/2010

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

evidenza pubblica di cui all'articolo 23-bis, comma 2, lettera a), sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge.

3. Al fine di promuovere e proteggere l'assetto concorrenziale dei mercati interessati, il bando di gara o la lettera di invito:

a) esclude che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi socialmente sostenibili ed essenziali per l'effettuazione del servizio possa costituire elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti;

b) assicura che i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara siano proporzionati alle caratteristiche e al valore del servizio e che la definizione dell'oggetto della gara garantisca la più ampia partecipazione e il conseguimento di eventuali economie di scala e di gamma;

c) indica, ferme restando le discipline di settore, la durata dell'affidamento commisurata alla consistenza degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitolati di gara a carico del soggetto gestore. In ogni caso la durata dell'affidamento non può essere superiore al periodo di ammortamento dei suddetti investimenti;

d) può prevedere l'esclusione di forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento;

e) prevede che la valutazione delle offerte sia effettuata da una commissione nominata dall'ente affidante e composta da soggetti esperti nella specifica materia;

f) indica i criteri e le modalità per l'individuazione dei beni di cui all'articolo 10, comma 1, e per la determinazione dell'eventuale importo spettante al gestore al momento della scadenza o della cessazione anticipata della gestione ai sensi dell'articolo 10, comma 2.

4. Fermo restando quanto previsto al comma 3, nel caso di procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, il bando di gara o la lettera di invito assicura che:

a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie;

b) il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento ai sensi dell'articolo 23-bis, comma 2;

c) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione.

5. I rapporti degli enti locali con i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali e con i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali sono regolati da contratti di servizio, da allegare ai capitolati di gara, che devono prevedere i livelli dei servizi da garantire, adeguati strumenti di verifica del rispetto dei livelli stessi, nonché penali e misure sanzionatorie. Restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore vigenti alla data di entrata in vigore del presente regolamento.

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

**2.3.** I commi 3, 4 e 4-bis della legge di riforma (e gli artt. 4, 5, 6, 7 e 8 del Regolamento) –modificando in ciò tutta la normativa generale e di settore in contrario (il comma 1 asserisce che: “Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili”) riducono le ipotesi di affidamenti in house a casi del tutto eccezionali. I due commi della legge di riforma, infatti, asseriscono, rispettivamente, quanto segue:

### comma 3

In deroga alle modalita' di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento puo' avvenire a favore di societa' a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta in house e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla societa' e di prevalenza dell'attivita' svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

### comma 4

Nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicita' alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorita' garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione. Decorso il termine, il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole.

### comma 4-bis:

I regolamenti di cui al comma 10 definiscono le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui al comma 4<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> L'art. 4 del Regolamento (*Parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*) afferma:

1. Gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui all'articolo 23-bis, comma 4, se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento supera la somma complessiva di 200.000,00 euro. Il detto parere è comunque richiesto, a prescindere dal valore economico del servizio, qualora la popolazione interessata sia superiore a 50.000 unità.

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

2. Nella richiesta del parere di cui al comma 1, esclusivamente per i servizi relativi al settore idrico, l'ente affidante può rappresentare specifiche condizioni di efficienza che rendono la gestione cosiddetta "in house" non distorsiva della concorrenza, ossia comparativamente non svantaggiosa per i cittadini rispetto a una modalità alternativa di gestione dei servizi pubblici locali, con particolare riferimento:

- a) alla chiusura dei bilanci in utile, escludendosi a tal fine qualsiasi trasferimento non riferito a spese per investimenti da parte dell'ente affidante o altro ente pubblico;
- b) al reinvestimento nel servizio almeno dell'80 per cento degli utili per l'intera durata dell'affidamento;
- c) all'applicazione di una tariffa media inferiore alla media di settore;
- d) al raggiungimento di costi operativi medi annui con un'incidenza sulla tariffa che si mantenga al di sotto della media di settore.

3. Nel rendere il parere di cui al comma 1 si tiene espressamente conto delle condizioni rappresentate ai sensi del comma 2 e dichiarate dall'ente affidante sotto la personale responsabilità del suo legale rappresentante.

4. L'effettivo rispetto delle condizioni di cui al comma 2 è verificato annualmente dall'ente affidante, che invia gli esiti di tale verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

In caso negativo, anche su segnalazione della medesima Autorità, l'ente procede alla revoca dell'affidamento e al conferimento della gestione del servizio ai sensi dell'articolo 23-bis, comma 2.

L'art. 5 del Regolamento (*Patto di stabilità interno*), così prescrive:

1. Al patto di stabilità interno sono assoggettati gli affidatari cosiddetti "in house" di servizi pubblici locali ai sensi dell'articolo 23-bis, commi 3 e 4.

2. Gli enti locali sono responsabili dell'osservanza, da parte dei soggetti indicati al comma 1 al cui capitale partecipano, dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno.

3. Le modalità e la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno dei soggetti di cui al comma 1 sono definite con il decreto interministeriale di cui all'articolo 18, comma 2-bis, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni.

L'art. 6 del Regolamento (*Acquisto di beni e servizi da parte delle cosiddette "in house" e delle società miste*) afferma:

1. Al patto di stabilità interno sono assoggettati gli affidatari cosiddetti "in house" di servizi pubblici locali ai sensi dell'articolo 23-bis, commi 3 e 4.

2. Gli enti locali sono responsabili dell'osservanza, da parte dei soggetti indicati al comma 1 al cui capitale partecipano, dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno.

3. Le modalità e la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno dei soggetti di cui al comma 1 sono definite con il decreto interministeriale di cui all'articolo 18, comma 2-bis, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni.

L'art. 7, sempre del Regolamento (*Assunzione di personale da parte delle società cosiddette "in house" e delle società miste*), afferma:

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

1. Le società cosiddette “in house”, affidatarie di servizi pubblici locali, applicano, per l’assunzione di personale, quanto previsto dall’articolo 18, comma 1, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

2. Le società miste a partecipazione pubblica di controllo, affidatarie di servizi pubblici locali, applicano, per l’assunzione di personale, quanto previsto dall’articolo 18, comma 2, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

3. Il presente articolo non si applica alle società quotate in mercati regolamentati.

L’art. 8 del Regolamento (*Distinzioni tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione*), asserisce:

1. Gli amministratori, i dirigenti e i responsabili degli uffici o dei servizi dell’ente locale, nonché degli altri organismi che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo di servizi pubblici locali, non possono svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti. Il divieto si applica anche nel caso in cui le dette funzioni sono state svolte nei tre anni precedenti il conferimento dell’incarico inerente la gestione dei servizi pubblici locali. Alle società quotate nei mercati regolamentati si applica la disciplina definita dagli organismi di controllo competenti.

2. Il divieto di cui al comma 1 opera anche nei confronti del coniuge, dei parenti e degli affini entro il quarto grado dei soggetti indicati allo stesso comma, nonché nei confronti di coloro che prestano, o hanno prestato nel triennio precedente, a qualsiasi titolo attività di consulenza o collaborazione in favore degli enti locali o dei soggetti che hanno affidato la gestione del servizio pubblico locale.

3. Non possono essere nominati amministratori di società partecipate da enti locali coloro che nei tre anni precedenti alla nomina hanno ricoperto la carica di amministratore, di cui all’articolo 77 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, negli enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale della stessa società.

4. I componenti della commissione di gara per l’affidamento della gestione di servizi pubblici locali non devono aver svolto né possono svolgere alcun’altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente alla gestione del servizio di cui si tratta.

5. Coloro che hanno rivestito, nel biennio precedente, la carica di amministratore locale, di cui al comma 3, non possono essere nominati componenti della commissione di gara relativamente a servizi pubblici locali da affidare da parte del medesimo ente locale.

6. Sono esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di componenti di commissioni di gara, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all’approvazione di atti dichiarati illegittimi.

7. Si applicano ai componenti delle commissioni di gara le cause di astensione previste dall’articolo 51 del codice di procedura civile.

8. Nell’ipotesi in cui alla gara concorre una società partecipata dall’ente locale che la indice, i componenti della commissione di gara non possono essere né dipendenti né amministratori dell’ente locale stesso.

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

Il comma 5 della legge di riforma, inderogabilmente rivolto ad affermare principi di liberalizzazione, così prescrive:

Ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati.

\* I commi 6 e 7 della legge di riforma, in punto “pluralità di servizi e “bacini di gara”, affermano, rispettivamente, quanto segue:

comma 6:

E' consentito l'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa. In questo caso la durata dell'affidamento, unica per tutti i servizi, non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore.

comma 7:

Le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze e d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, possono definire, nel rispetto delle normative settoriali, i bacini di gara per i diversi servizi, in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi, nonché l'integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di servizi più redditizi, garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale.

\* Il comma 8 della legge di riforma detta un differenziato regime transitorio.

Il comma 8 della legge di riforma, afferma:

---

9. In caso di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali ai sensi dell'articolo 23-bis, comma 3, e in tutti i casi in cui il capitale sociale del soggetto gestore è partecipato dall'ente locale affidante, la verifica del rispetto del contratto di servizio nonché ogni eventuale aggiornamento e modifica dello stesso sono sottoposti, secondo modalità definite dallo statuto dell'ente locale, alla vigilanza dell'organo di revisione di cui agli articoli 234 e seguenti del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni. Restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore vigenti alla data di entrata in vigore del presente regolamento.

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

Il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3 e' il seguente:

a) le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta in house cessano, improrogabilmente e senza necessita' di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011. Esse cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40 per cento del capitale attraverso le modalita' di cui alla lettera b) del comma 2;

b) le gestioni affidate direttamente a societa' a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualita' di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessita' di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011;

c) le gestioni affidate direttamente a societa' a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualita' di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio;

d) gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a societa' a partecipazione pubblica gia' quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica, si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano improrogabilmente e senza necessita' di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015;

e) le gestioni affidate che non rientrano nei casi di cui alle lettere da a) a d) cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessita' di apposita deliberazione dell'ente affidante.

L'articolo 10 del Regolamento (Cessione dei beni in caso di subentro), poi, afferma:

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

1. Alla scadenza della gestione del servizio pubblico locale o in caso di sua cessazione anticipata, il precedente gestore cede al gestore subentrante i beni strumentali e le loro pertinenze necessari per la prosecuzione del servizio, come individuati dall'ente affidante, a titolo gratuito e liberi da pesi e gravami.

2. Se, al momento della cessazione della gestione, i beni di cui al comma 1 non sono stati interamente ammortizzati, il gestore subentrante corrisponde al precedente gestore un importo pari al valore contabile non ancora ammortizzato, al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi.

3. L'importo di cui al comma 2 è indicato nel bando di gara per l'affidamento del servizio pubblico locale, indetta a seguito della scadenza o della cessazione anticipata della gestione.

\* Il comma 9 della legge di riforma, specie nell'ultimo periodo (che verrà grassetto) e l'art. 8/8-9 del Regolamento (che nella tra-scrizione verrà, esso pure, grassetto) prescrivono:

comma 9:

Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e al socio selezionato ai sensi della lettera b) del comma 2. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti.

L'art. 8 del Regolamento (Distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione), ai comma 8 e 9, asserisce:

8. Nell'ipotesi in cui alla gara concorre una società partecipata dall'ente locale che la indice, i componenti della commissione di gara non possono essere né dipendenti

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

né amministratori dell'ente locale stesso.

9. In caso di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali ai sensi dell'articolo 23-bis, comma 3, e in tutti i casi in cui il capitale sociale del soggetto gestore è partecipato dall'ente locale affidante, la verifica del rispetto del contratto di servizio nonché ogni eventuale aggiornamento e modifica dello stesso sono sottoposti, secondo modalità definite dallo statuto dell'ente locale, alla vigilanza dell'organo di revisione di cui agli articoli 234 e seguenti del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni. Restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore vigenti alla data di entrata in vigore del presente regolamento.

\* Il comma 10 della legge di riforma contiene le direttive per il Regolamento nei termini che seguono:

Il Governo, su proposta del Ministro per i rapporti con le regioni ed entro il 31 dicembre 2009, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, nonché le competenti Commissioni parlamentari, adotta uno o più regolamenti, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, al fine di:

a) prevedere l'assoggettamento dei soggetti affidatari cosiddetti in house di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno, tenendo conto delle scadenze fissate al comma 8, e l'osservanza da parte delle società in house e delle società a partecipazione mista pubblica e privata di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale;

b) prevedere, in attuazione dei principi di proporzionalità e di adeguatezza di cui all'articolo 118 della Costituzione, che i comuni con un limitato numero di residenti possano svolgere le funzioni relative alla gestione dei servizi pubblici locali in forma associata;

c) prevedere una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina sulle incompatibilità;

d) armonizzare la nuova disciplina e quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, individuando le norme applicabili in via generale per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua;

e) lettera abrogata dall'art. 15, co. 1 lett. g), del d.l. 135/2009;

f) prevedere l'applicazione del principio di reciprocità ai fini dell'ammissione alle gare di imprese estere;

g) limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

razionalità economica, i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale;

h) prevedere nella disciplina degli affidamenti idonee forme di ammortamento degli investimenti e una durata degli affidamenti strettamente proporzionale e mai superiore ai tempi di recupero degli investimenti;

i) disciplinare, in ogni caso di subentro, la cessione dei beni, di proprietà del precedente gestore, necessari per la prosecuzione del servizio;

l) prevedere adeguati strumenti di tutela non giurisdizionale anche con riguardo agli utenti dei servizi;

m) individuare espressamente le norme abrogate ai sensi del presente articolo<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Gli articoli 9 (*Principio di reciprocità*) e 11 (*Tutela non giurisdizionale*) del Regolamento, asseriscono, rispettivamente:

art. 9:

1. Le imprese estere, non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, possono essere ammesse alle procedure competitive ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici locali a condizione che documentino la possibilità per le imprese italiane di partecipare alle gare indette negli Stati di provenienza per l'affidamento di omologhi servizi.

art. 11:

1. I contratti di servizio e, se emanate, le carte dei servizi concernenti la gestione di servizi pubblici locali prevedono la possibilità, per l'utente o per la categoria di utenti che lamenti la violazione di un diritto o di un interesse giuridico rilevante, di promuovere la risoluzione non giurisdizionale delle controversie, che avviene entro trenta giorni successivi al ricevimento della richiesta.

2. La procedura conciliativa prevista al comma 1 è avviata secondo lo schema-tipo di formulario di cui all'allegato A del presente regolamento.

3. Restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 2, comma 461, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, nonché quelle contenute nelle discipline di settore vigenti alla data di entrata in vigore del presente regolamento.

\* L'art. 2/461 della l. 244/2007 (c.d. *Finanziaria 2008*) afferma:

Al fine di tutelare i diritti dei consumatori e degli utenti dei servizi pubblici locali e di garantire la qualità, l'universalità e l'economicità delle relative prestazioni, in sede di stipula dei contratti di servizio gli enti locali sono tenuti ad applicare le seguenti disposizioni:

a) previsione dell'obbligo per il soggetto gestore di emanare una «Carta della qualità dei servizi», da redigere e pubblicizzare in conformità ad intese con le associazioni di tutela dei consumatori e con le associazioni imprenditoriali interessate, recante gli standard di qualità e di quantità relativi alle prestazioni erogate così come determinati nel contratto di servizio, nonché le modalità di accesso alle informazioni garantite, quelle per proporre reclamo e quelle per adire

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

\* Il comma 11 della legge di riforma afferma che: “L’art. 113 del testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali di cui al d.lg. 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, è abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al presente articolo”, mentre l’art. 12 del Regolamento (Abrogazioni e disposizioni finali) elenca le disposizioni abrogate, come segue:

1. A decorrere dall’entrata in vigore del presente regolamento sono o restano abrogate le seguenti disposizioni:

a) articolo 113, commi 5, 5-bis, 6, 7, 8, 9, escluso il primo periodo, 11, 14, 15-bis, 15-ter e 15-quater, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni;

b) articolo 150, comma 1, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni, ad eccezione della parte in cui individua la competenza dell’Autorità d’ambito per l’affidamento e l’aggiudicazione;

c) articolo 202, comma 1, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e

---

le vie conciliative e giudiziarie nonché le modalità di ristoro dell’utenza, in forma specifica o mediante restituzione totale o parziale del corrispettivo versato, in caso di inottemperanza;

b) consultazione obbligatoria delle associazioni dei consumatori;

c) previsione che sia periodicamente verificata, con la partecipazione delle associazioni dei consumatori, l’adeguatezza dei parametri quantitativi e qualitativi del servizio erogato fissati nel contratto di servizio alle esigenze dell’utenza cui il servizio stesso si rivolge, ferma restando la possibilità per ogni singolo cittadino di presentare osservazioni e proposte in merito;

d) previsione di un sistema di monitoraggio permanente del rispetto dei parametri fissati nel contratto di servizio e di quanto stabilito nelle Carte della qualità dei servizi, svolto sotto la diretta responsabilità dell’ente locale o dell’ambito territoriale ottimale, con la partecipazione delle associazioni dei consumatori ed aperto alla ricezione di osservazioni e proposte da parte di ogni singolo cittadino che può rivolgersi, allo scopo, sia all’ente locale, sia ai gestori dei servizi, sia alle associazioni dei consumatori;

e) istituzione di una sessione annuale di verifica del funzionamento dei servizi tra ente locale, gestori dei servizi ed associazioni dei consumatori nella quale si dia conto dei reclami, nonché delle proposte ed osservazioni pervenute a ciascuno dei soggetti partecipanti da parte dei cittadini;

f) previsione che le attività di cui alle lettere b), c) e d) siano finanziate con un prelievo a carico dei soggetti gestori del servizio, predeterminato nel contratto di servizio per l’intera durata del contratto stesso.

\* Si segnala altresì l’entrata in vigore del d.lgs. 4-3-2010, n. 28 (*Attuazione dell’art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*).

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI (PARTE I)

successive modificazioni, ad eccezione della parte in cui individua la competenza dell'Autorità d'ambito per l'affidamento e l'aggiudicazione.

2. Le leggi, i regolamenti, i decreti, o altri provvedimenti, che fanno riferimento ai commi 7 e 11 dell'articolo 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, abrogati dal comma 1, lettera a), si intendono riferiti, rispettivamente, ai commi 1 e 5 dell'articolo 3 del presente regolamento.

3. All'articolo 18, comma 3-bis, secondo periodo, del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, e successive modificazioni, la parola: "esclusivamente" è soppressa.

4. Per il trasporto pubblico locale il presente regolamento si applica in quanto compatibile con le disposizioni del regolamento (CE) 23 ottobre 2007, n. 1370/2007.

5. Le disposizioni del presente regolamento si applicano alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano, in quanto compatibili con gli statuti speciali e le relative norme di attuazione.

## CORTE DI GIUSTIZIA E DIVIDENDI IN USCITA DALL'ITALIA. BREVI CONSIDERAZIONI SULL'ACCERTATA CONTRARIETÀ ALLA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI CAPITALI

*A seguito di una procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea, la Corte di giustizia ha sancito l'incompatibilità con il diritto comunitario della normativa italiana in materia di imposizione dei dividendi pagati a soggetti non residenti prima della Finanziaria 2008.*

*La pronuncia della Corte che qui si commenta riafferma una consolidata giurisprudenza in materia di restrizioni vietate alla libera circolazione di capitali, ma evidenzia la diversa valenza di cause di giustificazione nei riguardi degli Stati non comunitari.*

di **SEBASTIANO GARUFI**

### **1. Introduzione**

La compatibilità delle normative nazionali in materia di imposizione di dividendi con le libertà fondamentali è sicuramente il tema più ricorrente nelle pronunce della Corte di giustizia aventi ad oggetto la fiscalità diretta. L'esame dei Giudici comunitari ha investito tanto normative domestiche in materia di dividendi in entrata quanto di dividendi in uscita al punto che sono stati da più parti espletati tentativi di ricostruzione sistematica delle pronunce volti a fornire un quadro di principi più semplice e chiaro per i legislatori degli Stati membri<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Si veda COM(2003)810 def. del 19 dicembre 2003; M. Lang, *ECJ case law on cross-border dividend taxation – recent developments*, EC Tax Review, 2008/2, 67-77. Si veda anche Warren, Alvin C. and Graetz, Michael J., *Dividend Taxation in Europe: When the ECJ Makes Tax Policy* (August 31, 2007). Harvard Public Law Working Paper No. 07-18; Yale Law School, Public Law Working Paper No. 143; Yale Law & Economics Research Paper No. 354 disponibile sul sito SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1011155>.

# FISCALITÀ INTERNAZIONALE

CORTE DI GIUSTIZIA E DIVIDENDI IN USCITA DALL'ITALIA

Come è noto, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia che si è sviluppata in materia di non discriminazione e libertà fondamentali, lo Stato della residenza dovrebbe concedere al reddito di fonte estera lo stesso trattamento che riserva al reddito prodotto internamente. Similmente, lo Stato della fonte dovrebbe riservare identico trattamento ai residenti e ai non residenti che percepiscano reddito entro il proprio territorio, qualora versino nelle stesse circostanze. In altri termini, le libertà fondamentali imporrebbero la neutralità all'esportazione dei capitali nello Stato di origine, vietando qualsivoglia restrizione in uscita. Tuttavia, esigerebbero al contempo la neutralità all'importazione dei capitali nello Stato della fonte, il quale è obbligato a estendere ai non residenti lo stesso trattamento riservato ai residenti.

La ricorrenza del tema dell'imposizione dei dividendi e la compatibilità di quest'ultima con le libertà fondamentali discenderebbe dalle peculiarità dei sistemi impositivi di questi redditi e, *in primis*, dalla tassazione plurima che rappresenterebbe quasi un naturale connotato della tipologia reddituale in questione. Oltre, infatti, alla doppia imposizione economica che scaturisce dal prelievo dell'imposta non soltanto sugli utili societari, ma anche sul pagamento dei dividendi al socio<sup>2</sup>, la distribuzione di dividendi transfrontaliera – rispetto a quella puramente interna – pone un problema di doppia imposizione giuridica. Lo Stato della fonte, infatti, esercita la propria sovranità impositiva su un reddito che presenta un collegamento reale con il proprio territorio<sup>3</sup>, spesso prescindendo dall'imposta che sarà prelevata sullo stesso reddito dallo Stato di residenza del percettore. È evidente che i dividendi transnazionali, salvo in presenza di specifiche regole atte ad attenuare il fenomeno<sup>4</sup>, sono potenzialmente esposti a una triplice imposizione, che deriverebbe dalla sovrapposizione della doppia imposizione economica (stesso reddito tassato due volte in capo a soggetti diversi) con quella

---

<sup>2</sup> Tale secondo livello di imposizione potrà assumere due forme: quella dell'imposta sul reddito del socio percettore e/o quella della ritenuta alla fonte prelevata dalla società distributrice (in qualità di sostituto d'imposta) al momento della distribuzione del dividendo all'azionista. Cfr. F. Menti, *Gli utili distribuiti dalla società controllata alla società controllante e la questione dell'applicazione della ritenuta alla fonte*, *Rivista di diritto tributario*, 11/2008, pt. 4, 306-321.

<sup>3</sup> Di regola l'esercizio della potestà impositiva discende dall'esistenza di un collegamento di tipo "personale" ovvero "reale" con l'ordinamento giuridico e una determinata fattispecie reddituale. Mentre il collegamento di tipo "personale" si manifesta nell'ipotesi di residenza del contribuente sul territorio di un determinato Stato, il collegamento di tipo reale ha luogo laddove il reddito sia prodotto (da un soggetto non residente) sul territorio dello Stato. Si veda più approfonditamente C. Garbarino, *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990.

<sup>4</sup> L'eliminazione o l'attenuazione della doppia imposizione economica di regola avviene in forza di meccanismi previsti dalla legislazione interna o dalle norme pattizie. A livello comunitario è stata prevista la Direttiva 90/434/CEE (cd. "Direttiva Madre-Figlia"), il cui principale intento è proprio l'eliminazione dei predetti fenomeni di doppia imposizione, che vengono considerati degli ostacoli all'insediamento di gruppi comunitari.

# FISCALITÀ INTERNAZIONALE

CORTE DI GIUSTIZIA E DIVIDENDI IN USCITA DALL'ITALIA

giuridica (stesso reddito tassato due volte in capo allo stesso soggetto). Il sistema scelto dallo Stato membro per contenere tale doppia imposizione rischia, così, facilmente di appalesarsi in contrasto con una libertà fondamentale.

La sentenza pronunciata dalla Corte il 19 novembre 2009, oggetto del presente commento, ha ad oggetto la compatibilità della normativa italiana in tema di imposizione dei dividendi in uscita (nella versione precedente alla novella legislativa che l'art. 1, commi 67 e 69 della Finanziaria 2008 hanno operato all'art. 27 D.P.R. 29 settembre 1973<sup>5</sup>) con la libera circolazione dei capitali e la libertà di stabilimento. Le conclusioni cui è pervenuta la Corte appartengono a quel filone di casi identificati con il nome di “*Denkavit claims*”<sup>6</sup> che sono volti ad accertare la compatibilità comunitaria delle ritenute applicate dagli Stati membri ai dividendi in uscita dalle società residenti a soci residenti in altri Stati membri o in Stati dello Spazio economico europeo, in presenza di norme domestiche volte ad eliminare il fenomeno del duplice prelievo fiscale in una fattispecie puramente interna.

---

<sup>5</sup> I commi citati hanno introdotto all'art. 27 del D.P.R. in questione il comma 3-ter ai sensi del quale è prevista l'applicazione della ritenuta dell'1,375% sugli utili e proventi “corrisposti alle società e agli enti soggetti ad un'imposta sul reddito delle società” negli Stati membri dell'Unione europea e negli Stati aderenti all'Accordo sullo Spazio economico europeo che sono inclusi nella *white list* di cui al decreto del Ministero dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'art. 168-bis, TUIR. È utile evidenziare che la suddetta ritenuta non trova applicazione per gli utili formati in esercizi precedenti al 31 dicembre 2007 i quali scontano il prelievo del 27%.

<sup>6</sup> La sentenza 14 dicembre 2006, caso C-170/05, *Denkavit Internationaal e Denkavit France*, Racc. 2006, I-11949 rappresenta la prima pronuncia di questo filone giurisprudenziale, i cui prodromi vanno rintracciati nella sentenza della Corte dell'EFTA, caso E-1/04, *Fokus Bank*, pronunciata il 23 novembre 2004. In esso fu stabilita la contrarietà al diritto comunitario della legislazione francese che prevedeva l'imposizione di una ritenuta sui soli dividendi in uscita. La Commissione diede il via ad una serie di procedure di infrazione nei confronti di altri Stati membri (Belgio, Italia, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna e, successivamente, Germania) la cui normativa sui dividendi in uscita appariva del tutto simile alla citata normativa francese. Si vedano la sentenza 11 giugno 2009, caso C-521/07, *Commissione / Paesi Bassi*, non ancora pubblicata in Racc. e i casi ancora pendenti C-487/08, *Commissione / Spagna* e C-284/09, *Commissione / Germania*. Per approfondimenti si rimanda a F. Bulgarelli, *Imposizione nazionale di utili intracomunitari e compatibilità dei regimi convenzionali e comunitari*, *Rassegna tributaria*, 2/2007, 629-662; L. A. Denys, *The ECJ Case Law on Cross-Border Dividends Revisited*, *European Taxation*, 5/2007, 221-238; G. D'Angelo, *La Corte di Giustizia conferma: le ritenute sui dividendi in uscita sono incompatibili con la libera circolazione dei capitali (a prescindere dal recupero nel paese di residenza del socio)*, *Rassegna tributaria*, 6/2007, 1898-1313; M. Tenore, *Tassazione dei dividendi in uscita, approccio pan-europeo e potestà impositiva dello Stato della fonte*, *Rivista di diritto tributario*, 5/2007, pt. 4, 119-131.

# FISCALITÀ INTERNAZIONALE

CORTE DI GIUSTIZIA E DIVIDENDI IN USCITA DALL'ITALIA

## 2. L'oggetto della controversia

La controversia prende le mosse da una procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 226 del Trattato CE nei confronti dell'Italia a seguito di un'indagine ex art. 109, n. 4, dell'Accordo sullo Spazio Economico Europeo (Accordo SEE), dietro ricorso presentato da un'impresa norvegese. Il procedimento, iniziato con lettera di diffida del 18 ottobre 2005, aveva ad oggetto il trattamento fiscale dei dividendi di fonte italiana pagati a beneficiari residenti in Norvegia e successivamente anche quello degli stessi dividendi pagati a beneficiari residenti negli Stati membri della CE.

Le osservazioni presentate dall'Italia con lettera del 9 febbraio 2006 non convinsero la Commissione, la quale il successivo 4 luglio 2006 emise un parere motivato, con cui invitò lo Stato membro a porre fine all'inadempimento entro il termine di due mesi. L'Italia rispose con una lettera del 30 gennaio 2007 e una successiva del 9 ottobre 2007, comunicando che la modifica della normativa controversa sarebbe entrata in vigore dal 1° gennaio 2008.

Il successivo 30 novembre 2007 la Commissione propose ricorso alla Corte di giustizia, richiedendo di accertare la contrarietà della normativa fiscale italiana all'articolo 56 del Trattato CE e agli articoli 31 e 40 dell'Accordo SEE, in ragione del regime fiscale più oneroso dei dividendi pagati a società stabilite negli altri Stati membri e negli Stati aderenti all'Accordo SEE rispetto a quelli interni.

Come è noto, la normativa italiana vigente all'epoca dei fatti prevedeva un trattamento fiscale dei dividendi differenziato a seconda della residenza del socio<sup>7</sup>. Mentre, infatti, in base all'art. 89 del TUIR i pagamenti di dividendi domestici concorrono alla formazione del reddito di impresa per il 5% del loro ammontare (subendo quindi un'imposizione complessiva pari a 1,375%), in base alle disposizioni di cui all'art. 27 D.P.R. 600/1973 prima della novella sopra citata, i dividendi pagati a soggetti non residenti erano soggetti ad una ritenuta a titolo di imposta ad aliquota del 27%. I soggetti non residenti avevano diritto al rimborso, fino a concorrenza dei quattro noni della ritenuta subita, dell'imposta che dimostravano di aver pagato nel proprio Stato estero in via definitiva sugli stessi utili, dietro presentazione di una certificazione del competente ufficio fiscale dello Stato estero. L'art. 27-*bis* dello stesso decreto prevede il rimborso o, ricorrendo determinate condizioni, la disapplicazione della ritenuta prevista dall'articolo 27 nel caso di società residenti in uno degli Stati membri che posseggano i

---

<sup>7</sup> Nella causa in commento la normativa controversa attiene unicamente alle distribuzioni di dividendi a società, non già a persone fisiche. Sebbene l'imposizione di queste ultime non è posta all'attenzione della Corte e, conseguentemente, non sarà oggetto di discussione nel presente commento, è opportuno tenere a mente che la pronuncia della Corte deve essere estesa anche alle distribuzioni di dividendi a persone fisiche.

# FISCALITÀ INTERNAZIONALE

CORTE DI GIUSTIZIA E DIVIDENDI IN USCITA DALL'ITALIA

requisiti relativi al livello di partecipazione nel capitale della società distributrice e di durata della partecipazioni stessa previsti dalla direttiva 90/435.

Il trattamento fiscale dei pagamenti di dividendi in uscita era, dunque, a parere della Commissione, meno favorevole di quelli interni e, di conseguenza, idoneo a rendere meno attraenti gli investimenti in società stabilite in Italia da parte di società stabilite in altri Stati membri o in Stati aderenti all'Accordo SEE. Un trattamento fiscale differenziato di tal genere costituisce, pertanto, una restrizione alla libera circolazione dei capitali.

### 3. Il giudizio della Corte

#### 3.1. *L'esame dell'eccezione di rito*

La prima questione esaminata dalla Corte attiene alla ricevibilità del ricorso, giusta un'eccezione di rito sollevata dall'Italia.

Lo Stato membro, richiamando l'articolo 38, n. 1, lett. c) del regolamento di procedura, evidenzia che il ricorso introduttivo della causa deve contenere, *inter alia*, l'oggetto della lite e una sommaria esposizione dei motivi invocati. A parere dell'Italia, la censura mossale dalla Commissione non sarebbe sufficientemente determinata, atteso che l'Istituzione comunitaria avrebbe citato le regole unilaterali sulla ritenuta alla fonte sui dividendi in uscita e alcune convenzioni contro la doppia imposizione concluse con altri Stati membri e con uno Stato SEE. Da ciò avrebbe desunto che il regime globale dell'imposizione dei dividendi in uscita non sarebbe compatibile con il diritto comunitario, senza aver compiuto un'analisi dettagliata di tutte le disposizioni pertinenti.

Nell'ambito di una procedura di infrazione, il parere motivato della Commissione, e quindi anche il ricorso che non può fondarsi su motivi diversi dal primo, devono contenere un'esposizione coerente e dettagliata dei motivi che hanno indotto quest'ultima al convincimento che lo Stato membro interessato sia venuto meno ad uno degli obblighi stabiliti dal Trattato. I requisiti di precisione e coerenza che devono necessariamente sussistere in capo alle censure di cui è investita la Corte assolvono l'imprescindibile funzione di consentire allo Stato membro di difendersi debitamente e, contemporaneamente, alla Corte di verificare l'esistenza dell'inadempimento addotto.

A parere dei Giudici, che di fatto accolgono le conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott sul punto, l'eccezione è infondata.

Sia dalla motivazione sia dalle conclusioni del ricorso emerge in modo sufficientemente chiaro e preciso che la censura mossa dalla Commissione sia la compatibilità con i principi della libera circolazione dei capitali e della libertà di stabilimento della differenza tra il regime fiscale dei dividendi distribuiti a residenti italiani e quello dei dividendi distribuiti a società stabilite in altri Stati membri o in Stati dell'Accordo SEE.

#### 3.2. *L'esame del merito: la restrizione alla libera circolazione dei capitali*

# FISCALITÀ INTERNAZIONALE

CORTE DI GIUSTIZIA E DIVIDENDI IN USCITA DALL'ITALIA

L'esame del merito della controversia attiene due temi. Il primo riguarda l'asserita violazione della libera circolazione dei capitali tra Stati membri; il secondo concerne il mancato rispetto della stessa libertà, ma nei confronti degli Stati terzi. Risulta, pertanto, utile evidenziare in maniera distinta l'analisi delle due questioni.

Nell'esame della violazione della libertà fondamentale nei rapporti tra Stati membri, di solito il giudizio della Corte si articola attraverso quattro fasi. La Corte accerta la libertà fondamentale applicabile al caso concreto; verifica la comparabilità del trattamento fiscale accordato dallo Stato in una determinata situazione intracomunitaria; esamina le eventuali cause di giustificazione e vaglia, infine, la proporzionalità della misura discriminatoria o restrittiva.

Con riferimento alla prima fase, è utile ricordare che sin dal noto caso *Baars*<sup>8</sup>, la Corte ha chiarito che si avvale della libertà di stabilimento il cittadino di uno Stato membro che detenga nel capitale di una società stabilita in un altro Stato membro una partecipazione tale da conferirgli una sicura influenza sulle decisioni della società e da consentirgli di indirizzarne le attività. Laddove, pertanto, tale influenza sia assente, l'investimento di capitale in altro Stato membro rientrerebbe nelle previsioni di cui alla libera circolazione dei capitali.

Il punto chiave del giudizio della Corte è rappresentato dalla seconda delle fasi sopra evidenziate e, più specificamente, dalla corretta individuazione del termine di paragone in base al quale operare il raffronto tra la situazione interna e quella intracomunitaria. Tale verifica riveste importanza vitale e può influenzare l'esito dell'intero giudizio, atteso che laddove le due situazioni in esame non siano considerate paragonabili, la diversità di trattamento fiscale ha tutta la ragione di esistere e, dunque, non vi è violazione del diritto comunitario. Qualora, invece, sia ravvisata una discriminazione di una fattispecie intracomunitaria ritenuta paragonabile a quella interna, lo Stato membro è tenuto a rimuovere la discriminazione stessa.

Il giudizio di comparabilità della Corte si sviluppa normalmente tramite un raffronto tra un contribuente residente e uno non residente, i quali producono entrambi redditi all'interno di uno stesso Stato, oppure guardando a due soggetti residenti che producono reddito uno nel proprio Stato di residenza e l'altro all'estero<sup>9</sup>.

Per mezzo di tale giudizio, la Corte ha elaborato una serie di principi di fiscalità, per così dire, comunitaria, che contrastano i tradizionali assunti del diritto tributario internazionale. Infatti, mentre secondo quest'ultimo, un soggetto residente e uno non

<sup>8</sup> Sentenza 13 aprile 2000, causa C-251/98, *Baars*, Racc. 2000, I-2787, paragrafo 22.

<sup>9</sup> In altre situazioni in cui il diverso trattamento deriva dall'applicazione del diritto nazionale, la Corte ha comparato diverse situazioni transnazionali. È il caso, ad esempio, della sentenza 23 febbraio 2006, causa C-253/03, *CLT-UFA*, Racc. 2006, I-1831, in cui la situazione di una società controllata da una società madre residente in uno Stato diverso è stata ritenuta comparabile a quella di una stabile organizzazione in uno Stato diverso da quello della casa madre.

# FISCALITÀ INTERNAZIONALE

CORTE DI GIUSTIZIA E DIVIDENDI IN USCITA DALL'ITALIA

residente non versano in situazioni comparabili e una fattispecie domestica produttiva di reddito è dissimile da una transfrontaliera, secondo la Corte un soggetto residente ed uno non residente ben possono di fatto versare in una stessa situazione e devono, dunque, soggiacere ad identico trattamento<sup>10</sup>.

Invero, la stessa giurisprudenza comunitaria ha chiarito che quanto testé affermato non deve essere inteso in senso assoluto. È ovvio che non tutte le situazioni transnazionali sono automaticamente paragonabili le une alle altre. Né, similmente, una situazione domestica può essere sempre paragonata a una transnazionale. Piuttosto, la comparabilità dipende dalla situazione giuridica del caso concreto, cosicché, in dipendenza di quest'ultima, una situazione transnazionale può essere paragonata ora ad una situazione interna, ora ad un'altra situazione transfrontaliera<sup>11</sup>.

È opportuno ricordare che la Corte ha chiarito che al giudizio di comparabilità possono applicarsi standard differenti in situazioni intracomunitarie e situazioni con Stati terzi<sup>12</sup>. Gli Stati terzi, infatti, hanno un grado di integrazione differente, ma talvolta è possibile che di fatto si trovino nelle stesse circostanze<sup>13</sup>.

Nella causa oggetto del presente commento, la Corte richiama dapprima la propria giurisprudenza costante secondo cui la sovranità fiscale degli Stati membri è e resta una competenza esclusiva degli stessi, seppur debba sempre essere esercitata nel rispetto del

---

<sup>10</sup> Si veda sentenza 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Schumacker*, Racc. 1995, I-255, paragrafo 30; sentenza 11 agosto 1995, causa C-80/94, *Wielockx*, Racc. 1995, I-2493, paragrafo 17; sentenza 27 giugno 1996, causa C-107/94, *Asscher*, Racc. 1996, I-3089, paragrafo 40.

<sup>11</sup> M. Lang, *Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions, and Contradictions*, EC Tax Review, 2009/3, p. 104 evidenzia come tale approccio non sia stato costantemente seguito dalla Corte, atteso che esistono alcune pronunce in cui le due situazioni poste a confronto non sono state ritenute paragonabili. Nella sentenza 12 settembre 2006, caso C-196/04, *Cadbury Schweppes*, Racc. 2006, I-7995, ad esempio, una società residente in Regno Unito con una società controllata localizzata in uno Stato a regime fiscale più favorevole non è stata ritenuta paragonabile a una controllata residente nello stesso Stato della controllante né ad una controllata residente in uno Stato membro dell'Unione europea a regime fiscale ordinario. Nella sentenza 14 dicembre 2006, causa C-170/05, *Denkavit Internationaal*, Racc. 2006, I-11949, la società madre percettrice di dividendi pagati da società figlie residenti è stata considerata in una situazione paragonabile, con riferimento al regime fiscale in Francia dei dividendi, se riceve dividendi come società madre residente o non residente che ha una stabile organizzazione in Francia oppure come società madre non residente priva di detta stabile organizzazione.

<sup>12</sup> Sentenza 12 dicembre 2006, causa C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Racc. 2006, I-11753, paragrafo 170 e sentenza 18 dicembre 2007, C-101/06, *A*, Racc. 2007, I-11531, paragrafo 37.

<sup>13</sup> Si veda sull'argomento il successivo paragrafo 3.4 del presente commento.

# FISCALITÀ INTERNAZIONALE

CORTE DI GIUSTIZIA E DIVIDENDI IN USCITA DALL'ITALIA

diritto comunitario<sup>14</sup>. In seguito, prende semplicemente atto del diverso trattamento fiscale lamentato e passa all'esame delle cause di giustificazione. La Corte, in altri termini, non effettua una puntuale verifica della comparabilità della situazione di un socio residente che percepisce dividendi di fonte italiana e quella di un socio non residente che percepisce gli stessi redditi, ma piuttosto si limita a prendere atto delle affermazioni della Commissione e a dare per scontata la comparabilità delle due fattispecie. Quello che osserva la Corte è la maggiore onerosità del trattamento fiscale dei dividendi comunitari in uscita rispetto a quelli interni, indipendentemente dall'esistenza di un credito di imposta, concesso dallo Stato di residenza del socio percettore ai sensi di una Convenzione contro le doppie imposizioni. Se, infatti, in detto Stato della residenza non fosse prelevata alcuna imposta sullo stesso reddito, non vi sarebbe alcun prelievo fiscale dal quale detrarre l'imposta pagata nello Stato della fonte<sup>15</sup>. Risulta, pertanto, evidente che con riferimento alla doppia imposizione economica, la situazione delle società madri residenti sia paragonabile a quella delle società non residenti e, dunque, un trattamento fiscale differenziato di due fattispecie simili è in contrasto con la libera circolazione dei capitali.

Tali conclusioni erano più che prevedibili. Già nel noto caso *Verkooijen*<sup>16</sup>, che pur riguardava la compatibilità con il diritto comunitario dell'imposizione dei dividendi in entrata, era possibile individuare un'anticipazione dell'opinione dei Giudici sulla

---

<sup>14</sup> La Corte ribadisce che sebbene la materia delle imposte dirette rientra nella competenza esclusiva degli Stati membri, questi ultimi sono tenuti ad esercitare tale competenza nel rispetto del diritto comunitario. Conseguentemente, in mancanza di disposizioni di unificazione o di armonizzazione comunitaria, gli Stati membri rimangono competenti a definire, in via convenzionale o unilaterale, i criteri di ripartizione del loro potere impositivo e di eliminare le doppie imposizioni (sentenza 12 maggio 1998, causa C-336/96, *Gilly*, Racc. 1998, I-2793, paragrafi 24 e 30 e sentenza 7 settembre 2006, causa C-470/04, *N*, Racc. 2006, I-7409, paragrafo 44).

<sup>15</sup> È utile evidenziare che nella sentenza *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, Racc. 2006, I-11753, paragrafo 71 e nella sentenza 8 novembre 2007, causa C-379/05, *Amurta*, in Racc. 2007, I-9569, paragrafo 79, la Corte ha riconosciuto che il rispetto degli obblighi derivanti dal Trattato può in linea teorica essere garantito attraverso l'applicazione di una Convenzione internazionale contro le doppie imposizioni stipulata con altri Stati membri. Tuttavia nel caso in esame il rispetto degli obblighi sanciti dal diritto comunitario non deriverebbero dall'applicazione di un trattato bilaterale (considerato altresì che l'Italia ha concluso detti strumenti con tutti gli Stati membri comunitari), bensì dalla normativa interna dello Stato membro in questione.

<sup>16</sup> Sentenza 6 giugno 2000, causa C-35/98, *Verkooijen*, Racc. 2000, I-4071. La causa ha a oggetto la legislazione olandese sul trattamento dei dividendi di fonte estera percepiti da una persona fisica residente nei Paesi Bassi. La normativa controversa concedeva il beneficio dell'esenzione esclusivamente ai dividendi distribuiti da società non residenti, mentre assoggettava a tassazione quelli pagati da società stabilite in altri Stati membri.

# FISCALITÀ INTERNAZIONALE

CORTE DI GIUSTIZIA E DIVIDENDI IN USCITA DALL'ITALIA

compatibilità con il diritto comunitario dei regimi impositivi dei dividendi in uscita. Al paragrafo 35 della sentenza, infatti, la Corte aveva evidenziato l'effetto restrittivo che la normativa nazionale controversa produceva nei riguardi delle società stabilite in altri Stati membri, in quanto costituiva, nei loro confronti, un ostacolo alla raccolta di capitali nello Stato membro interessato. Il regime fiscale più sfavorevole per i dividendi di fonte estera rendeva meno attraenti per gli investitori residenti l'acquisto di azioni di società stabilite in altri Stati. Secondo questo orientamento, dunque, una normativa nazionale, che riserva un trattamento più oneroso ai dividendi percepiti da un contribuente residente da una società stabilita in un altro Stato membro, disincentiva il collocamento di fattori produttivi in altro Stato comunitario e, pertanto, si appalesa in contrasto con il Trattato.

A identiche conclusioni pervenne, inoltre, la Corte nel caso *Amurta*<sup>17</sup> avente ad oggetto la compatibilità con l'art. 56 del Trattato della normativa olandese sull'imposizione dei dividendi in uscita. La legislazione controversa, infatti, accordando un'esenzione alle distribuzioni di dividendi domestiche e prelevando una ritenuta su quelle transfrontaliere, riservava un trattamento svantaggioso alle società beneficiarie non residenti rispetto a quelle residenti nei Paesi Bassi che detenevano lo stesso tipo di partecipazione, dissuadendo così alle società stabilite in altri Stati membri dall'effettuare investimenti nei Paesi Bassi. La Corte, pertanto, ne dichiarò la contrarietà alle disposizioni del Trattato.

Similmente, l'incompatibilità con la libera circolazione dei capitali di una normativa nazionale che assoggetta a ritenuta alla fonte i dividendi distribuiti a società non residenti esentando, invece, quelli interni fu pronunciata nel caso *Aberdeen*<sup>18</sup>, avente ad oggetto la compatibilità con il diritto comunitario della normativa fiscale finlandese sui dividendi in uscita.

### **3.3. Le cause di giustificazione**

Si è sopra evidenziato che, dopo aver verificato la comparabilità della situazione domestica e quella transnazionale e accertato l'effetto restrittivo della normativa nazionale controversa, la Corte esamina l'eventuale sussistenza di cause di giustificazione.

Nel presente caso, detta analisi non riceve particolare attenzione da parte dei Giudici del Lussemburgo, i quali si pronunciano sulle eccezioni dell'Italia rinviando, di fatto, brevemente alla propria giurisprudenza precedente.

Lo Stato membro, infatti, tenta di salvare la propria normativa nazionale dal giudizio di incompatibilità allegando la necessità di salvaguardare la coerenza del sistema fiscale e

---

<sup>17</sup> Sentenza 8 novembre 2007, causa C-379/05, *Amurta*, in Racc. 2007, I-9569.

<sup>18</sup> Sentenza 18 giugno 2009, causa C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha*, non ancora pubblicato in Racc.

# FISCALITÀ INTERNAZIONALE

CORTE DI GIUSTIZIA E DIVIDENDI IN USCITA DALL'ITALIA

quella di mantenere una distribuzione equilibrata del potere impositivo. La Corte rigetta l'eccezione semplicemente rilevando che l'Italia riprende in sostanza le stesse argomentazioni già esposte per sostenere l'inesistenza di una differenza di trattamento, che è stata già respinta<sup>19</sup>.

L'Italia, inoltre, propone quale giustificazione della restrizione la lotta agli abusi e alla frode fiscale, atteso che la maggiore onerosità del sistema impositivo del socio percettore non residente discenderebbe dalla necessità di reprimere il tentativo delle persone fisiche, ultime beneficiarie dei dividendi interni, di nascondersi dietro a società non residenti per sottrarsi all'onere impositivo più elevato cui sarebbero assoggettati i dividendi da essi direttamente percepiti.

Senza adottare alcun orientamento innovativo rispetto alla precedente giurisprudenza, i Giudici rigettano l'eccezione di giustificazione, ricordando che la normativa in esame non ha ad oggetto costruzioni puramente artificiose aventi lo scopo di aggirare la legge fiscale, ma contiene, invero, una presunzione generale di evasione o di frode inidonea e insufficiente a giustificare una restrizione ad una libertà fondamentale. Secondo giurisprudenza costante, infatti, l'ammissibilità di una misura restrittiva può essere ammessa soltanto a condizione che essa sia idonea a garantire il conseguimento dello scopo in tal modo perseguito e non ecceda quanto necessario per raggiungerlo<sup>20</sup>. Oltretutto, in forza della direttiva del Consiglio 77/799/CEE gli Stati membri possono ottenere, da parte delle autorità competenti di un altro Stato membro, ogni informazione necessaria a determinare correttamente l'ammontare delle imposte che rientrano nell'ambito di applicazione della stessa.

La Corte conclude, così, che l'Italia, avendo mantenuto in vigore un regime fiscale più oneroso per i dividendi distribuiti a società stabilite in altri Stati membri rispetto a quello applicato ai dividendi percepiti dalle società residenti, è venuta meno agli obblighi di cui alla libera circolazione dei capitali.

### **3.4. La violazione dell'Accordo SEE**

La normativa italiana controversa è, da ultimo, vagliata alla luce delle disposizioni dell'Accordo SEE, che mira a estendere – come noto – il mercato interno realizzato nel territorio della Comunità agli Stati dell'EFTA. La Corte rimane l'organo competente a controllarne l'uniforme interpretazione e applicazione negli Stati membri.

---

<sup>19</sup> Giova evidenziare che la coerenza del sistema fiscale rappresenta una valida causa di giustificazione atta a legittimare una restrizione ad una libertà fondamentale unicamente laddove esista un nesso diretto tra un vantaggio fiscale ed uno svantaggio che riguarda uno stesso contribuente e una stessa imposta prelevata da uno stesso Stato membro.

<sup>20</sup> Si vedano in questo senso le sentenze 10 aprile 2008, causa C-308/06, *Marks & Spencer*, Racc. 2008, I-2283, paragrafo 35; 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas*, Racc. 2006, I-7995, paragrafo 47 e 13 marzo 2007, causa C-524/04, *Test Claimants in the Thin Group Litigation*, Racc. 2007, I-2107, paragrafo 64.

# FISCALITÀ INTERNAZIONALE

CORTE DI GIUSTIZIA E DIVIDENDI IN USCITA DALL'ITALIA

L'art. 40 dell'Accordo SEE stabilisce che non sussistono restrizioni ai movimenti di capitali appartenenti a persone residenti negli Stati membri della Comunità o negli Stati EFTA, né discriminazioni di trattamento fondate sulla nazionalità o sulla residenza delle parti o sul luogo del collocamento dei capitali.

Sebbene il concetto di restrizione di cui all'art. 40 dell'Accordo SEE sia identico a quello contenuto all'art. 56 del Trattato<sup>21</sup>, di fatto sembra che implicitamente i flussi di capitali da o verso gli Stati dell'EFTA godano di una protezione minore rispetto a quelli puramente intracomunitari, in ragione del differente contesto giuridico all'interno del quale essi avvengono.

Infatti, in ragione del grado di integrazione giuridica esistente tra gli Stati membri dell'Unione europea e, in particolare, dell'esistenza di atti legislativi comunitari in favore della cooperazione tra autorità fiscali nazionali, quali la direttiva del Consiglio 19 dicembre 1977, 77/799/CEE, relativa alla reciproca assistenza fra le autorità competenti degli Stati membri nel settore delle imposte dirette, l'assoggettamento ad imposta da parte di uno Stato membro di attività economiche con aspetti transfrontalieri che si collocano in seno alla Comunità non è sempre paragonabile a quello di attività economiche attinenti a relazioni tra gli Stati membri e quelli non comunitari<sup>22</sup>. Conseguentemente, è possibile che uno Stato membro possa dimostrare che una limitazione dei movimenti di capitali a destinazione di questi paesi o in provenienza da essi sia giustificata da un determinato motivo in circostanze in cui tale motivo non potrebbe costituire una giustificazione valida per una restrizione ai movimenti di capitali tra Stati membri<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> L'art. 56 contiene un divieto alle restrizioni ai movimenti di capitali anche tra Stati membri e Stati terzi. Con specifico riferimento a questi ultimi, la Corte ha affermato che anche se la liberalizzazione dei movimenti di capitali con i paesi terzi può certamente perseguire obiettivi diversi da quello di realizzare il mercato interno, come in particolare quelli di garantire la credibilità della moneta unica comunitaria sui mercati finanziari mondiali e di conservare, negli Stati membri, centri finanziari di dimensione mondiale, è giocoforza constatare che, quando il principio della libera circolazione dei capitali è stato esteso, dall'art. 56, n. 1, CE, ai movimenti di capitali tra i paesi terzi e gli Stati membri, questi ultimi hanno scelto di sancire tale principio nello stesso articolo e negli stessi termini per i movimenti di capitali che hanno luogo all'interno della Comunità e per quelli che riguardano rapporti con paesi terzi. Si veda sentenza 18 dicembre 2007, causa C-101/05, A, Racc. 2007, I-11531, paragrafo 31.

<sup>22</sup> Sentenza 20 maggio 2008, causa C-194/06, *Orange European Smallcap Fund*, Racc. 2008, I-3747, paragrafo 89; sentenza 18 dicembre 2007, causa C-101/05, A, Racc. 2007, I-11531, paragrafo 60; sentenza 12 dicembre 2006, causa C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Racc. 2006, I-11753, paragrafo 170.

<sup>23</sup> Sentenza 12 dicembre 2006, causa C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Racc. 2006, I-11753, paragrafo 171.

# FISCALITÀ INTERNAZIONALE

CORTE DI GIUSTIZIA E DIVIDENDI IN USCITA DALL'ITALIA

Conformemente a questo orientamento che si è consolidato nella giurisprudenza della Corte relativa alle restrizioni dei movimenti di capitali nei confronti degli Stati terzi di cui all'art. 56 del Trattato<sup>24</sup>, nel caso oggetto del presente commento, i Giudici del Lussemburgo accolgono la giustificazione addotta dall'Italia relativa alla lotta contro la frode fiscale, che era invece stata rigettata con riferimento ai movimenti di capitale intracomunitari. La ragione è, ancora una volta, la diversità del contesto giuridico in cui tali movimenti si collocano.

Atteso che tra gli Stati membri CE e gli Stati dell'EFTA non esiste alcuno strumento simile alla direttiva 77/799/CEE sopra citata, né alcun impegno di mutua assistenza, la normativa italiana può ritenersi giustificata, in quanto, mirando a prevenire la lotta contro la frode fiscale, è idonea a garantire la realizzazione di detto obiettivo senza eccedere quanto necessario per conseguirlo.

## 4. Conclusioni

Nella sentenza del caso 540/07 la Corte di giustizia, di fatto, ribadisce il proprio costante orientamento secondo cui l'effetto restrittivo che una disposizione interna dello Stato della fonte produce in capo ad una libertà fondamentale, se non giustificato da un motivo imperativo di interesse generale e proporzionato all'obiettivo che intende raggiungere, è incompatibile con il diritto comunitario.

La rimozione della misura di norma avviene, alternativamente, estendendo il trattamento più favorevole al soggetto che prima era trattato sfavorevolmente, ovvero estendendo il trattamento svantaggioso a chi, invece, versava prima in una situazione più svantaggiosa<sup>25</sup>. In entrambi i casi, infatti, la rimozione della misura incompatibile

---

<sup>24</sup> Per un approfondimento del tema della libera circolazione dei capitali nei confronti degli Stati terzi si rimanda a C. HJI Panayi, *The Fundamental Freedoms and Third Countries: Recent Perspectives*, European Taxation, 11/2008, 573; A. Cordewener, G. W. Kofler, C. P. Schindler, *Free movement of capital and third countries: exploring the outer boundaries with Lasertec, A and B and Holböck*, European Taxation, 8-9/2007, 371-376, C. Peters, J. Gooijer, *The free movement of capital and third countries: some observations*, European Taxation, 11/2005, 475-481, R. Fontana, *Direct investment and third countries: things are finally moving... in the wrong direction*, European Taxation, 10/2007, 431-436; D. S. Smit, *The relationship between the free movement of capital and the other EC Treaty freedoms in third country relationships in the field of direct taxation: a question of exclusivity, parallelism or causality?*, EC Tax Review, 6/2007, 252-267.

<sup>25</sup> Un chiaro esempio di questa modalità di rimozione della misura incompatibile è fornita dalla *thin capitalisation rule* tedesca che nella nota sentenza 12 dicembre 2002, causa C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, in Racc. 2002, I-11779, è stata ritenuta incompatibile con il Trattato. La Germania, per dare esecuzione alla sentenza della Corte di giustizia estese anche ai soggetti residenti la normativa antielusiva in questione, sebbene di fatto la stessa troverebbe ragione di applicarsi unicamente con riferimento alle fattispecie transnazionali.

# FISCALITÀ INTERNAZIONALE

CORTE DI GIUSTIZIA E DIVIDENDI IN USCITA DALL'ITALIA

ripristinerebbe la parità di trattamento delle situazioni che si ravvisano obiettivamente uguali.

Con riferimento ai movimenti di capitale da o verso Stati dell'EFTA, sebbene il concetto di restrizione si applica in maniera identica a quello dei flussi intracomunitari, la Corte adotta un atteggiamento molto meno rigoroso sulle cause di giustificazione, in ragione del differente contesto giuridico all'interno dei quali detti movimenti hanno luogo.

Il Legislatore italiano, prima ancora della pronuncia della Corte, come accennato, ha modificato la normativa fiscale interna in materia di distribuzione di dividendi a soggetti non residenti, estendendo, pertanto, il trattamento più favorevole ai contribuenti che versavano in una situazione più sfavorevole. Tuttavia, il problema dell'incompatibilità con il diritto comunitario della normativa controversa resta ancora aperto con riferimento alle distribuzioni di utili prodotti successivamente all'esercizio in corso al 31 dicembre 2007, data a partire dalla quale si applica la nuova aliquota. In ogni caso resterebbe il diritto di rimborso della ritenuta subita in eccesso sui dividendi percepiti in periodi di imposta anteriori al 2008 ovvero percepiti successivamente, ma relativi a utili prodotti precedentemente. Secondo quanto stabilito dall'art. 38, DPR 602/1973, l'istanza deve essere presentata entro il termine di decadenza di quarantotto mesi dalla data in cui la ritenuta è stata operata.

# SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

## SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

### INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

#### ASSONIME

**Direttiva in materia di diritti degli azionisti** - La Circolare n. 11 del 2010 esamina l'ambito di applicazione del decreto legislativo di trasposizione della direttiva sui diritti degli azionisti (d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 27) approvato lo scorso 22 gennaio dal Consiglio dei Ministri ed entrato in vigore il 20 marzo 2010. La circolare analizza poi le modifiche statutarie – obbligatorie e facoltative - richieste dall'applicazione delle nuove norme. Inoltre, la circolare riepiloga i nuovi termini previsti dal decreto in materia di convocazione delle assemblee, pubblicazione dell'informativa preassembleare, presentazione delle liste e approvazione e pubblicità delle relazioni finanziarie annuali.

#### CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

**Cooperative e gruppi** - La Commissione *Studi d'impresa* del Consiglio nazionale del notariato ha approvato i seguenti studi:

- Studio n. 90-2009/I: *Le riduzioni di capitale nelle società cooperative*;
- Studio n. 248-2009/I: *Autonomia privata e gruppi di imprese (Contratto di "coordinamento gerarchico", "contratti di servizio" infragruppo e clausole statutarie come strumenti di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento)*.

Entrambi sono disponibili sul sito [www.notariato.it](http://www.notariato.it).

#### CONSOB

**Operazioni con parti correlate** - La Consob ha approvato, con delibera n. 17221 del 12 marzo 2010, un Regolamento recante disposizioni in materia di operazioni con parti correlate. Con la stessa delibera, la Consob ha abrogato gli artt. 71-*bis*, 91-*bis* e il comma primo dell'art. 81 del Regolamento Emittenti (RE) e ha modificato contestualmente l'art. 37 del Regolamento Mercati (RM).

Il Regolamento accorpa, oltre alle disposizioni attuative della delega in materia di operazioni con parti correlate, di cui all'art. 2391- *bis* c.c., anche le norme recanti obblighi di informazione immediata e periodica, in attuazione degli artt. 114 e 154-*ter* Tuf.

# SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

Il regolamento è disponibile sul *sito* [www.consob.it](http://www.consob.it).

## ISVAP

**Contratti di assicurazione conclusi via internet o al telefono** - L'ISVAP ha emanato il Regolamento n. 34 che disciplina l'attività di promozione e collocamento di contratti di assicurazione via Internet e al telefono.

Il Regolamento, che è consultabile sul sito [www.isvap.it](http://www.isvap.it), entrerà in vigore il prossimo 15 luglio per consentire i necessari adeguamenti operativi.

## GIURISPRUDENZA

**Concordato preventivo e contenuto della relazione di fattibilità del piano** – Con pronuncia del 13 gennaio 2010, il Tribunale di Pordenone ha stabilito che la relazione dell'esperto in merito alla fattibilità del piano concordatario – a pena di inammissibilità della domanda di concordato – non può limitarsi a reiterare acriticamente il contenuto del ricorso formulato dal debitore, né essere sottoposto a condizione o riserva, ma deve esprimere un motivato parere su attendibilità e sostenibilità del programma, evidenziandone i punti critici, al fine di evidenziare se esso sia realistico e possa ragionevolmente condurre ai risultati prospettati.

(Trib. Pordenone, 13 gennaio 2010, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it))

**Esdebitazione. Disciplina transitoria** – Con ordinanza n. 61 del 2010, la Corte Costituzionale ha dichiarato manifestamente infondata la questione di costituzionalità, per violazione dell'art. 3 Cost., degli artt. 19 e 22 del D. Lgs. n. 169/2007, nella parte in cui prevedono che la disciplina dell'esdebitazione si applichi anche ai fallimenti iniziati prima dell'entrata in vigore della riforma della Legge Fallimentare (16 luglio 2006) ed ancora aperti a tale data, ma non a quelli già definiti anteriormente. La Corte ha ritenuto che l'apposizione di limiti temporali all'accesso al beneficio dell'esdebitazione non sia fonte di ingiustificata disparità di trattamento fra i debitori, in quanto non manifestamente arbitrario: esso, secondo i giudici costituzionali, risulta invece coerente con l'esigenza di compiere, al fine di concedere l'esdebitazione, una serie di riscontri istruttori difficilmente effettuabili nell'ipotesi di fallimenti chiusi in periodi troppo risalenti nel tempo.

(Corte Cost., 22 febbraio 2010, ord., in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)).

# SEGNALAZIONI

## SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

### INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

**Intrastat. Approvati i nuovi modelli, soggetti interessati, modalità e termini di presentazione** - In attuazione a quanto previsto dai nuovi commi 6-bis e 6-ter, dell'art. 50, del DPR n. 331/93:

Il Ministro dell'economia e delle finanze ha stabilito le modalità e i termini per la presentazione dei modelli Intrastat e disposto, nel contempo, l'abrogazione di tutti i pregressi provvedimenti al riguardo emanati.

Il Decreto, tra l'altro, prevede:

- che i contribuenti presentino in via telematica all'Agenzia delle Dogane gli elenchi riepilogativi:
  - delle cessioni e degli acquisti intracomunitari di beni,
  - nonché delle prestazioni di servizi diverse da quelle di cui agli articoli 7-quater e 7-quinques del DPR n. 633/72, rese nei confronti di soggetti passivi stabiliti in un altro Stato membro e quelle da quest'ultimi ricevute;
- che, in particolare, i soggetti di cui all'art.7-ter, comma 2, lett. b) e c)<sup>1</sup>, dello stesso decreto, presentino gli elenchi riepilogativi in relazione agli acquisti intracomunitari di beni e alle prestazioni di servizi, che si considerano effettuate in Italia ai sensi del comma 1 dell'art. 7-ter del DPR n. 633/72, ricevute da soggetti passivi stabiliti in un altro Stato membro;
- che gli elenchi riepilogativi relativi alle prestazioni di servizio non devono comprendere le operazioni in relazione alle quali non è dovuta l'imposta nello Stato membro in cui è stabilito il destinatario delle stesse, ad es. perché esenti o non imponibili;
- l'estensione dell'obbligo della presentazione dei modelli Intrastat alle prestazioni di servizi comunitari, eccezion fatta, come già prima visto, per le operazioni in relazione alle quali non è dovuta l'imposta nello Stato membro in cui è stabilito il destinatario delle stesse;
- la soppressione della cadenza annuale di presentazione;
- nuove soglie per la cadenza trimestrale di presentazione;
- nuove regole per eventuali cambi di periodicità (da trimestrale a semestrale o viceversa);

<sup>1</sup> "b) Enti, associazioni e altre organizzazioni di cui all'art.4, c.4, del dpr n. 633/72, anche quando agiscono al di fuori delle attività commerciali o agricole; c) enti, associazioni e le altre organizzazioni, non soggetti passivi, identificati ai fini dell'Iva".

# SEGNALAZIONI

## DIRITTO TRIBUTARIO

- (cosa innovativa) che le prestazioni siano imputate con riferimento alla loro effettuazione, cioè al momento della loro ultimazione, e non a quello eventualmente successivo dell'emissione della fattura o del pagamento del corrispettivo. (Ministro dell'economia e delle finanze, decreto del 22 febbraio 2010)

**Intrastat. Approvati i nuovi modelli, soggetti interessati, modalità e termini di presentazione** - L'Agenzia delle dogane ha approvato, con propria Determinazione, i nuovi modelli degli elenchi riepilogativi delle cessioni e degli acquisti intracomunitari di beni e delle prestazioni di servizio rese e ricevute in ambito comunitario, da utilizzarsi per le operazioni intracomunitarie con periodo di riferimento dal 2010.

Tale Determinazione, tra l'altro, prevede:

- che la data di presentazione è fissata al 25 del mese successivo a quello di riferimento;
- che l'unica modalità di presentazione prevista sarà quella telematica;
- che fino al 30 aprile 2010 potranno essere presentati anche su supporto elettronico, ma in questo caso il termine di presentazione sarà anticipato al giorno 20;
- che restano comunque validi gli Intrastat cartacei presentati o spediti prima dell'entrata in vigore del d.lgs di recepimento della riforma dell'Iva intracomunitaria, n. 18 dell'11 febbraio 2010, in G.U. n. 41 del 19 febbraio 2010;
- che in questa prima fase sarà possibile, per la trasmissione telematica degli Intrastat, utilizzare i servizi doganali; successivamente sarà invece possibile utilizzare quelli dell'Agenzia delle entrate;
- una soglia di 50.000 euro per trimestre, superata la quale scatta l'obbligo di presentazione mensile degli Intrastat.

(Agenzia delle Dogane, Determinazione n. 22778 del 22 febbraio 2010)

**Varata la nuova normativa sulle prestazioni di servizio Ue** - In recepimento della Direttiva 2008/8/CE del Consiglio, del 12 febbraio 2008, sono state apportate sostanziali modifiche al criterio territoriale delle prestazioni di servizio rese in ambito Ue.

Le principali novità introdotte possono essere così sintetizzate:

1. modifica della regola generale del luogo di tassazione dei servizi resi a soggetti passivi, per i quali si passa dal criterio della tassazione nel Paese di stabilimento del prestatore al criterio di tassazione nel Paese di stabilimento del cliente,
2. conferma di talune deroghe già esistenti (che comportano l'applicazione degli stessi criteri di tassazione sia per le prestazioni rese a soggetti passivi, che a privati consumatori) concernenti: prestazioni di servizi relativi ad immobili, prestazioni di

# SEGNALAZIONI

## DIRITTO TRIBUTARIO

servizi culturali, artistici, sportivi, scientifici, educativi, ricreativi e simili, prestazioni di trasporto passeggeri;

3. introduzione di nuove deroghe sia per le prestazioni rese a soggetti passivi che a privati consumatori, con riferimento alle prestazioni di ristorazione e catering, nonché alla locazione a breve termine dei mezzi di trasporto;

4. conservazione di talune deroghe vigenti, limitatamente ai servizi resi a privati consumatori, relative a prestazioni di servizi: di intermediazione, di trasporto di beni, relative a beni mobili materiali, di telecomunicazione, teleradiodiffusione e servizi resi tramite mezzi elettronici;

5. introduzione di una regola particolare per la locazione a lungo termine di mezzi di trasporto, resa a privati consumatori;

6. ampliamento della definizione di soggetto passivo ai fini della individuazione della territorialità dei servizi, che comporta che talora siano considerati tali anche gli enti non commerciali;

7. generalizzazione del principio in base al quale il committente nazionale soggetto passivo provvede agli obblighi contabili e di assolvimento dell'imposta per le prestazioni di servizio a lui rese da un soggetto passivo non stabilito e territorialmente rilevanti in Italia;

8. facilitazioni per i rimborsi ai sensi del 38-bis per soggetti non residenti;

9. ampliamento dell'obbligo della presentazione dei modelli Intrastat.

(D.lgs n. 18 dell'11 febbraio 2010, in G.U. n. 41 del 19 febbraio 2010)

### **Fissato il tasso d'interesse per i ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali -**

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha determinato, ai sensi dell'art. 5, comma 2 del d.lgs legislativo n. 231/02, il saggio interessi a favore dei creditori per ritardo nei pagamenti nelle transazioni commerciali, fissandolo per il periodo 1 gennaio-30 giugno 2010 all'1%, al netto della maggiorazione prevista all'art. 1 dello stesso d.lgs.

(Ministero dell'Economia e delle finanze, Comunicato in G.U. n. 40 del 18 febbraio 2010)

**Iva e ii.dd. Agenzia delle entrate. Risposte a quesiti vari -** L'Agenzia delle entrate ha ufficializzato le risposte dalla stessa fornite in occasione dei recenti incontri con gli esperti della stampa specializzata, relative a quesiti concernenti l'applicazione di visto di conformità, delle compensazioni e crediti IVA, nonché risposte riferite ad ulteriori quesiti IVA

(Agenzia delle entrate, circ. n. 12 del 12 marzo 2010)

# SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

**Il riporto delle perdite fiscali nelle fusioni e scissioni di società in consolidato -**  
L'Agenzia delle entrate è intervenuta sulla disciplina del riporto delle perdite fiscali in operazioni d'aggregazione aziendale. La relativa circolare si articola analizzando la disciplina del riporto delle perdite nelle operazioni di fusione e scissione, gli articoli 172, comma 7 e 173, comma 10 del Tuir e le operazioni di fusione e scissione che coinvolgono società che partecipano alla tassazione di gruppo.

Tra le altre cose, chiarisce, inoltre:

- che in caso di fusioni e scissioni, che non interrompono la tassazione di gruppo, i limiti alla possibilità di riportare le perdite fiscali si applicano solo su quelle precedenti all'ingresso in regime di consolidato nazionale di ogni società partecipante, mentre sono libere da paletti quelle maturate negli esercizi in cui è valida l'opzione; ciò in quanto non emergono effetti antielusivi finché dura la tassazione di gruppo;
- che, nel caso di fusioni e scissioni di società legate in consolidato, le perdite maturate negli esercizi in cui vale l'opzione sono tutte riportabili, dal momento che possono escludersi manovre elusive volte a realizzare, con l'operazione di aggregazione, la compensazione delle perdite tra le società coinvolte;
- che resta fermo che di fronte a operazioni realizzate in via strumentale nella fase immediatamente precedente alla cessazione del consolidato o messe in atto da società che successivamente sono uscite fuori dal perimetro di consolidamento, l'Amministrazione finanziaria ha il potere di effettuare i controlli per verificare se l'operazione è stata realizzata quando era effettivamente in vigore l'opzione della tassazione di gruppo al solo scopo di eludere il Fisco.

(Agenzia delle entrate, circ. n. 9 del 9 marzo 2010)

**Riallineamento dei valori contabili e fiscali per i soggetti Ias. Nel conferimento d'azienda l'avviamento fiscale non è trasferibile -** 1. L'Agenzia delle entrate ha fornito nuovi chiarimenti sull'applicazione del decreto legge anti-crisi (dl 185/2008), che ha previsto la possibilità per i soggetti Ias, pagando un'imposta sostitutiva ed esercitando una specifica opzione in Unico/2009, di liberarsi dei disallineamenti tra valori civilistici e fiscali presenti in bilancio.

Al riguardo nella circolare si precisa:

- che chi non ha indicato gli elementi utili al riallineamento nella dichiarazione ordinaria può esercitare questa scelta nella dichiarazione integrativa;

# SEGNALAZIONI

## DIRITTO TRIBUTARIO

- che ciò può avvenire correggendo l'omessa compilazione del quadro RQ di Unico 2009 entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa all'esercizio successivo;

che ciò può essere fatto anche quando l'intenzione del contribuente di optare per il riallineamento risulta indirettamente da altri atti o comportamenti, come ad esempio il versamento dell'imposta sostitutiva già eseguito o le annotazioni in contabilità.

2. La circolare si sofferma anche sul trattamento fiscale dell'avviamento nell'ipotesi di conferimento del compendio aziendale cui questo asset si riferisce e, a tal proposito, precisa che il valore dell'avviamento non può essere trasferito e deve essere, quindi, escluso ai fini fiscali dal concetto di azienda conferita.

(Agenzia delle entrate, circ. n. 8 del 4 marzo 2010)

### **Assonime, Abi, Ania e Confindustria intervengono sulla tassazione per trasparenza**

- In un tavolo interassociativo, le cui conclusioni sono reperibili nei rispettivi siti Internet, Assonime, Abi, Ania e Confindustria, hanno esaminato la nuova disciplina delle Cfc, rilasciando poi un documento congiunto nel quale tra l'altro si afferma:

- che la norma, che non consente di richiedere la disapplicazione della tassazione per trasparenza dei redditi delle imprese controllate estere qualora l'utile di queste ultime sia formato prevalentemente da "passive income", non può valere come presunzione assoluta;
- che la mancata presentazione dell'istanza d'interpello disapplicativo del regime Cfc non preclude al contribuente la possibilità di fornire in giudizio prova delle valide ragioni economiche delle operazioni poste in essere.

(Tavolo interassociativo del 3 marzo 2010)

**L'Assonime interviene sulla Tremonti-ter** - Assonime ha esaminato con una propria circolare l'agevolazione che lega la detassazione del reddito d'impresa agli investimenti effettuati, esprimendo, tra gli altri, i seguenti pareri:

1. la Tremonti-ter è fruibile anche dalle società in liquidazione;
2. sono agevolabili anche i costi:
  - per la riparazione e la manutenzione sui beni in leasing,
  - di progettazione sui beni acquistati;
3. non comporta la revoca dell'agevolazione:
  - la restituzione dei beni allo scadere del contratto d'affitto,
  - la dismissione dei beni.

(Assonime, circ. n. 7 del 26 febbraio 2010)

# SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

**Ulteriori chiarimenti sulla riapertura dei termini per lo “Scudo fiscale”** - L’Agenzia delle entrate ha, dopo le precedenti di cui alla circolare n. 3 del 26 gennaio 2010, fornito ulteriori indicazioni circa la riapertura dei termini per lo “Scudo fiscale”, precisando tra l’altro:

1. che i flussi reddituali, derivanti dalle attività che sono state sanate, dovranno essere assoggettati a tassazione dal contribuente direttamente, se non interviene ad es. una fiduciaria, applicando un’imposizione definitiva sui proventi derivanti dal patrimonio rimpatriato;
2. che il mandato affidato a una fiduciaria non comporta la necessità dell’instestazione fiduciaria del bene oggetto di sanatoria;
3. che non erano possibili operazioni di emersione tra il 16 e il 20 dicembre 2009;
4. che, in tema di cause ostative, le stesse potranno essere rimosse entro il 31 dicembre 2010, a prescindere dal momento in cui si effettua la sanatoria nel corso dello stesso 2010.

(Agenzia delle entrate, circ. n. 6 del 19 febbraio 2010)

**Preannuncio di sanatoria per i nuovi Intrastat per le prestazioni comunitarie** - L’Agenzia delle entrate - premesso che dal 1° gennaio 2010 la Direttiva 2006/112/CE è stata modificata dalle Direttive 2008/8/CE, 2008/9/CE e 2008/117/CE e che la normativa interna di recepimento della novellata disciplina comunitaria non è stata (al 17 febbraio 2010, data della circolare) ancora pubblicata, con la conseguenza che fin quando non lo sarà gli operatori non avranno la possibilità di conoscere compiutamente il quadro normativo che disciplina i nuovi obblighi in materia di elenchi riepilogativi (c.d. Intrastat) - ha preannunciato che, in applicazione dell’art. 10, c. 3, della legge n. 212/00 (Statuto del Contribuente), in sede di controlli non saranno applicate sanzioni in caso di eventuali violazioni concernenti la compilazione dei suddetti elenchi, relativi ai mesi da gennaio a maggio 2010 per gli obblighi mensili, nonché al primo trimestre 2010 per gli obblighi trimestrali; ciò a condizione che i contribuenti provvedano a sanare eventuali violazioni, inviando, entro il 20 luglio 2010, elenchi riepilogativi integrativi redatti secondo le modalità che saranno definite dalla normativa in corso di emanazione.

(Agenzia delle entrate, circ. n. 5 del 17 febbraio 2009)

**La circolare dell’Agenzia delle entrate sulle misure cautelari** - L’Agenzia delle entrate ha, con una corposa circolare, illustrato, così di fatto aggiornando le precedenti

# SEGNALAZIONI

## DIRITTO TRIBUTARIO

istruzioni al riguardo dettate con la circolare n. 66/01, le disposizioni di cui all'art. 22 del d.lgs n. 472/97 e successive modificazioni e integrazioni, che, nell'ambito della normativa sanzionatoria, trattano delle garanzie date all'amministrazione finanziaria ove vi sia il timore della perdita dei crediti vantati nei confronti dei contribuenti.

La circolare - avente appunto come oggetto "Misure cautelari ai sensi dell'art. 22 del d.lgs n.472/97. Modifiche normative recate dall'art. 27 del dl n. 185/08, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 2/09 e dall'art. 15, commi da 8-bis a 8-quater, del d.l. n. 78/09, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 102/09 "- si articola analizzando:

- l' Ambito di applicazione;
- i Presupposti;
- la Procedura;
- il Coordinamento con gli istituti deflativi del contenzioso;
- il Rapporto con le altre misure di tutela del credito erariale

(Agenzia delle entrate, circ. n. 4 del 15 febbraio 2010)

### **Per l'Aidc sono detraibili e deducibili i costi per l'ospitalità utili per gli affari -**

L'Associazione italiana dottori commercialisti si è espressa nel senso che, nel rispetto dei principi d'inerenza e di correlazione, le spese d'ospitalità (vitto, alloggio e viaggio) sostenute dall'impresa a favore di soggetti terzi non clienti, quali fornitori, agenti e rappresentanti, procacciatori e quant'altro, sono detraibili ai fini dell'Iva e deducibili ai fini delle imposte dirette, se destinate a migliorare la gestione degli affari.

(Aidc, norma di comportamento n. 177/2010)

## **GIURISPRUDENZA**

**Possibile la detrazione per gli acquisti di beni "inusuali"** - La Corte di Cassazione ha riconosciuto il diritto di una società alla detrazione Iva anche per acquisti "inusuali" rispetto all'oggetto sociale, purché la licenza commerciale comprenda anche quelle operazioni; ciò in quanto, qualora sia stato accertato che nella licenza comunale di vendita, di cui un contribuente usufruisce, possa rientrare l'acquisto di un bene, la nozione di atto commerciale riferito al suo acquisto e alla successiva rivendita non può essere messa in dubbio ai fini della detrazione Iva. In tal caso, infatti, l'assenza nello Statuto della società di un espresso riferimento a quel bene specifico non può limitare la portata dell'operazione commerciale.

(Cassazione, sentenza n. 5753 del 10 marzo 2010)

# SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

**La ritardata rilevazione contabile dei costi va ripresa a tassazione solo se altera i risultati** - La Corte di Cassazione ha statuito che la ritardata rilevazione contabile nel bilancio d'esercizio di un costo relativo all'anno precedente, pur rappresentando un'espressa violazione di legge, non comporta, laddove non vi sia un'alterazione dei risultati economici d'esercizio, la ripresa a tassazione dello stesso.

Nel caso di specie, pur riconoscendosi come il costo in questione avrebbe dovuto essere rilevato in contabilità nell'anno della spedizione o di consegna delle merci, la Corte ha osservato che "l'imputazione del costo all'esercizio precedente avrebbe comportato l'aumento dell'espressione contabile delle rimanenze finali di quell'anno e, quindi, delle giacenze iniziali dell'anno successivo e, pertanto, il reddito imponibile di quest'ultimo sarebbe risultato identico, sostituendosi l'una all'altra delle due poste alternative di pari importo".

(Cassazione, sentenza n. 28016/2009 del 30 dicembre 2009)



**Ordine dei  
Dottori Commercialisti e degli  
Esperti Contabili di  
Roma**

**CONTRIBUTO ALLA STATUIZIONE DEI PRINCIPI  
DI COMPORTAMENTO DEL COLLEGIO SINDACALE  
NELLE SOCIETA' NON QUOTATE**

Commissione per il Collegio Sindacale

**Presidente della Commissione**

Giuseppe Taragoni

**Vice Presidente**

Pietro Maccari

**Componenti**

Antonio Baldelli;  
Remigildo Bracci;  
Giorgio Caratozzolo;  
Gianfranco Chinellato;  
Enzo Giancontieri;  
Fabio Mancini;  
Luca Provaroni;  
Roberto Ranalli;  
Fabrizio Spinetti;

**Consulenti esterni**

Matteo Caratozzolo;  
Giuseppe Niccolini.

## Indice

	<i>pag.</i>
<i>Presentazione dell'elaborato</i> .....	6

### CONTRIBUTO ALLA STATUZIONE DEI PRINCIPI DI COMPORTAMENTO DEL COLLEGIO SINDACALE NELLE SOCIETA' NON QUOTATE

#### Capo I

##### Nomina del collegio sindacale

<i>Principio 1.1</i> - Ineleggibilità e indipendenza .....	8
<i>Principio 1.2</i> - Collegialità .....	11
<i>Principio 1.3</i> - Retribuzione .....	11
<i>Principio 1.4</i> - Nomina e formalità da osservare .....	12

#### Capo II

##### Doveri del collegio sindacale

<i>Principio 2.1</i> - Vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto .....	13
<i>Principio 2.2</i> - Vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione .....	14
<i>Principio 2.3</i> - Vigilanza sull'adeguatezza e sul funzionamento dell'assetto organizzativo .....	15

<i>Principio 2.4 -</i>	Vigilanza sull'adeguatezza e sul funzionamento del sistema amministrativo e contabile .....	18
<i>Principio 2.5 -</i>	Vigilanza sull'adeguatezza e sul concreto funzionamento dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile delle imprese ed enti minori .....	20
<i>Principio 2.6 -</i>	Vigilanza in ordine al bilancio di esercizio ed alla relazione sulla gestione .....	22
<i>Principio 2.7 -</i>	Vigilanza in ordine al bilancio consolidato ed alla relazione consolidata sulla gestione.....	24
<i>Principio 2.8 -</i>	Vigilanza sull'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società.....	25

### **Capo III**

#### **Acquisizione e scambio delle informazioni**

<i>Principio 3.1 -</i>	Rapporti con l'organo amministrativo .....	26
<i>Principio 3.2 -</i>	Rapporti con la società di revisione legale o con il revisore legale .....	27
<i>Principio 3.3 -</i>	Rapporti con i preposti al controllo interno .....	28

### **Capo IV**

#### **Poteri del collegio sindacale e verbalizzazioni**

<i>Principio 4.1 -</i>	Atti di ispezione e controllo .....	29
<i>Principio 4.2 -</i>	Richiesta di informazioni agli amministratori .....	30
<i>Principio 4.3 -</i>	Convocazione dell'assemblea dei soci.....	31
<i>Principio 4.4 -</i>	Verbalizzazione dell'attività di vigilanza .....	32

## Capo V

### Partecipazione alle riunioni degli organi sociali

<i>Principio 5.1</i> -	L'intervento alle adunanze - Premessa .....	33
<i>Principio 5.1.1</i> -	Partecipazione ai consigli di amministrazione .....	33
<i>Principio 5.1.2</i> -	Partecipazione alle decisioni del consiglio di amministrazione di s.r.l non assunte mediante deliberazione adottata a seguito di adunanza del consiglio .....	34
<i>Principio 5.1.3</i> -	Partecipazione ai comitati esecutivi .....	34
<i>Principio 5.1.4</i> -	Partecipazione alle assemblee dei soci .....	35
<i>Principio 5.1.5</i> -	Partecipazione alle assemblee speciali degli azionisti .....	35
<i>Principio 5.1.6</i> -	Partecipazione alle assemblee degli obbligazionisti e dei possessori di strumenti finanziari .....	35
<i>Principio 5.1.7</i> -	Partecipazione alle decisioni dei soci di s.r.l non assunte mediante deliberazione assembleare .....	36
<i>Principio 5.2</i> -	Il potere di impugnativa del collegio sindacale .....	36
<i>Principio 5.3</i> -	L'impedimento ad assistere alle riunioni .....	36

## Capo VI

### Riscontro e la denuncia dei fatti censurabili

<i>Principio 6.1</i> -	Il riscontro dei fatti censurabili .....	37
<i>Principio 6.2</i> -	La denuncia ex art. 2408 c.c. ....	37
<i>Principio 6.3</i> -	La denuncia ex art. 2409 c.c. ....	38

## Capo VII

### Relazione del collegio sindacale all'assemblea dei soci

<i>Principio 7.1 -</i>	Struttura e contenuti .....	39
------------------------	-----------------------------	----

## Capo VIII

### Attività di controllo nelle operazioni straordinarie

<i>Principio 8.1 -</i>	Aumenti di capitale sociale .....	40
<i>Principio 8.2 -</i>	Le riduzioni volontarie di capitale sociale .....	41
<i>Principio 8.3 -</i>	Le riduzioni di capitale sociale per perdite .....	42
<i>Principio 8.4 -</i>	Le trasformazioni .....	42
<i>Principio 8.5 -</i>	Le fusioni e le scissioni .....	42
<i>Principio 8.6 -</i>	I conferimenti .....	43
<i>Principio 8.7 -</i>	I prestiti obbligazionari .....	43
<i>Principio 8.8 -</i>	Gli strumenti finanziari partecipativi .....	44
<i>Principio 8.9 -</i>	Lo scioglimento e la liquidazione .....	44

## **Presentazione dell'elaborato**

L'esigenza per la categoria di disporre di principi di comportamento del Collegio Sindacale nell'ambito dei controlli delle società non quotate, è apparsa con immediatezza a seguito delle sostanziali innovazioni apportate alle norme del Codice Civile ad opera della riforma del Diritto Societario del 2003, introdotta con l'emanazione del D.Lgs.17 gennaio 2003 n.6. Per questa ragione la Commissione Paritetica dei Consigli Nazionali dei Dottori Commercialisti e dei Ragionieri, allora presieduta dal collega Claudio Badalotti, nel 2004 elaborò una bozza di norme di comportamento sulle quali alcuni Consigli degli Ordini locali, tra cui il Consiglio dell'Ordine di Roma, fecero diverse osservazioni e suggerirono varie modifiche.

L'elaborato, tuttavia, non venne mai approvato dai due Consigli Nazionali che, come noto, cessarono la loro attività il 31 dicembre 2007, per dar vita all'attuale Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili.

Il Consiglio dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Roma, in considerazione della rilevanza e della delicatezza del ruolo che svolge il Collegio Sindacale in ambito societario, ha istituito al suo interno, all'inizio del 2008, la "Commissione per il Collegio Sindacale" con l'obiettivo di fornire alla categoria un contributo ai principi da emanare per l'attività svolta dai sindaci nelle società non quotate.

La Commissione ha ritenuto utile rifarsi alla bozza di lavoro a suo tempo predisposta dalla Commissione Paritetica dei Consigli Nazionali dei Dottori Commercialisti e dei Ragionieri e di poterne riproporre parte della sua struttura originaria unitamente a quei contenuti in tutto o in parte condivisibili. Al pari, ha ritenuto di tenere in debita considerazione i principi di comportamento del Collegio Sindacale per le società quotate, approvati anteriormente all'introduzione dell'Albo Unico dai Consigli Nazionali dei Dottori Commercialisti e dei Ragionieri e che sono apparsi compatibili con le norme della riforma in ambito di società non quotate. Ha poi tenuto conto del documento

n.1005 approvato dagli stessi Consigli Nazionali nell'ottobre del 2004, con riferimento all'elaborazione del principio relativo alla vigilanza sulla adeguatezza e sul concreto funzionamento dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile delle imprese ed enti minori (realità, come noto, numericamente molto diffusa).

Da ultimo ha considerato le innovazioni introdotte dal Decreto Legislativo recante attuazione della Direttiva 2006/43/CE relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati che, per i contenuti dell'elaborato, hanno riguardato per lo più le diverse terminologie connesse al controllo contabile, ridenominato dalle modifiche apportate alle norme del codice civile "revisione legale dei conti".

L'elaborato finale che qui si presenta si compone di 42 proposte di principi di comportamento, ripartite in 8 capi, rappresentative, ci si augura, di un contributo rilevante alla statuizione di principi di comportamento del Collegio Sindacale nell'ambito del sistema dei controlli nelle società non quotate.

Il Presidente della Commissione

Giuseppe Taragoni

# 1. Nomina del collegio sindacale

## ***Principio 1.1 Ineleggibilità e indipendenza***

L'art. 2399 c.c. individua le cause di ineleggibilità del sindaco.

Le cause di ineleggibilità possono essere suddivise in:

- assolute
- relative

Le cause di ineleggibilità assolute sono riferibili a qualsiasi soggetto.

Sono cause di ineleggibilità assolute quelle indicate nell'art. 2382 c.c. e cioè lo status di interdetto, di inabilitato, di fallito, o di chi è stato condannato ad una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi.

L'art. 2397 c.c. prevede poi il possesso di specifiche competenze professionali (cosiddetti requisiti di idoneità tecnica) per poter ricoprire la carica di membro del collegio sindacale. A tale proposito la norma fa riferimento ai revisori legali iscritti nell'apposito registro, agli iscritti negli Albi professionali degli Avvocati, Dottori commercialisti, Ragionieri e periti commerciali, Consulenti del lavoro, o fra i Professori universitari di ruolo, in materie economiche o giuridiche.

Pertanto, anche l'assenza di requisiti di idoneità tecnica rappresenta una causa di ineleggibilità.

Le cause di ineleggibilità relative (o cause di incompatibilità) sono riferibili alla possibilità per un determinato soggetto di essere nominato sindaco in relazione a particolari condizioni o situazioni in cui si trova, e sono indicate nelle lettere *b*) e *c*) dell'art. 2399, primo comma, c.c. ove è previsto che non possono essere eletti alla carica di sindaco e, se eletti, decadono dall'Ufficio:

- il coniuge, i parenti o gli affini entro il quarto grado degli amministratori della società, gli amministratori (nonché i liquidatori, per effetto dell'art. 2488 c.c.), il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori delle società da questa controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo;
- coloro che sono legati alla società o alle società da questa controllate o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza.

La norma prevede inoltre che lo statuto sociale possa prevedere altre cause di ineleggibilità, decadenza, incompatibilità, nonché limiti e criteri per il cumulo degli incarichi.

Le cause di ineleggibilità relative di cui alle lett. *b*) e *c*) dell'art. 2399, 1° comma, c.c. sono al servizio del principio di indipendenza: affinché i sindaci possano svolgere efficacemente il loro ruolo è necessario che non siano condizionati da interessi in conflitto con la funzione ricoperta.

Le situazioni lesive dell'indipendenza del sindaco possono efficacemente essere classificate a seconda del tipo di rapporto (personale, professionale, d'affari, finanziario, ecc..).

Si deve preliminarmente chiarire che sul piano concettuale l'indipendenza è uno stato mentale, un requisito etico soggettivo che non può essere agevolmente messo alla prova o assoggettato a verifica esterna. Conseguentemente, l'enunciazione di principi di base deve prescindere da regole dettagliate e da indicazioni di tipo particolare, che potrebbero rivelarsi fuorvianti se non adeguatamente contestualizzate.

Occorre invece sottolineare la necessità che eventuali casi dubbi siano sottoposti al vaglio degli organismi professionali competenti.

Con riguardo alle disposizioni dell'art. 2399 c.c., si deve sottolineare che la tipicità dei rapporti individuati dal legislatore fa sì che le relazioni personali del sindaco individuate dal legislatore come cause di ineleggibilità e decadenza, non possano essere oggetto di interpretazione estensiva.

Maggiori si rilevano invece le difficoltà di carattere interpretativo circa i rapporti di natura professionale, ovvero, circa quelli di natura patrimoniale, menzionati dalla lettera c) del 1° comma dell'art. 2399 c.c..

Sulla base del significato dell'art. 2399 c.c. in esame, si riportano qui di seguito in sintesi i "principi di fondo" che debbono guidare gli iscritti nella valutazione delle situazioni concrete, tenendo conto delle indicazioni già fornite dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili:

- 1) l'indipendenza del sindaco è un requisito etico soggettivo che non può essere agevolmente assoggettato a verifica e, in quanto tale, deve essere valutato alla luce dei principi di base piuttosto che attraverso regole predeterminate;
- 2) l'indipendenza non è un requisito che il sindaco debba soddisfare in maniera assoluta, impedendogli qualsiasi relazione economica, finanziaria o di altro genere:
  - l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato o di un rapporto continuativo di consulenza o prestazione d'opera retribuita comporta di per sé l'ineleggibilità o la decadenza;
  - ogni altro rapporto patrimoniale, diverso dai precedenti, può comportare l'ineleggibilità o la decadenza del sindaco se ed in quanto si accerti che, nella fattispecie, esso è idoneo a comprometterne l'indipendenza. In questa seconda categoria di rapporti possono rientrare sia le consulenze e le prestazioni d'opera retribuite, non continuative od occasionali, sia i rapporti patrimoniali di altra natura, ove non altrimenti esclusi dalla legge (così, ad esempio, il socio che può anche essere nominato sindaco, come ammette l'art. 2397, 1° comma, c.c.);

- fra gli altri rapporti di natura patrimoniale possono rientrare anche quelli derivanti dalla posizione del sindaco il quale intrattenga un rapporto professionale di tipo associativo con un soggetto che è consulente o professionista (abituale od occasionale) della società conferente l'incarico. In questi casi il rapporto patrimoniale fra il sindaco e la società avrebbe ovviamente natura indiretta.

Proprio per questo motivo l'ineleggibilità, o la decadenza del sindaco, si genera solamente allorché si accerti che tale situazione è idonea a pregiudicare l'autonomia del controllore, indipendentemente dal fatto che l'incarico professionale alla persona, o struttura in qualche modo collegata al sindaco, si configuri come continuativo, oppure come occasionale, ma rilevante sul piano patrimoniale. Deve conseguenzialmente riconoscersi che la valutazione non può prescindere da un'attenta considerazione di tutte le condizioni ricorrenti nel singolo caso concreto, essendo impossibile formulare regole valide per tutti i casi;

- in ogni caso, in base al dettato normativo, assume particolare rilievo, ancorché non necessariamente in via esclusiva, l'elemento patrimoniale, sul quale l'entità, in termini di corrispettivo del servizio reso, assume un peso determinante;
- la misura di tale soglia critica può variare in funzione delle situazioni di contesto (dimensione dello studio professionale, durata dell'attività e natura dell'incarico, ecc..). La misura del corrispettivo è in ogni caso nozione eminentemente relativa, per cui risulta inopportuno fissare soglie il cui superamento generi automaticamente situazioni di ineleggibilità o decadenza.

Si tratta, come già affermato, di casistiche che debbono essere viste caso per caso in riferimento alla situazione di fatto che, peraltro, potrebbe essere influenzata da possibili correttivi adottabili.

In tal senso si deve senz'altro ammettere, favorevolmente, anche sulla scorta delle raccomandazioni comunitarie in materia di revisione legale, l'adozione di provvedimenti da parte del sindaco o della struttura ad esso collegata atti a "decomprimere" il sospetto di condizionamenti, sia sul piano della trasparenza, sia sul piano di procedure interne finalizzate a rafforzare l'autonomia di giudizio del controllore.

- 3) L'assunzione della carica di sindaco in più società appartenenti allo stesso gruppo deve considerarsi compatibile e quindi perfettamente ammissibile.

### ***Principio 1.2 Collegialità***

L'attività dell'organo di controllo è di tipo collegiale e unitario e la sua organizzazione spetta al presidente.

Ogni componente il collegio sindacale può effettuare ispezioni e controlli anche individuali, ma tale attività è da considerarsi soltanto propedeutica e complementare alla assunzione di decisioni che, in ogni caso, devono sempre avere il carattere della collegialità.

Il sindaco dissenziente dalle delibere assunte dal collegio, ha il diritto di fare iscrivere, nel verbale della riunione, il motivo di tale dissenso (art. 2404, ultimo comma, c.c.).

Secondo l'art. 2403-bis c.c., i sindaci, nell'espletamento di specifiche operazioni di ispezione e di controllo, possono avvalersi, sotto la propria responsabilità e a proprie spese, di propri dipendenti e ausiliari, purché questi non si trovino in alcuna delle condizioni di incompatibilità di cui all'art. 2399 c.c., ferma restando la possibilità, da parte dell'organo amministrativo, di rifiutare agli ausiliari ed ai dipendenti dei sindaci l'accesso ad informazioni riservate.

Le riunioni del collegio (art. 2404 c.c.) devono tenersi almeno ogni novanta giorni. Una eventuale non sistematica diversa cadenza, specie se di pochi giorni oltre i novanta, non è di per sé motivo per ritenere censurabile il comportamento del collegio. Qualora invece, le circostanze lo richiedano, è opportuno che tali riunioni avvengano con maggiore frequenza.

Se lo statuto lo consente, indicandone le modalità, la riunione può svolgersi anche con mezzi telematici.

Delle riunioni del collegio sindacale deve redigersi verbale, che viene trascritto nel libro previsto dall'art. 2421, 1° comma, n. 5, c.c. e sottoscritto dagli intervenuti.

Il collegio è regolarmente costituito con la presenza della maggioranza dei sindaci e delibera a maggioranza assoluta dei presenti. E' opportuno che il sindaco eventualmente assente si adoperi al fine di conoscere le attività svolte e le eventuali delibere assunte.

### ***Principio 1.3 Retribuzione***

L'art. 2402 c.c. stabilisce che la retribuzione annuale dei sindaci, se non è stabilita nello statuto, deve essere determinata dall'assemblea all'atto della nomina per l'intero periodo di durata del loro ufficio.

Il sindaco, all'atto della nomina, deve valutare, tenendo conto del principio di indipendenza, se la misura del compenso proposto sia congrua rispetto all'impegno richiesto, anche in termini temporali, ed alla necessaria professionalità con la quale deve essere svolta la funzione, nella osservanza dell'art. 8.2 e 8.3 del Codice Deontologico della Professione di Dottore Commercialista ed Esperto Contabile, approvato dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili in data 8 aprile 2008.

Si raccomanda che il compenso sia comunque in linea con quanto previsto dalle tariffe professionali, anche nel rispetto del disposto dell'art. 11.1 del medesimo Codice Deontologico.

### ***Principio 1.4 Nomina e formalità da osservare***

La nomina del collegio sindacale (art. 2400 c.c.) viene effettuata per la prima volta nell'atto costitutivo e, successivamente, con delibera dell'assemblea ordinaria (salvo il disposto degli articoli 2351 e 2449 c.c.). Tale delibera, con l'indicazione per ciascun sindaco del cognome e del nome, del luogo e della data di nascita e del domicilio, deve essere comunicata, dalla società, al nominato, la cui accettazione deve essere iscritta entro 30 giorni, a cura degli amministratori, nel Registro delle Imprese.

Ciascun sindaco, nell'esprimere la formale accettazione della nomina, deve verificare che nei propri confronti:

- a) non sussistano le cause d'ineleggibilità e di decadenza previste dall'art. 2399 c.c. e cioè che:
- non sia riscontrabile alcuna delle condizioni previste dall'art. 2382 c.c.;
  - non esista rapporto di coniugio, parentela o affinità entro il quarto grado con gli amministratori della società, o delle società che sono da questa controllate, o che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo;
  - con la società, o le società da questa controllate, o le società che la controllano, o quelle sottoposte a comune controllo, non esista un rapporto di lavoro o un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza;
- b) la nomina sia conforme alle disposizioni dello statuto, con particolare riguardo alla composizione del collegio, ai criteri e modalità per la nomina del presidente, ad altre cause d'ineleggibilità o decadenza, nonché cause d'incompatibilità, limiti e criteri per il cumulo degli incarichi in esso previste;
- c) siano state osservate le disposizioni delle leggi speciali per quanto riguarda i requisiti dei sindaci nelle società operanti in particolari settori.

E' opportuno che, in sede di prima seduta del collegio, ciascun sindaco confermi formalmente l'inesistenza di cause di ineleggibilità o decadenza.

Si ricorda infine che l'art. 2400, 4° comma, c.c., dispone che al momento della nomina e prima dell'accettazione dell'incarico, siano resi noti all'assemblea gli incarichi di amministrazione e di controllo ricoperti presso altre società.

## **2. Doveri del collegio sindacale**

### ***Principio 2.1 Vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto***

L'art. 2403 c.c. stabilisce che il collegio sindacale ha il dovere di vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto.

L'attività di vigilanza si sostanzia nella verifica della conformità delle deliberazioni e degli atti degli organi sociali a quanto previsto dallo statuto e dalle norme di legge. La vigilanza riguarda, pertanto, il rispetto di tutte le norme statutarie, legislative e regolamentari che disciplinano il funzionamento degli organi della società ed i rapporti della stessa con gli organismi istituzionali. A ciò deve aggiungersi il rispetto delle disposizioni normative che disciplinano lo specifico settore operativo proprio dell'attività aziendale; pertanto, il collegio sindacale è tenuto a vigilare sul possesso, da parte della società, delle autorizzazioni prescritte per lo svolgimento dell'attività medesima e sul mantenimento nel tempo dei requisiti richiesti dalle disposizioni autorizzative. Detta vigilanza dovrà intendersi come attività di controllo di "sistema" nel senso che riguarderà il rispetto della legalità nei suoi aspetti generali.

La vigilanza viene esercitata attraverso:

- la rilevazione dell'esistenza di un'appropriata struttura organizzativa che consenta il rispetto delle norme e l'esecuzione degli adempimenti da esse previsti;
- l'acquisizione delle informazioni dal soggetto incaricato della revisione legale dei conti se presente, per gli aspetti di sua competenza;
- lo svolgimento delle attività in seguito menzionate (partecipazione alle riunioni degli organi sociali; rapporti con gli amministratori; ottenimento di informazioni dagli amministratori; poteri di autonomi atti di ispezione e controllo).

Per quanto riguarda le norme in materia di bilancio d'esercizio e di bilancio consolidato si rinvia ai Principi 2.6 e 2.7.

Per quanto attiene alla vigilanza sull'osservanza delle norme in materia di adempimenti di natura tributaria e previdenziale, essa deve ritenersi trasferita al revisore legale esterno, essendo di competenza di questo il controllo sulla corretta e puntuale esecuzione di tali adempimenti, in base a quanto previsto dalle disposizioni regolamentari contenute nella Comunicazione CONSOB n. 23932 del 29.3.1999 ("Comunicazione in materia di attività di controllo contabile nel corso dell'esercizio"), sull'esercizio della verifica periodica della regolare tenuta della contabilità sociale e della corretta rilevazione nelle scritture contabili dei fatti di gestione. La Comunicazione CONSOB deve ritenersi applicabile per analogia anche alla revisione legale dei conti delle società non quotate.

Al di là di una specifica attività di verifica delle disposizioni tributarie e previdenziali, di competenza del revisore legale, resta comunque a carico del collegio sindacale un generale dovere

di vigilanza sull'osservanza, da parte degli amministratori, degli adempimenti di legge in materia tributaria e previdenziale.

Per adempiere correttamente al dovere di vigilanza il collegio sindacale non può limitarsi a segnalare agli altri organi sociali le irregolarità riscontrate, ma deve adottare tutti i possibili strumenti di reazione alle irregolarità medesime previsti dalla legge (come precisato dalle norme di comportamento successive).

Il collegio sindacale deve, infine, valutare la significatività delle irregolarità riscontrate, verificando l'incidenza che esse possono aver avuto sul funzionamento degli organi sociali, individuando le cause che possono averle determinate e verificando se tali irregolarità abbiano generato perdite per la società. Devono in ogni caso considerarsi significative le violazioni delle norme penali.

### ***Principio 2.2 Vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione***

L'art. 2403 c.c. attribuisce al collegio sindacale il dovere di vigilare sul rispetto dei principi di "corretta amministrazione".

La vigilanza dei sindaci non può attenersi al merito in senso stretto degli atti (intendendosi con ciò la valutazione dell'opportunità e della convenienza economica delle singole operazioni di gestione, poiché in tal modo si invaderebbe la sfera di attribuzioni proprie degli amministratori), ma deve riguardare la legittimità sostanziale (e quindi non soltanto la legittimità formale), ovvero il modo in cui l'attività di amministrazione è stata realizzata. La corretta amministrazione sarà realizzata quando le decisioni degli amministratori sono state assunte in modo diligente e sono ispirate ai principi generali della prudenza e della buona fede, dopo aver ricevuto una adeguata conoscenza ed informativa sull'oggetto della decisione stessa.

Per quanto precede, il collegio sindacale deve accertare che le scelte degli amministratori non siano al di fuori dell'oggetto sociale e che siano sempre indirizzate alla realizzazione dell'interesse sociale, anche con riguardo alle situazioni in cui emerge un interesse degli amministratori, secondo gli artt. 2391 e 2475-ter c.c.. I sindaci devono verificare che le decisioni prese dagli amministratori non siano in contrasto con le deliberazioni assunte dall'assemblea, con precedenti deliberazioni degli amministratori stessi, o che possano modificare o ledere i diritti attribuiti ai singoli soci dalla legge e dallo statuto sociale.

Il collegio sindacale deve, dunque, verificare se, nella assunzione di una decisione, gli amministratori abbiano posto in essere tutte le cautele e le verifiche preventive normalmente richieste e che si siano ispirati ai principi di ragionevolezza e di prudenza. Deve altresì vigilare che l'atto gestorio sia conforme alle norme tecniche di oculata amministrazione al fine della tutela

generale dell'interesse della società. La valutazione economica degli atti degli amministratori resta sempre esclusa dalla valutazione dei sindaci, salvo il caso in cui le soluzioni adottate siano ispirate a criteri palesemente irragionevoli, ad imperizia ed imprudenza, e che pertanto possano arrecare danno alla società, mettendo in pericolo l'integrità del patrimonio sociale, o, addirittura, possano compromettere la continuità dell'attività aziendale.

Circa le modalità del controllo, i sindaci richiederanno tutte le informazioni che reputano necessarie per la verifica degli atti gestori. Devono partecipare alle riunioni del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo, al fine di seguire la formazione dell'atto di gestione e devono richiedere, anche dopo l'avvenuta deliberazione, tutti i chiarimenti che siano utili per le verifiche suddette.

Ove si riscontrasse la presenza di atti dannosi per la società o di deliberazioni non rispondenti ai suddetti criteri di prudenza, ragionevolezza e di adeguata informazione, o di decisioni assunte in situazioni di conflitto di interessi o lesive dei diritti dei soci, il collegio sindacale non può limitarsi a segnalare le irregolarità riscontrate, ma deve attivarsi, adottando le iniziative più opportune (in particolare, vedi l'art. 2406, 2° comma, c.c., nonché gli artt. 2391, 2393, 2409 e 2475-ter c.c.).

### ***Principio 2.3 Vigilanza sull'adeguatezza e sul funzionamento dell'assetto organizzativo***

Altro dovere attribuito al collegio sindacale dal legislatore (art. 2403 c.c.), riguarda la vigilanza sull'adeguatezza e sul funzionamento dell'assetto organizzativo.

Con l'espressione "assetto organizzativo", s'intende il complesso delle direttive e delle procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed effettivamente esercitato ad un appropriato livello di competenza e responsabilità.

L'assetto organizzativo comprende anche il "sistema di controllo interno", costituito dalle linee d'azione, dalle procedure (controlli interni) e dalle tecniche adottate dalla direzione al fine di favorire il raggiungimento degli obiettivi aziendali e di assicurare una condotta efficiente ed ordinata della propria attività, nonché la salvaguardia del patrimonio aziendale e l'attendibilità dei dati.

Pertanto, la verifica dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo non può prescindere dall'appropriata verifica e dall'attenta analisi della tipologia e della natura dei controlli insiti nelle procedure operative aziendali, avendo particolare riferimento alla loro esistenza ed efficacia (intesa quest'ultima come attitudine a rilevare ogni deviazione rispetto alle direttive fissate dagli organi di governo dell'azienda), tenuto anche conto delle dimensioni e della struttura aziendale.

Se poi, all'interno del contesto aziendale, il "controllo interno" assume a rango di funzione d'impresa (il c.d. "internal auditing"), la vigilanza del collegio sindacale deve coinvolgere la verifica del suo concreto funzionamento, cioè la verifica del rispetto delle regole procedurali fissate dal consiglio di amministrazione, al fine di riscontrarne la conformità dei comportamenti, segnalando agli amministratori le eventuali debolezze.

Premesso che ogni struttura organizzativa deve presentare un assetto compatibile alle dimensioni della società, nonché alla natura e alle modalità di perseguimento dell'oggetto sociale, i suoi requisiti di adeguatezza, condizione necessaria per un valido assetto organizzativo, sono i seguenti:

- a) organigramma aziendale con chiara identificazione delle linee di responsabilità;
- b) attività decisionale e direttiva effettivamente esercitata da chi ne ha i poteri;
- c) documentazione delle direttive e delle procedure aziendali e loro effettiva conoscenza.

Il dovere di vigilanza del collegio sindacale è un compito di alta sorveglianza, cioè, in via di principio, un controllo di "sistema", il quale, più che focalizzarsi sui singoli atti aziendali (c.d. "vigilanza diretta"), si concentra su metodi, procedure e strumenti con cui l'azienda organizza la propria attività amministrativa (c.d. "vigilanza indiretta", ovvero: supervisione ed analisi critica delle metodologie e dei programmi elaborati dagli altri organi di controllo, cui è affidata, tra l'altro, l'attività di controllo diretto dell'attendibilità del sistema organizzativo, amministrativo, nonché dei correlati flussi informativi).

Inoltre, poiché il dovere di vigilanza in esame è diretto anche alla verifica del "concreto funzionamento" dei predetti metodi, procedure e strumenti, il collegio sindacale potrà procedere al controllo sui fatti aziendali più significativi.

La vigilanza sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo deve essere svolta distintamente in due momenti, all'inizio e nel corso del mandato:

- a) all'inizio del mandato il collegio sindacale deve acquisire conoscenza dell'assetto organizzativo aziendale della società vigilata, in considerazione:
  - dell'oggetto sociale, come stabilito nello statuto,
  - del settore di attività,
  - del mercato in cui la società opera,
  - delle sue dimensioni e prospettive di medio periodo.

I sindaci valutano la adeguatezza dell'assetto organizzativo, ponendo particolare attenzione ai seguenti elementi:

- separazione e contrapposizione di responsabilità nei compiti e nelle funzioni,
- chiara definizione delle deleghe e dei poteri di ciascuna funzione.

I sindaci segnalano agli amministratori e al soggetto incaricato della revisione legale dei conti, se

presente, gli eventuali punti di debolezza riscontrati nell'assetto organizzativo aziendale, sollecitando interventi correttivi;

**b)** nel corso del mandato, i sindaci pianificano e svolgono interventi di vigilanza sulla adeguatezza dell'assetto organizzativo attraverso:

- la verifica del superamento dei punti di debolezza riscontrati;
- la raccolta di informazioni dalla funzione organizzativa o dai responsabili delle funzioni operative aziendali, con incontri periodici;
- la raccolta di informazioni dalle funzioni di controllo interno ed esterno attraverso l'esame delle loro relazioni e degli incontri periodici (nell'ipotesi di cattivo funzionamento nella concatenazione dei compiti, funzioni e responsabilità, saranno svolti opportuni approfondimenti);
- la valutazione dei punti di debolezza emersi dalla attività di vigilanza sull'adeguatezza del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile (di cui sotto), nei loro riflessi sull'assetto organizzativo.

Il D.Lgs. 231/2001 (recante la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica) ha introdotto nell'ordinamento italiano la responsabilità penale delle persone giuridiche.

L'elemento qualificante la suddetta legge è quello della ricollegabilità del reato alla persona giuridica, in ragione della mancata adozione, ovvero del mancato rispetto, di modelli organizzativi idonei ad evitare la commissione di reati da parte delle persone fisiche che operano in nome o per conto di tale ente.

L'adozione di un efficace modello organizzativo ai sensi del citato D.Lgs 231/2001, può essere indicativo di un valido assetto organizzativo della società.

Nel caso, poi, di avvenuta adozione da parte della società del predetto modello, il collegio sindacale deve acquisire, dall'organismo aziendale di vigilanza previsto dal suddetto D. Lgs. 231/2001, informazioni circa l'eventuale commissione dei reati considerati nel citato Decreto, nonché circa le eventuali carenze riscontrate, ovvero le eventuali implementazioni adottate.

Infine, i sindaci devono esaminare anche i risultati dell'attività svolta dal soggetto preposto alla revisione legale dei conti, ove esistente, in merito alla struttura organizzativa, considerando in particolare i punti di debolezza da questi segnalati nelle lettere alla direzione.

I sindaci verbalizzano l'attività svolta, i risultati conseguiti e le proprie conclusioni sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, e riferiscono dell'attività di vigilanza svolta in un apposito paragrafo della loro relazione da presentare all'assemblea in occasione dell'approvazione del bilancio di esercizio.

## ***Principio 2.4 Vigilanza sull'adeguatezza e sul funzionamento del sistema amministrativo e contabile***

L'attività del collegio sindacale, così come indicata nell'art. 2403 c.c., consiste nel vigilare sulla adeguatezza dell'assetto amministrativo-contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento.

Il sistema amministrativo-contabile attiene alla corretta rappresentazione contabile dei fatti aziendali e alla salvaguardia del patrimonio; la sua adeguatezza (cfr. Principio 2.3) è condizione necessaria e imprescindibile al fine di garantire l'equilibrato svolgimento della vita aziendale.

Ciò posto, un sistema amministrativo-contabile risulta adeguato se permette:

- la completa, tempestiva e attendibile contabilizzazione e rappresentazione dei fatti di gestione;
- la produzione di informazioni valide e utili per lo svolgimento delle attività di controllo, anche ai fini della salvaguardia del patrimonio aziendale;
- la produzione di dati attendibili per la formazione del bilancio.

Quindi, la vigilanza del collegio sindacale sulle modalità con cui l'azienda amministra concretamente e rileva contabilmente gli atti di amministrazione, si esercita - in modo sintetico - con le azioni di seguito indicate:

a) all'inizio del mandato, il collegio sindacale deve:

- acquisire una adeguata comprensione del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile della società attraverso:
  - le evidenze e la documentazione sulla cui base gli amministratori fondano la propria valutazione di adeguatezza;
  - i colloqui con gli amministratori e con le funzioni aziendali - ove esistenti, quali l'internal auditing - che sono preposte a garantire e a mantenere tale adeguatezza; circa queste ultime, poi, deve valutare il grado di indipendenza e competenza, i compiti assegnati e le modalità operative;
  - il confronto con la funzione esterna incaricata della revisione legale dei conti, che a sua volta rileva e valuta il sistema amministrativo-contabile, per quanto di sua competenza;
- addivenire ad una autonoma valutazione del sistema, individuando gli eventuali punti di debolezza e segnalandoli agli amministratori per gli opportuni interventi migliorativi. Al riguardo, poiché la vigilanza del collegio sindacale si estrinseca in un controllo di "sistema" (si confronti il Principio 2.3), e non in un esame analitico della complessiva

azienda, lo stesso adotterà un approccio di vigilanza “per processi” (o “cicli”: l’attività dell’azienda e le singole operazioni che la compongono sono infatti per lo più rappresentate da “fatti ripetitivi”); l’esame delle modalità organizzative afferenti la tenuta della contabilità generale sarà cioè operato analizzando la strutturazione dei principali cicli operativi aziendali (produzione, vendite, magazzino, ecc.), al fine di valutare non solo l’esistenza di formali procedure amministrative specificamente dedicate, ma anche la loro conoscenza, divulgazione ed effettiva attuazione all’interno dell’azienda stessa; cioè, in sintesi, si deve verificare che i singoli processi aziendali siano correttamente riflessi nel sistema amministrativo-contabile e che questo sia, nel suo complesso, funzionante;

- accertarsi che le funzioni interne aziendali svolgano compiti di monitoraggio del sistema per garantirne il concreto funzionamento.

**b)** Nel corso del mandato il collegio sindacale esercita l'attività in discorso, pianificando momenti periodici di intervento, anche attraverso incontri con le diverse funzioni di controllo interno aziendale (ove esistenti: internal auditing, organismo di vigilanza ex D.Lgs. 231/2001, controllo di gestione, ecc.), per accertare:

- se i punti di debolezza segnalati (sia in sede di autovalutazione da parte degli amministratori/della direzione, sia autonomamente da parte del collegio sindacale) siano stati superati;
- se siano intervenute modifiche significative ai sistemi rilevati, che comportino un aggiornamento della valutazione effettuata all'inizio del mandato;
- se le funzioni di monitoraggio abbiano correttamente operato e se siano emersi ulteriori punti di debolezza;
- se i controlli di conformità eseguiti dal soggetto titolare della revisione legale dei conti abbiano messo in evidenza ulteriori punti di debolezza.

Il collegio sindacale poi, operando la vigilanza del “concreto funzionamento” del sistema amministrativo-contabile, se del caso e tramite verifiche a campione, esegue autonomi controlli di conformità (controlli, cioè, finalizzati ad acquisire elementi probativi sull’adeguata progettazione e sull’efficace funzionamento del sistema dei controlli interni e del sistema amministrativo-contabile) sui diversi cicli aziendali ed i sottostanti flussi documentali e segnala agli amministratori le eventuali debolezze riscontrate.

Inoltre, i sindaci, devono esaminare anche i risultati dell’attività svolta dal soggetto preposto alla revisione legale dei conti, ove esistente, in merito al sistema amministrativo-contabile, considerando in particolare i punti di debolezza da questi segnalati nelle lettere alla direzione. Infatti, in assenza di elementi che giustifichino verifiche particolari e puntuali sulla regolare tenuta della contabilità e

sulla sua corrispondenza ai fatti gestionali, il collegio sindacale può fare affidamento sul giudizio positivo formulato dal soggetto preposto alla revisione legale dei conti in tema di regolarità dei conti aziendali.

I sindaci verbalizzano l'attività svolta, i risultati conseguiti e le proprie conclusioni sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, e riferiscono dell'attività di vigilanza svolta in un apposito paragrafo della relazione da presentare all'assemblea in occasione dell'approvazione del bilancio di esercizio.

### ***Principio 2.5 Vigilanza sull'adeguatezza e sul concreto funzionamento dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile delle imprese ed enti minori***

Nel delimitare il perimetro delle "imprese ed enti minori" per le finalità di cui alla presente norma, è possibile riferirsi alla definizione elaborata dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e dal Consiglio Nazionale dei Ragionieri – Commissione Paritetica per i Principi di Revisione nel Documento n. 1005: "*Considerazioni sulla revisione delle Imprese ed Enti minori*", nel quale si fa riferimento non solo ad indici quantitativi della dimensione (quali il totale delle attività e delle passività del bilancio, il giro d'affari ed il numero dei dipendenti), ma anche ad indici qualitativi quali:

- a) la concentrazione della proprietà e della direzione aziendale in capo ad un'unica persona (fisica) o ad un ristretto numero di persone;
- b) ed inoltre:
  - la limitatezza della fonte dei ricavi;
  - la semplicità delle scritture contabili;
  - la limitatezza dei controlli interni.

Nel citato documento, sono considerati imprese ed enti minori i soggetti che, di norma, presentano la caratteristica di cui al punto a) ed una o più delle caratteristiche del punto b).

Gli elementi qualitativi di distinzione delle imprese ed enti minori incidono quindi sulle modalità con cui il collegio sindacale adempie ai doveri di vigilanza sull'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e sul suo concreto funzionamento, modalità che vedono il collegio coinvolto più in un'attività di vigilanza diretta - incentrata sull'indagine dei fatti più significativi, anziché indiretta - incentrata sulla generica supervisione sull'attività svolta dagli eventuali altri organi di controllo aziendale (cfr. Principio 2.3).

Innanzitutto, la semplicità della struttura organizzativa, la limitatezza della gamma di prodotti o servizi offerti, il numero di unità produttive e dei mercati in cui si estrinseca l'ordinaria operatività

rendono meno complessa l'acquisizione ed il mantenimento della conoscenza dell'impresa stessa da parte dei sindaci, rispetto ad entità caratterizzate da dimensioni maggiori ed una più complessa struttura.

In particolare, il coinvolgimento diretto nella gestione ordinaria del proprietario-amministratore dell'azienda può favorirne la rigorosa supervisione da parte dello stesso (che ha una personale conoscenza della sua impresa), supplendo quindi alla limitatezza nella suddivisione dei compiti ed alla concentrazione, in capo ad uno stesso dipendente, di funzioni sia operative, che di controllo, nonché all'eventuale limitata o assente formalizzazione delle direttive e delle procedure aziendali.

Pertanto, il collegio sindacale, nella valutazione dell'adeguatezza e del concreto funzionamento dell'assetto organizzativo si concentrerà, necessariamente, sulla valutazione della concreta consapevolezza del controllo da parte del proprietario-amministratore e nella misura del coinvolgimento nella quotidiana gestione aziendale, intrattenendo regolari contatti con lo stesso.

Circa, poi, la vigilanza sulla adeguatezza e sul concreto funzionamento dell'assetto amministrativo-contabile adottato dagli enti ed imprese minori, la funzione amministrativa e le registrazioni contabili di tali soggetti potrebbero presentare un livello modesto di complessità, talché il numero dei dipendenti esclusivamente dedicati alla tenuta della contabilità potrebbe essere molto ridotto e, pertanto, potrebbe non essere stato possibile impostare un sistema di controllo indipendente sul loro operato, ovvero, le incombenze amministrativo-contabili potrebbero essere state addirittura affidate ad un soggetto esterno all'azienda stessa (società di servizi o studio professionale).

Al riguardo, il collegio sindacale, vigila sull'adeguatezza del sistema amministrativo-contabile delle imprese ed enti minori, attraverso controlli di validità sulla contabilizzazione dei fatti aziendali, stante il fatto che spesso, nei predetti soggetti, le popolazioni contabili sono piccole e facilmente analizzabili, nonché attraverso la verifica della tenuta dei libri contabili e sociali. Con riguardo alla tenuta dei libri sociali, in presenza di un Amministratore Unico può essere opportuno che il collegio richieda l'adozione del libro delle "Determinazioni dell'Amministratore Unico".

Tali verifiche, naturalmente, saranno estese anche ai soggetti esterni, ai quali l'azienda abbia eventualmente affidato l'erogazione dei servizi amministrativi.

Inoltre, il collegio sindacale, confronta le proprie risultanze con quelle prodotte dall'eventuale funzione esterna incaricata della revisione legale dei conti, che a sua volta rileva e valuta il sistema amministrativo-contabile, per quanto di sua competenza.

I sindaci segnalano al proprietario-amministratore e al soggetto incaricato della revisione legale dei conti, se presente, gli eventuali punti di debolezza riscontrati nell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sollecitando interventi correttivi.

Al riguardo, poiché le imprese e gli enti minori sono, in quanto tali, caratterizzati da una scarsa formalizzazione degli aspetti organizzativi, in ragione della maggiore semplicità dei cicli operativi (in termini di tipologia di attività svolta e di numerosità del personale dedicato), il collegio sindacale potrebbe riscontrare una carente sensibilità verso i controlli.

Tuttavia, anche in un'impresa minore può realizzarsi un certo grado di separazione delle funzioni o altre semplici forme di controllo. Pertanto, il collegio sindacale, può stimolare i proprietari-amministratori a strutturare, anche gradualmente, un sistema, seppur minimale, di controlli interni.

In particolare, l'azienda potrà:

- stabilire delle formali procedure per le principali operazioni aziendali;
- individuare in dette procedure dei punti di controllo, finalizzati a prevenire errori o irregolarità nell'informativa contabile o ad identificarli e correggerli nel caso si manifestino;
- nel caso in cui il sistema amministrativo-contabile dipenda in modo consistente da procedure automatizzate (o "information technology"), garantire un sistema di discriminazione degli accessi (abilitazioni, parole chiave, ecc.), nonché la continuità di elaborazione (copie di sicurezza).

I sindaci verbalizzano l'attività svolta, i risultati conseguiti e le proprie conclusioni sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, e riferiscono dell'attività di vigilanza svolta in un apposito paragrafo della loro relazione, da presentare all'assemblea in occasione dell'approvazione del bilancio di esercizio.

### ***Principio 2.6 Vigilanza in ordine al bilancio di esercizio ed alla relazione sulla gestione***

Quanto di seguito esposto si applica quando al collegio sindacale, per obbligo di legge o per scelta effettuata dallo statuto, non sia attribuita la funzione di revisore legale dei conti, ai sensi dell'art. 2409-*bis* c.c., per le società per azioni, e dall'art. 2477 c.c., per le società a responsabilità limitata.

Ciò non vuol dire che il collegio non debba prendere in esame il bilancio d'esercizio e i documenti che lo accompagnano.

Nei riguardi del bilancio d'esercizio, il collegio, in accordo con la *ratio* delle norme, ed in applicazione dell'obbligo di vigilanza sull'osservanza della legge e dell'atto costitutivo, conserva, anche quando non svolge le funzioni di revisione legale dei conti, taluni compiti di vigilanza, senza per questo sovrapporsi all'operato della società di revisione legale o del revisore legale esterno.

In particolare, il collegio sindacale, conserva l'obbligo di vigilare sull'osservanza, da parte degli

amministratori, delle norme procedurali inerenti la formazione, il deposito e la pubblicazione del bilancio, nonché la convocazione e lo svolgimento dell'assemblea dei soci che approva il bilancio.

Inoltre, pur non dovendo effettuare controlli analitici di merito sul contenuto del bilancio, al collegio sindacale compete l'onere di vigilare sulle impostazioni date allo stesso, anche utilizzando le informazioni ottenute dal revisore legale esterno. In particolare, il collegio sindacale deve rilevare:

- la generale conformità alla legge della forma e dell'impostazione generale del bilancio (ed il rispetto delle disposizioni dell'art. 2435-*bis* c.c., se applicabili);
- l'adozione, da parte degli amministratori, di corretti principi contabili. Ciò anche quando la società, in base alle disposizioni del D.Lgs n. 38/2005, rediga, in via obbligatoria o facoltativa, il bilancio secondo i principi contabili internazionali IAS/IFRS;
- le eventuali deroghe da parte degli amministratori di cui all'art. 2423, 4° comma, c.c.;
- la rispondenza del bilancio ai fatti ed alle informazioni di cui il collegio sindacale è a conoscenza a seguito della partecipazione alle riunioni degli organi sociali, dell'esercizio dei suoi doveri di vigilanza e dei suoi poteri di ispezione e controllo;
- il rispetto delle disposizioni dell'art. 2429, commi 1, 3 e 4, c.c. e dell'art. 2435 c.c. in merito al deposito e alla pubblicazione del bilancio;
- gli adempimenti relativi alle disposizioni dell'art. 2426, 1° comma, numeri n. 5 e 6, c.c..

La verifica di tali aspetti è, inoltre, strumentale all'esercizio della vigilanza sia sull'amministrazione della società, sia sul rispetto dei doveri propri degli amministratori e del revisore legale esterno inerenti al bilancio.

Per quanto concerne la relazione sulla gestione, l'attività di vigilanza riguarda:

- l'accertamento della sussistenza del contenuto obbligatorio secondo quanto previsto dall'art. 2428 c.c.;
- la valutazione della sua completezza e chiarezza informativa;
- l'accertamento della corrispondenza e coerenza della relazione con le risultanze del bilancio.

### ***Principio 2.7 Vigilanza in ordine al bilancio consolidato ed alla relazione consolidata sulla gestione***

Quanto di seguito esposto si applica quando al collegio sindacale, per obbligo di legge o per scelta effettuata dallo statuto, non sia attribuita la funzione di revisione legale dei conti, ai sensi dell'art. 2409-*bis* c.c., per le società per azioni, e dall'art. 2477 c.c., per le società a responsabilità limitata.

Ciò posto, preliminarmente, occorre ricordare che il D.Lgs. 4 aprile 1991, n. 127, stabilisce che il bilancio consolidato:

- a) è redatto dagli amministratori dell'impresa controllante ed è costituito dallo stato patrimoniale, dal conto economico e dalla nota integrativa (art. 29, 1° comma);
- b) deve essere assoggettato ad un controllo che ne accerti la regolarità e la corrispondenza alle scritture contabili dell'impresa controllante ed alle informazioni trasmesse dalle imprese incluse nel consolidamento (art. 41, 1° comma) e che il controllo è demandato agli organi o soggetti cui è attribuito per legge quello sul bilancio d'esercizio dell'impresa controllante;
- c) deve essere comunicato per il controllo unitamente alla relazione sulla gestione con il bilancio d'esercizio e che gli accertamenti fatti e l'esito degli stessi devono risultare da una relazione (art. 41, commi 4 e 5).

Per il collegio sindacale non è previsto alcun obbligo di relazione né di formali espressioni di giudizio, che sono invece richiesti al revisore legale esterno. Ciò non impedisce al collegio la facoltà di esprimere in ambito assembleare o in altro ambito, proposte sul bilancio consolidato, anche discordi rispetto a quelli del revisore legale esterno.

In particolare, il collegio deve:

- a) in occasione della sua nomina, richiedere all'organo amministrativo un'informazione scritta sulla composizione del "gruppo" e dei rapporti di partecipazione secondo l'art. 2359 c.c. e l'art. 26 del D.Lgs. 127/91;
- b) rilevare, nell'ambito della struttura organizzativa della capogruppo l'esistenza di una funzione responsabile dei rapporti con le società controllate e collegate e valutarne l'efficienza e l'operatività;
- c) ottenere dal revisore legale esterno la relazione di revisione predisposta a norma dell'art. 2409-ter, 1° comma, lett. c), c.c.;
- d) nell'attività di vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, ottenere dall'organo amministrativo, tempestive informazioni sulle operazioni di maggior rilievo economico, finanziario e patrimoniale effettuate nell'ambito dei rapporti di gruppo;
- e) mantenere lo scambio dei dati e delle informazioni rilevanti col revisore legale esterno (art. 2409-septies c.c.) e, se ritenuto opportuno, lo scambio di informazioni con i corrispondenti organi di controllo delle società controllate, ai sensi dell'art. 2403-bis, 2° comma, c.c.;
- f) svolgere sul bilancio consolidato e sulla relazione consolidata sulla gestione le medesime attività di vigilanza previste dalla norma per il bilancio d'esercizio, nel caso di non attribuzione del controllo contabile al collegio sindacale.

### ***Principio 2.8 Vigilanza sull'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società***

La disciplina di cui agli articoli 2497 e seguenti c.c. e il consequenziale regime di responsabilità richiede al collegio sindacale l'esercizio di un'attività di vigilanza articolata e fondata sui seguenti controlli:

- a) verifica, in ossequio all'articolo 2497-*bis* c.c., che l'organo amministrativo della società soggetta ad attività di direzione e coordinamento abbia correttamente indicato negli atti e nella corrispondenza la società o ente alla cui attività di direzione e coordinamento è sottoposta e che abbia provveduto alla relativa iscrizione nell'apposita sezione del registro delle imprese competente;
- b) riscontro, in ossequio all'articolo 2497-*bis* c.c., che le informazioni relative ai rapporti tra società o enti soggetti ad attività di direzione e coordinamento siano completate attraverso l'indicazione:
  - nella nota integrativa, di un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio approvato della società o ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento (art. 2497-*bis*, 4° comma, c.c.);
  - nella relazione sulla gestione, dei rapporti intercorsi con il soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette, nonché degli effetti che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati;
- c) verifica, in ossequio all'articolo 2497-*ter* c.c., che le deliberazioni assunte dall'organo amministrativo delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quando da questa influenzate, risultino adeguatamente e analiticamente motivate, con dovuta menzione anche nella relazione sulla gestione. Al riguardo il collegio sindacale controlla che l'organo amministrativo non abbia trascurato di assumere informazioni conferenti e adeguate per motivare la correttezza, quindi la legittimità, delle direttive stabilite dalla società che esercita l'attività di direzione e coordinamento e che tale processo decisionale risulti enunciato e portato a conoscenza nel corso delle riunioni consiliari;
- d) verifica, in ossequio alle disposizioni contenute nell'articolo 2467 c.c. (cui l'articolo 2497-*quinquies* c.c. rinvia), che il rimborso dei finanziamenti erogati a favore della società controllata da parte del soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento sia postergato rispetto alla esigibilità degli altri creditori sociali;
- e) verifica dell'esistenza e del relativo concreto funzionamento di un sistema formale e strutturato di gestione dei flussi informativi tra le società del gruppo (presenza di organi di staff, predisposizione e redazione di manuali e regolamenti di gruppo, codici interni etici e di autodisciplina, formalizzazione di specifiche procedure organizzative). In caso contrario il

collegio sindacale ne suggerisce l'eventuale adozione, in funzione delle dimensioni del gruppo e della concreta attuazione dell'attività di direzione e coordinamento.

### **3. Acquisizione e scambio delle informazioni**

#### ***Principio 3.1 Rapporti con l'organo amministrativo***

La circolazione delle informazioni tra gli organi societari costituisce un punto decisivo ai fini del funzionamento della *governance* delle società disegnata dalla riforma del 2003. Analogamente a quanto da tempo previsto per le società quotate, infatti, è stato istituito un complesso impianto informativo in cui il collegio sindacale riveste un ruolo centrale che si sviluppa in diverse direzioni.

Al di là delle informazioni assunte in occasione della partecipazione attiva alle riunioni del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo, delle verifiche trimestrali e dell'esercizio del potere-dovere di richiedere specifiche informazioni agli amministratori, fondamentale importanza assumono, per la conoscenza dell'attività di gestione svolta, le informazioni periodiche previste dall'art. 2381, 5° comma, c.c..

Esse riguardano:

- il generale andamento della gestione e la sua prevedibile evoluzione;
- le operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate.

Tali informazioni devono essere fornite dagli organi delegati con apposita relazione almeno semestralmente ovvero con la cadenza più serrata fissata dallo statuto.

Gli eventuali approfondimenti sulle modalità di tali operazioni, ritenuti opportuni, potranno essere richiesti agli amministratori dal collegio sindacale ai sensi dell'art. 2403-*bis*, 1° comma, c.c..

#### ***Principio 3.2 Rapporti con la società di revisione legale o con il revisore legale***

Il collegio sindacale che non sia incaricato dell'esercizio della revisione legale dei conti, ha rapporti con il revisore legale esterno (società di revisione legale o revisore legale), in quanto:

- partecipa con proposta motivata alla nomina ed alla revoca del soggetto incaricato della revisione legale dei conti (Art. 13 del Decreto Legislativo recante attuazione della Direttiva 2006/43/CE);
- attua con esso un reciproco scambio di dati e informazioni (art. 2409-*septies* c.c..).

Nel primo caso, il collegio sindacale deve assumere informazioni sufficienti, concernenti anche

il piano di revisione, per esprimere il proprio parere all'assemblea sul conferimento o sulla revoca dell'incarico.

Nel secondo caso, il collegio sindacale deve organizzare il rapporto con il soggetto incaricato della revisione legale dei conti, concordando con lo stesso tempi e modalità per lo scambio delle informazioni "rilevanti" al fine dell'espletamento dei reciproci incarichi.

E' opportuno che il collegio sindacale incontri il soggetto incaricato della revisione legale dei conti (o i suoi responsabili se il soggetto è una società di revisione legale) con la necessaria periodicità. In ogni caso, è opportuno prefissare un calendario annuale di tali incontri.

Ogni riunione deve essere oggetto di specifica verbalizzazione nella quale si evidenziano:

- a)** i dati e le informazioni ricevuti dal soggetto incaricato della revisione legale dei conti;
- b)** i dati e le informazioni comunicati al soggetto incaricato della revisione legale dei conti;
- c)** l'inesistenza di dati e informazioni specificatamente richiesti al soggetto incaricato della revisione legale dei conti, cui non sia seguita la dovuta comunicazione;
- d)** la mancanza di comunicazioni da parte del soggetto incaricato della revisione legale dei conti.

I dati e le informazioni oggetto di reciproco scambio sono:

- a)** tutti quelli ritenuti rilevanti, opportuni o utili per lo svolgimento dell'attività di vigilanza;
  - b)** tutti quelli derivanti dalle verifiche del soggetto incaricato della revisione legale dei conti
- in ordine:

- all'osservanza della legge e dell'atto costitutivo;
- alla struttura organizzativa e al controllo interno;
- alla continuità aziendale;
- al sistema amministrativo contabile;
- alla regolare tenuta della contabilità e corretta rilevazione dei fatti di gestione;
- all'esecuzione, da parte della società, degli adempimenti fiscali e previdenziali previsti dalla legge;
- c)** tutte le comunicazioni e richieste scritte e verbali del soggetto incaricato della revisione legale dei conti agli amministratori e dirigenti;
- d)** l'esistenza di fatti censurabili rilevati dal soggetto incaricato della revisione legale dei conti;
- e)** le verifiche effettuate su operazioni con parti correlate e le considerazioni al riguardo.

In particolare, in occasione delle fasi conclusive di verifica del bilancio, il soggetto incaricato della revisione legale dei conti fornisce al collegio sindacale:

- la comunicazione del piano di revisione applicato e delle procedure svolte;

- le notizie in ordine a problematiche relative al bilancio;
- il contenuto delle relazioni che intende emettere.

In occasione di operazioni straordinarie, come ad esempio aumento di capitale sociale, fusioni, scissioni, il collegio sindacale deve acquisire dal soggetto incaricato della revisione legale dei conti:

- informazioni in ordine al lavoro svolto con riferimento a tali operazioni;
- il contenuto delle relative relazioni e pareri al momento del rilascio.

### ***Principio 3.3 Rapporti con i preposti al controllo interno***

Come sopra illustrato, l'attività di vigilanza del collegio sindacale si sostanzia nella supervisione dell'attività svolta dagli organi di amministrazione e di controllo dell'impresa, nonché nell'indagine sui fatti aziendali più significativi.

A tal fine, devono essere attivati rapporti relazionali di tipo informativo con i soggetti preposti al controllo interno, ove presenti, ovvero, nel caso di imprese ed enti minori (cfr. Principio 2.5) con i proprietari-amministratori e con i singoli dipendenti incaricati di una qualunque forma di controllo.

Tali soggetti, poi, possono riferire di propria iniziativa al collegio o sono dallo stesso interpellati, sia in via collegiale, che individuale, dai singoli componenti del collegio sindacale.

Le modalità attraverso le quali svolgere i suddetti rapporti sono di seguito illustrate.

Il collegio sindacale deve identificare innanzitutto il personale dipendente preposto ad attività di controllo (ove presente), con aggiornamento da tenersi con la necessaria periodicità.

Sempre con la necessaria periodicità, deve essere tenuta una riunione con i citati preposti, verbalizzando le informazioni ricevute, le richieste fatte e le risposte (anche se negative).

Le suddette informazioni si distinguono nelle seguenti tipologie:

- ogni informazione ritenuta rilevante o utile ai fini dell'attività di vigilanza ad opera del collegio sindacale;
- informazioni inerenti l'organizzazione del controllo interno aziendale;
- informazioni relative ad eventuali relazioni o periodici rapporti afferenti il controllo interno, indirizzati sia agli amministratori, sia in via gerarchica all'interno della struttura organizzativa aziendale, sia al soggetto esterno titolare della funzione di revisione legale dei conti;
- informazioni in ordine a violazioni della legge o dell'atto costitutivo o su fatti censurabili;
- informazioni in ordine ai rischi con effetti patrimoniali o fatti comportanti potenziali violazioni di legge.

Qualora poi, l'attività di controllo interno abbia assunto il rango di autonoma funzione d'impresa (il c.d. "internal auditing"), la vigilanza del collegio sindacale deve:

- valutare l'adeguatezza della struttura organizzativa della funzione (in relazione alle dimensioni ed alla complessità dell'impresa);
- valutare l'indipendenza del personale addetto rispetto alle funzioni operative aziendali;
- acquisire conoscenza dei compiti assegnati dagli amministratori alla funzione, nonché dei relativi poteri e responsabilità;
- ottenere, in sede di riunione con i preposti alla funzione, ogni informazione ritenuta rilevante o utile ai fini dell'attività di vigilanza ad opera del collegio sindacale;
- prendere conoscenza dei rapporti e delle informazioni che la funzione inoltra agli amministratori.

Si ritiene opportuno che il responsabile della funzione di internal auditing debba essere posto in posizione di staff rispetto al presidente o all'amministratore delegato.

Nel caso in cui la società abbia esternalizzato tale funzione, il collegio sindacale deve esaminare il contenuto dell'incarico conferito, al fine di valutarne l'adeguatezza, nonché esaminare i rapporti e le informazioni che la funzione inoltra periodicamente agli amministratori.

## **4. Poteri del collegio e verbalizzazioni**

### ***Principio 4.1 Atti di ispezione e controllo***

Il primo comma dell'art. 2403-bis c.c. prevede che i sindaci possono in qualsiasi momento procedere, anche individualmente, ad atti di ispezione e controllo.

In linea di principio ed in coerenza con la natura dell'organo sindacale, i suddetti poteri devono essere esercitati collegialmente. Di conseguenza, se un sindaco ritiene necessario o opportuno procedere ad atti di ispezione e di controllo, deve sottoporre tali sue determinazioni al collegio sindacale, nel corso delle riunioni periodiche o richiedendo una specifica convocazione del collegio stesso.

L'esercizio dei poteri suddetti, da parte anche di un solo componente, può essere svolto qualora il collegio decida in modo difforme o non provveda o non possa provvedere, oppure nei casi di indifferibile urgenza. In tali casi, è opportuno che i componenti, o il componente, che procedono alle richieste, ne diano informazione scritta agli altri membri del collegio e diano, inoltre, ai medesimi, comunicazione delle risposte ottenute. Devono, altresì, dare informazione scritta delle ispezioni e controlli che intendono comunque effettuare, nonché dei relativi risultati.

Diverso è il caso in cui il collegio incarichi uno o più dei suoi componenti a svolgere l'attività di cui sopra. In tal caso, si tratta di decisione collegiale e le procedure sopra esposte non si applicano, se non per la parte relativa alle comunicazione in ordine alle risposte ed ai risultati.

### ***Principio 4.2 Richiesta di informazioni agli amministratori***

Nell'ambito dei poteri previsti dall'art. 2403-*bis* c.c., il collegio sindacale può chiedere agli amministratori ulteriori notizie, anche con riferimento a società controllate, rispetto a quelle già ricevute in base all'art. 2381 c.c..

Il contenuto delle richieste può spaziare dalle informazioni sullo stato della società alle motivazioni di una specifica operazione, dai processi di valutazione che stanno alla base di determinate decisioni, alle informazioni assunte dagli amministratori prima del compimento delle operazioni, dall'analisi dei rischi alle cautele prese e può riguardare, in definitiva, ogni aspetto sul quale il collegio ritenga di dovere essere informato al fine di vigilare sul rispetto dei principi di corretta amministrazione.

Ai sindaci non possono essere opposte esigenze di riservatezza di qualsivoglia genere, posto che diversamente non potrebbero assolvere compiutamente alle loro funzioni; si sottolinea che i sindaci, a loro volta, hanno l'obbligo di riservatezza.

Il potere di richiedere notizie agli amministratori deve essere esercitato collegialmente, a differenza di quanto previsto dall'art. 151, 1° comma, D.Lgs. 58/1998 per i sindaci delle società quotate, ai quali è riconosciuto anche un potere individuale.

Le informazioni richieste dal collegio sindacale possono essere rilasciate dagli amministratori sia in forma scritta, con un apposito rapporto, sia verbalmente. In quest'ultimo caso sarà il collegio a redigere un verbale ed a notificarlo agli amministratori medesimi, chiedendo conferma del suo contenuto. Non sarà necessaria un'apposita verbalizzazione del collegio quando le informazioni ricevute, essendo state fornite nel corso di un'assemblea, o di una riunione del consiglio di amministrazione, o del comitato esecutivo, vengano annotate in uno dei libri obbligatori previsti dall'art. 2421 c.c..

Il comma 2 dell'art. 2403-*bis* attribuisce esplicitamente al collegio anche il potere-dovere di scambiare informazioni con gli organi di controllo delle società controllate. Il contenuto di questo scambio informativo è, tuttavia, più limitato rispetto alle informazioni che giungono ai sindaci passando per gli amministratori, avendo ad oggetto soltanto l'assetto organizzativo e l'andamento generale delle controllate.

### ***Principio 4.3 Convocazione dell'assemblea dei soci***

I sindaci devono procedere alla convocazione dell'assemblea dei soci per:

- a) obbligo proprio, nei seguenti casi:

- 1) rilevazione dei fatti censurabili di rilevante gravità, quando vi sia urgente necessità di provvedere (art. 2406, 2° comma, c.c.);
- 2) denuncia di un socio o di una minoranza qualificata dei soci ex art. 2408 c.c. di fatti censurabili, riscontrati dal collegio sindacale, rimasti non sanati, qualora i fatti stessi siano di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere (vedere Principio 6.2);
- 3) cessazione della carica di tutti gli amministratori o dell'amministratore unico (art. 2386, 5° comma, c.c.).

**b) Omissione o ingiustificato ritardo nella convocazione dell'assemblea dei soci da parte degli amministratori (art. 2406, 1° comma, c.c.), come nei seguenti casi:**

- 1) approvazione del bilancio d'esercizio;
- 2) assunzione di provvedimenti ai sensi degli artt. 2446, 2447, 2482, 2482-*bis* e 2482-*ter* c.c.;
- 3) cessazione della carica della maggioranza degli amministratori (art. 2386, 2° comma, c.c.);
- 4) nella s.p.a., richiesta di convocazione da parte di tanti soci che rappresentino almeno un decimo del capitale sociale o la minore percentuale prevista dallo statuto (art. 2367 c.c.);
- 5) nella s.r.l., richiesta di convocazione da parte di tanti soci che rappresentino almeno 1/3 del capitale sociale o la minore percentuale prevista dallo statuto (art. 2479, 4° comma, c.c.).

La legge impone al collegio di dare preventiva comunicazione della convocazione dell'assemblea al presidente del consiglio di amministrazione, o all'amministratore unico, nei casi di cui ai punti 1 e 2 della lettera a) che precede; tale comunicazione risulta comunque opportuna negli altri casi. In mancanza del presidente del consiglio di amministrazione, è opportuno che la comunicazione venga indirizzata a tutti gli amministratori in carica.

La convocazione dell'assemblea da parte dei sindaci è un atto di competenza collegiale; pertanto, se la convocazione non è deliberata dal collegio, potrebbero sussistere condizioni di invalidità dell'atto e della susseguente delibera assembleare.

Di conseguenza, se un componente intende avvalersi di tali poteri, deve prospettare tale circostanza nel corso delle riunioni periodiche del collegio o richiedendo una specifica riunione.

La delibera del collegio deve prevedere i contenuti dell'avviso di convocazione ed i relativi modi. La convocazione deve osservare la forma prevista dalla legge, o dallo statuto, ed esprimere

con chiarezza gli argomenti all'ordine del giorno. Il collegio sindacale valuterà l'opportunità di presentare all'assemblea una specifica relazione.

#### ***Principio 4.4 Verbalizzazione dell'attività di vigilanza***

I risultati degli accertamenti eseguiti dal collegio sindacale devono risultare da specifica verbalizzazione; i relativi controlli devono essere sufficientemente ed ordinatamente documentati al fine di poter disporre degli opportuni elementi probatori.

Il collegio sindacale deve tenere presso la sede della società il libro delle adunanze e delle deliberazioni sul quale trascrivere le risultanze degli accertamenti eseguiti e della propria attività di vigilanza. E' buona norma provvedere tempestivamente alla trascrizione sul libro, al più tardi entro la seduta successiva a quella oggetto di verbalizzazione.

Per la tenuta del libro devono essere osservate le disposizioni dell'ultimo comma dell'art. 2421 c.c..

Nei verbali, anche relativi alle riunioni periodiche, devono essere descritte sinteticamente le attività di vigilanza svolte, nonché le conclusioni raggiunte. Dopo la fine dell'esercizio, in occasione dell'assemblea di approvazione del bilancio, il collegio sindacale deve riunirsi per predisporre, riportandola sul libro dei verbali, la relazione sull'attività di vigilanza svolta di cui al successivo Principio 7.1.

Qualora il verbale contenente le risultanze e gli accertamenti eseguiti esponga rilievi, è opportuno che una sua copia sia inviata all'organo amministrativo.

## **5. Partecipazione alle riunioni degli organi sociali**

### ***Principio 5.1 L'intervento alle adunanze: Premessa***

L'art. 2405 c.c. impone ai sindaci di assistere alle "adunanze del consiglio di amministrazione, alle assemblee e alle riunioni del comitato esecutivo".

Si tratta di uno degli aspetti più qualificanti della generale funzione attribuita all'organo di controllo.

Infatti, la partecipazione alle riunioni degli altri organi societari, consente di valutare la rispondenza alla legge ed allo statuto, nonché ai principi di corretta amministrazione, della loro

azione, acquisendo, in tali sedi, le informazioni necessarie per lo svolgimento dell'attività di vigilanza da esercitare ex post.

Realizza, inoltre, il necessario presupposto affinché i sindaci possano motivatamente criticare e costruttivamente intervenire, finanche attraverso la manifestazione del proprio dissenso, per l'adozione di tutte quelle iniziative volte a tutelare gli interessi della società, dei soci e dei terzi.

La partecipazione alle assemblee, alle riunioni del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo, è sancita dall'art. 2405, 2° comma, c.c., come un dovere: la mancata partecipazione, senza giustificato motivo, alle assemblee, o, durante un esercizio sociale, a due adunanze consecutive del consiglio di amministrazione o del comitato esecutivo, comporta la decadenza dall'ufficio.

Si raccomanda pertanto, in caso di assenza, di portare preventivamente (ove possibile) a conoscenza del presidente del consiglio di amministrazione (o del presidente del comitato esecutivo o dell'amministratore unico) il motivo che non consente al sindaco di partecipare.

### ***Principio 5.1.1 Partecipazione ai consigli di amministrazione***

I sindaci devono accertare la conformità alla legge e allo statuto delle formalità di convocazione e costituzione della riunione consiliare e delle delibere assunte.

Qualora il collegio sindacale accerti che il contenuto delle deliberazioni che il consiglio sta per assumere è in contrasto con la legge e/o lo statuto, o che esso riguarda operazioni manifestamente imprudenti, che potrebbero compromettere la situazione patrimoniale della società, oppure operazioni non giustificabili in relazione all'oggetto sociale, devono manifestare il proprio dissenso con l'inserimento di dichiarazioni a verbale.

Qualora, nonostante il dissenso del collegio sindacale, la delibera venga ugualmente adottata, i sindaci devono valutare se sia opportuno impugnare la stessa nei termini e con le modalità di cui agli artt. 2388 e 2475-ter c.c., qualora la delibera non venga tempestivamente sostituita con altra conforme alla legge e allo statuto, o comunque non vengano attuati adeguati interventi correttivi. Analoga condotta dovrà essere assunta dal collegio sindacale nelle ipotesi previste dagli artt. 2391 e 2475-ter c.c..

Relativamente ai poteri/doveri attribuiti al collegio sindacale in materia di convocazione dell'assemblea dei soci, si rimanda al Principio 4.3.

### ***Principio 5.1.2 Partecipazione alle decisioni del consiglio di amministrazione di s.r.l non assunte mediante deliberazione adottata a seguito di adunanza del consiglio***

Nelle s.r.l., quando espressamente previsto dallo statuto, le decisioni del consiglio di amministrazione possono essere assunte, ai sensi e nei limiti dell'art. 2475 c.c., anche al di fuori delle adunanze consiliari, mediante consultazione scritta o consenso espresso per iscritto da parte degli amministratori.

Nel caso di decisioni da assumersi mediante consultazione scritta, o consenso espresso per iscritto, il collegio sindacale deve verificare la conformità della procedura adottata alle previsioni dell'art. 2475 c.c. e alle norme statutarie che autorizzano tali decisioni e ne regolano la formazione e il perfezionamento della volontà.

Per la condotta da tenere in ipotesi di decisioni non conformi alla legge, allo statuto ed ai principi di corretta amministrazione si rinvia al Principio 5.1.1.

Relativamente ai poteri/doveri attribuiti al collegio sindacale in materia di convocazione dell'assemblea dei soci, si rimanda al Principio 4.3.

### ***Principio 5.1.3 Partecipazione ai comitati esecutivi***

In ordine alla partecipazione del collegio sindacale alle riunioni del comitato esecutivo, si rinvia al Principio 5.1.1.

In caso di deliberazioni in contrasto con la legge e/o lo statuto o contrarie ai principi di corretta amministrazione, il collegio, oltre al potere di impugnare tali deliberazioni, potrà sollecitare la convocazione del consiglio di amministrazione, quale organo titolare delle attribuzioni delegate al comitato esecutivo.

### ***Principio 5.1.4 Partecipazione alle assemblee dei soci***

Il collegio sindacale deve accertarsi della regolarità della convocazione, della costituzione e dello svolgimento dell'assemblea, nonché del relativo verbale.

I sindaci devono intervenire criticamente nel corso del dibattito, qualora ravvisino violazioni della legge e/o dello statuto della società. Qualora, nonostante l'intervento dei sindaci, dovessero essere assunte delibere ritenute in contrasto con la legge e con lo statuto, gli stessi devono far porre a verbale il proprio motivato dissenso e, se del caso, impugnare le deliberazioni nei termini e con le modalità di cui agli artt. 2377, 2378 e 2479 c.c., qualora le stesse non vengano sostituite con altre conformi alla legge ed allo statuto.

I sindaci devono riferire all'assemblea dei soci sull'attività di vigilanza svolta con la presentazione della relazione annuale prevista dall'art. 2429, 2° comma, c.c.. Per il contenuto della

relazione si rinvia al Principio 7.1.

Inoltre, nell'assemblea dei soci che porti all'ordine del giorno il conferimento o la revoca dell'incarico al soggetto che eserciterà la revisione legale dei conti, il collegio sindacale è tenuto a fornire la propria proposta motivata.

#### ***Principio 5.1.5 Partecipazione alle assemblee speciali degli azionisti***

I sindaci devono intervenire criticamente nel corso del dibattito, qualora ravvisino violazioni della legge e/o dello statuto della società. Qualora, nonostante l'intervento dei sindaci, dovessero essere assunte delibere ritenute in contrasto con la legge e lo statuto, gli stessi devono far porre a verbale il proprio motivato dissenso.

#### ***Principio 5.1.6 Partecipazione alle assemblee degli obbligazionisti e dei possessori di strumenti finanziari***

La partecipazione dei sindaci alle riunioni delle assemblee degli obbligazionisti e dei possessori di strumenti finanziari di cui all'art. 2447-ter, 1° comma, lettera e), c.c. non è obbligatoria; è comunque opportuna la presenza di almeno uno dei sindaci.

I sindaci devono intervenire criticamente nel corso del dibattito, qualora ravvisino violazioni della legge e/o dello statuto della società. Qualora, nonostante l'intervento dei sindaci, dovessero essere assunte delibere ritenute in contrasto con la legge e lo statuto, gli stessi devono far porre a verbale il proprio motivato dissenso.

#### ***Principio 5.1.7 Partecipazione alle decisioni dei soci di s.r.l. non assunte mediante deliberazione assembleare***

Nelle s.r.l., quando espressamente previsto dallo statuto, le decisioni dei soci possono essere assunte, ai sensi e nei limiti dell'art. 2479 c.c., anche al di fuori del procedimento assembleare, mediante consultazione scritta o consenso espresso per iscritto dei soci. Restano ferme le attribuzioni dell'assemblea dei soci sulle materie inderogabilmente ad essa riservate, previste per legge (art. 2479 c.c.), nonché negli altri casi che lo statuto dovesse ulteriormente prevedere.

Nel caso di decisioni da assumersi mediante consultazione scritta, o consenso espresso per iscritto, il collegio sindacale deve verificare la conformità della procedura adottata alle previsioni dell'art. 2479 c.c. e alle norme statutarie che autorizzano tali decisioni e ne regolano la formazione e il perfezionamento della volontà.

Qualora dovessero essere assunte decisioni ritenute in contrasto con la legge o con lo statuto, il collegio sindacale deve comunicare per iscritto il proprio motivato rilievo ai soci e all'organo amministrativo e, se del caso, impugnare la decisione nei termini e con le modalità di cui all'art. 2479-ter c.c., qualora le stesse non vengano tempestivamente sostituite con altre conformi alla legge e allo statuto.

### ***Principio 5.2 Il potere di impugnativa del collegio sindacale***

Il potere di impugnativa delle deliberazioni del consiglio di amministrazione, del comitato esecutivo e dell'assemblea dei soci, già descritto nei Principi 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3 e 5.1.4, deve essere esercitato in sede giudiziaria (a meno che lo statuto non preveda una clausola compromissoria, che preveda la devoluzione ad arbitri delle controversie promosse dai sindaci: vedi art. 34 del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5). Si rammentano i termini al riguardo previsti dagli artt. 2377, 2391, 2388, 2434-bis, 2475-ter del c.c., nonché la possibilità di richiedere una sospensione dell'esecuzione del deliberato impugnato.

### ***Principio 5.3 L'impedimento ad assistere alle riunioni***

Il sindaco che non fosse in grado di partecipare alle riunioni degli organi sociali alle quali vi sia l'obbligo di partecipare deve informare della propria assenza all'adunanza e precisare il motivo che la giustifica.

Al pari della presenza degli altri sindaci intervenuti, la giustificazione dell'assenza del sindaco impossibilitato a partecipare alla riunione deve constare dal verbale della stessa, ove possibile (non si può infatti escludere in via di principio la possibilità di giustificare la propria assenza successivamente alla riunione).

## **6. Riscontro e la denuncia dei fatti censurabili**

### ***Principio 6.1 Il riscontro dei fatti censurabili***

Il collegio sindacale, facendone constare nei verbali le specifiche motivazioni, deve opporsi a tutte quelle operazioni, poste in essere dagli amministratori o anche da un singolo amministratore oppure dall'amministratore unico, che risultino in contrasto con il disposto legislativo o statutario.

Specialmente nel caso in cui l'operazione sia imputabile all'iniziativa di un solo amministratore, e non sia quindi a conoscenza degli altri, il collegio sindacale, previa richiesta di chiarimenti all'amministratore, nell'ipotesi di ottenimento di risposte insoddisfacenti, deve formalmente darne

comunicazione all'intero organo amministrativo.

Ove gli amministratori non pongano rimedio al fatto censurato, i sindaci devono provvedere a informare l'assemblea.

In ogni caso, qualora i fatti individuati siano di rilevante gravità e vi sia urgenza di provvedere, i sindaci, previa comunicazione al presidente del consiglio di amministrazione, potranno provvedere direttamente alla convocazione dell'assemblea, ai sensi dell'art. 2406, comma 2, c.c., al fine di informare i soci delle irregolarità riscontrate.

### ***Principio 6.2 La denuncia ex art. 2408 c.c.***

Di fronte ad una denuncia ex art. 2408, 1° comma, c.c., i sindaci devono indagare sui fatti denunciati (con debita registrazione, nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del collegio sindacale, dell'attività in tal senso svolta).

I sindaci non possono limitarsi a segnalare nella loro relazione di avere ricevuto la denuncia ed a riassumerne i contenuti, ma debbono comunque esprimere un giudizio prendendo altresì posizione in ordine ai fatti denunciati, anche formulando – ove considerino la denuncia fondata – una propria proposta.

Normalmente la sede deputata ad accogliere il riferimento dei sindaci alla denuncia ex art. 2408, 1° comma, c.c. è l'annuale relazione sindacale di commento al bilancio d'esercizio e l'assemblea alla quale debbono relazionare è quella per l'approvazione del bilancio stesso. Se tuttavia vi fossero relazioni da parte del collegio alle assemblee infrannuali (come nel caso dell'art. 2446 c.c.), già in queste i sindaci devono riferire sulla denuncia ex art. 2408, 1° comma, c.c.: compatibilmente con gli accertamenti da svolgere in ordine ai fatti denunciati, detto obbligo sussiste infatti per la prima assemblea "utile".

A norma dell'art. 2408, 2° comma, c.c., se la denuncia è fatta da una minoranza qualificata (da tanti soci che rappresentino un ventesimo del capitale sociale, salvo che lo statuto preveda percentuali minori), i sindaci devono indagare «senza ritardo», ossia con quella prontezza che sarà suggerita anche dal contenuto della denuncia e dall'eventuale esigenza, emergente dalle indagini effettuate, di convocare l'assemblea.

Le conclusioni dell'indagine sindacale devono essere sempre presentate all'assemblea (alla prima assemblea utile). Le proposte all'assemblea sono, viceversa, solo eventuali, pur risultando obbligatorie nel caso in cui i sindaci, all'esito delle loro indagini, ritenessero che i fatti denunciati siano di rilevante gravità e che ricorra urgente necessità di provvedere.

L'assemblea potrà essere sia ordinaria sia straordinaria, in funzione delle decisioni da adottare: così, rispettivamente, se i sindaci reputassero che ricorra l'esigenza di sostituire gli amministratori o

alcuni di essi, o che sia da valutare se assumere una decisione di anticipato scioglimento della società.

### ***Principio 6.3 La denuncia ex art. 2409 c.c.***

Il collegio sindacale è ad un tempo esposto al procedimento ex art. 2409 c.c. e legittimato a introdurlo.

Vuoi che le irregolarità denunciate dal socio siano ascrivibili ai soli amministratori, vuoi che esse coinvolgano anche i sindaci, questi ultimi sono sentiti in camera di consiglio dal tribunale.

L'ispezione dell'amministrazione che il tribunale dovesse disporre, consistendo in un'attività con finalità istruttorie, non incide ovviamente sulla posizione dei sindaci, i cui compiti rimangono inalterati. Giova avvertire che l'ispezione (ove l'ispettore lo ritenga opportuno, e a meno che il provvedimento del tribunale disponga diversamente) può avere ad oggetto anche il libro delle adunanze e delle deliberazioni del collegio sindacale; nel corso dell'ispezione, l'ispettore potrà altresì chiedere ai sindaci chiarimenti o notizie, che i sindaci sono tenuti a dare.

La sostituzione dei sindaci di cui all'art. 2409, 3° comma, c.c., non deve richiedere l'approvazione del tribunale ex art. 2400, 2° comma, c.c., costituendo una particolare giusta causa legale.

Se il tribunale, all'esito del procedimento, revoca anche i sindaci, è dal momento in cui l'amministratore giudiziario assume l'incarico che cessano le funzioni dei sindaci.

I sindaci sono legittimati ad agire ex art. 2409 c.c..

Siffatto potere-dovere dei sindaci (quale organo collegiale, e non dei singoli suoi componenti) non si subordina – in regola – all'infruttuoso esito delle altre iniziative che i sindaci possono assumere (artt. 2406 e 2408 c.c.).

## **7. Relazione del collegio sindacale all'assemblea dei soci**

### ***Principio 7.1 Struttura e contenuti***

L'obbligo di redazione e di deposito di una relazione scritta in occasione dell'assemblea che approva il bilancio d'esercizio permane in forza dell'art. 2429, 2° comma, c.c..

Pertanto, si individua la seguente struttura della relazione e relativi contenuti che devono essere osservati in sede di redazione:

#### ***a) Titolo della relazione***

«Relazione del collegio sindacale all'assemblea dei soci ai sensi dell'art. 2429, 2° comma, c.c.» .

#### ***b) Destinatari della relazione***

La relazione é indirizzata all'assemblea dei soci.

c) *Sintesi e risultati dell'attività di vigilanza svolta - omissioni e fatti censurabili*

Il contenuto di tale sezione riguarda i comportamenti seguiti nell'attività di vigilanza svolta.

Devono essere richiamate preliminarmente le norme contenute nei presenti principi di comportamento.

Il collegio sindacale deve sinteticamente riferire all'assemblea sui risultati dell'esercizio sociale e sulla attività svolta nell'adempimento dei propri doveri di vigilanza e fare le osservazioni e le proposte in ordine al bilancio e alla sua approvazione, con particolare riferimento all'esercizio della deroga di cui all'art. 2423, 4° comma, c.c..

Nel caso gli esiti dell'attività di vigilanza abbiano individuato omissioni, fatti censurabili ed altri irregolarità significative non sanate, il collegio sindacale deve dare conto delle azioni intraprese.

Anche se al collegio non è stata demandata la revisione legale dei conti, in ogni caso non potranno essere ignorati aspetti inerenti al bilancio di esercizio e consolidato, in base alle risultanze dell'attività di vigilanza svolta ai sensi dei Principi 2.6 e 2.7.

d) *Proposte in ordine al bilancio, alla sua approvazione e alle materie di competenza del collegio sindacale* (previste dall'art. 2429, 2° comma, c.c.)

Le proposte in ordine al bilancio ed alla sua approvazione devono avere ad oggetto l'eventuale impropria adozione di schemi o voci di stato patrimoniale e di conto economico, oppure di principi contabili di iscrizione e valutazione di componenti patrimoniali e reddituali e le eventuali irregolarità o omissioni riscontrate nella nota integrativa e nella relazione sulla gestione. Inoltre il collegio deve esprimersi sulla correttezza delle proposte di copertura delle perdite, di utilizzo delle riserve e di distribuzione dell'utile netto.

Nei casi in cui il collegio sindacale sia anche incaricato della revisione legale dei conti, deve essere compilata anche la relazione prevista dall'art. 14 del Decreto Legislativo recante attuazione della Direttiva 2006/43/CE).

## **8. Attività di controllo nelle operazioni straordinarie**

### ***Principio 8.1 Aumenti di capitale sociale***

Il collegio sindacale deve vigilare sulla corretta esecuzione dell'operazione, verificando la regolare e puntuale attuazione, da parte dell'organo amministrativo, delle formalità di legge, nonché il rispetto delle specifiche disposizioni codicistiche in materia.

Il collegio deve accertare, in ipotesi di aumento di capitale a titolo gratuito, che le azioni (quote) in precedenza emesse siano state interamente liberate, come richiesto dagli artt. 2438, 1° comma, c.c., per le s.p.a., e 2481, 2° comma, c.c., per le s.r.l.. Il collegio deve altresì verificare, sempre in tale ipotesi, se le riserve e i “fondi speciali” da imputare ad incremento del capitale sociale siano disponibili ai sensi dell’art. 2442, 1° comma, c.c. (s.p.a.) e dell’art. 2481-*ter*, 1° comma, c.c. (s.r.l.).

Se l’aumento di capitale a titolo gratuito è eseguito mediante emissione di nuove azioni assegnate ai soci, il collegio deve verificare che dette azioni (quote) abbiano le medesime caratteristiche di quelle già in circolazione e che le stesse vengano assegnate ai soci in proporzione di quelle da essi già possedute, onde lasciare immutata la quota di partecipazione di ciascun socio al capitale dell’azienda.

Per l’aumento di capitale sociale mediante conferimenti in denaro, il collegio deve vigilare sul rispetto della legge in ordine al versamento di almeno il 25 per cento del valore nominale delle azioni (quote) sottoscritte (salvo il maggior importo della delibera di aumento) e dell’intero sovrapprezzo.

In ipotesi di socio unico, il collegio deve verificare il versamento del 100 per cento del capitale sottoscritto.

In caso di aumento di capitale sociale tramite conferimento di beni in natura o di crediti, in linea con il generale principio di vigilanza di cui all’art. 2403, 1° comma, c.c., il collegio verifica che sia stata predisposta la relazione giurata da soggetto all’uopo abilitato e che la stessa abbia il contenuto minimo previsto dall’art. 2343 c.c. (s.p.a.) e dall’art. 2465 c.c. (s.r.l.).

In particolare, il collegio accerta che la relazione contenga – in base alle indicazioni fornite da entrambe le menzionate norme – la descrizione dei beni o dei crediti conferiti, l’attestazione che il loro valore è almeno pari a quello ad essi attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale e dell’eventuale sovrapprezzo e i criteri di valutazione seguiti al fine di accertare la generale correttezza della stima.

Se il conferimento avviene ai sensi dell’art. 2343-*ter* c.c., il collegio verifica il rispetto delle condizioni poste dalla citata norma, affinché possa essere omessa la relazione giurata. In particolare, il collegio accerta che il conferente trasmetta la documentazione di supporto dalla quale emerga il rispetto delle accennate condizioni.

Il collegio accerta inoltre che gli amministratori provvedano, se del caso, alla revisione della stima ed ai conseguenti adempimenti (artt. 2343, 3° comma, c.c. e 2465, 3° comma, c.c.).

Qualora sussistano casi di esclusione o di limitazione del diritto di opzione, il collegio deve controllare che le delibere rispettino le condizioni previste dall’art. 2441 c.c., per le s.p.a., e dalle eventuali indicazioni statutarie per le s.r.l.. Il collegio deve, altresì, esprimere, nei termini previsti

dalle richiamate disposizioni normative, il proprio parere sulla congruità del prezzo di emissione delle azioni (art. 2441 c.c.).

Nel caso in cui la facoltà di aumentare il capitale sociale venga delegata agli amministratori, il collegio deve controllare che siano state rispettate le prescrizioni e le formalità di cui agli artt. 2443 c.c. (s.p.a.) e 2481 c.c. (s.r.l.).

### ***Principio 8.2 Le riduzioni volontarie di capitale sociale***

Il collegio sindacale deve vigilare sull'osservanza, da parte degli amministratori, delle disposizioni di cui all'art. 2445 c.c. (s.p.a.) ed all'art. 2482 c.c. (s.r.l.); in particolare, il collegio deve verificare:

- che l'avviso di convocazione dell'assemblea indichi, in termini sufficientemente precisi, ancorché sintetici, le ragioni e le modalità della riduzione;
- che il capitale sociale, all'esito della riduzione operata, non scenda al disotto del limite legale;
- che venga rispettato l'art. 2413 c.c. nel caso in cui la società abbia emesso un prestito obbligazionario;
- che la delibera venga eseguita solo dopo il decorso di 90 giorni dall'iscrizione della medesima nel registro delle imprese, salvo quanto previsto dal 4° comma dell'art. 2445 c.c.;
- in caso di opposizione dei creditori, il collegio deve verificare che non si proceda alla riduzione di capitale, salva l'ipotesi di cui all'art. 2445, 4° comma, c.c..

### ***Principio 8.3 Le riduzioni di capitale sociale per perdite***

Nei casi previsti dagli artt. 2446 e 2447 c.c. (s.p.a.) e degli artt. 2482-*bis* e 2482-*ter* (s.r.l.), è fatto obbligo agli amministratori di convocare senza indugio l'assemblea; ove gli amministratori non vi provvedano, il collegio sindacale deve sollecitarli in tal senso ed in caso di inerzia deve esso stesso adempiere a tale obbligo di legge.

Occorre ricordare che l'art. 2631 c.c., statuisce che “ove la legge o lo statuto non prevedono espressamente un termine, entro il quale effettuare la convocazione, questa si considera omessa allorché siano trascorsi trenta giorni dal momento in cui amministratori e sindaci sono venuti a conoscenza del presupposto che obbliga alla convocazione dell'assemblea dei soci”.

Il collegio deve formulare le proprie osservazioni sulla situazione patrimoniale e sulla relazione che gli amministratori sono tenuti a presentare ai soci, nelle forme e con i criteri del bilancio di esercizio.

Nell'ipotesi in cui l'assemblea si avvalga della facoltà di rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui ai citati artt. 2446 e 2482-*bis* c.c., il collegio sindacale, in sede di approvazione del bilancio

del successivo esercizio, deve controllare che l'assemblea provveda alla riduzione del capitale in proporzione alla perdita, se quest'ultima non risulta ridotta a meno di un terzo del capitale sociale.

In mancanza di ciò, gli amministratori, i sindaci o il consiglio di sorveglianza devono chiedere al tribunale che venga disposta la riduzione del capitale in ragione delle perdite risultanti dal bilancio.

#### ***Principio 8.4 Le trasformazioni***

In tutte le ipotesi di trasformazione il collegio sindacale deve vigilare sulla conformità alla legge del procedimento di trasformazione previsto dagli artt. 2498 e seguenti del c.c..

#### ***Principio 8.5 Le fusioni e le scissioni***

In ipotesi di fusione, il collegio sindacale deve vigilare sull'osservanza, da parte degli amministratori, degli articoli dal 2501 al 2505-*quater* c.c.. In particolare, il collegio deve accertare:

- la completezza e la conformità alla legge del contenuto del progetto di fusione;
- il rispetto del quorum assembleare previsto per la delibera di fusione;
- il rispetto delle norme sul deposito e sulla pubblicazione degli atti del procedimento;
- che la fusione venga attuata solo dopo siano trascorsi i termini di legge dall'ultima delle iscrizioni previste dall'art. 2502-*bis* c.c., fatte salve le eccezioni di cui all'art. 2503 c.c.;
- la completezza dell'atto di fusione e la sua concordanza con il progetto di fusione e con la delibera assembleare di approvazione.

Analoga attività di vigilanza deve essere condotta nell'ipotesi di scissione totale o parziale, avendo riguardo agli articoli dal 2506 al 2506-*quater* c.c..

#### ***Principio 8.6 I conferimenti***

Qualora la società sia parte in una operazione di conferimento di azienda, o di beni, o crediti, o di altre utilità, anche immateriali, il collegio sindacale della società conferitaria ha il compito di accertare le modalità tecniche seguite nella determinazione dei valori di conferimento, attraverso un'attenta individuazione dei criteri utilizzati per la valutazione delle specifiche categorie di beni oggetto del conferimento stesso.

Alla revisione della stima nei 180 giorni dalla iscrizione della società secondo quanto previsto dall'art.2343 3° comma c.c., sono tenuti gli amministratori e non più i sindaci, i quali, tuttavia mantengono il generale dovere di vigilanza sul procedimento.

Pertanto in ossequio al suddetto dovere, il collegio deve vigilare che entro centottanta giorni la revisione della stima sia completata.

Analoga procedura non è prevista per le s.r.l., sebbene deve ritenersi che sia opportuno che il collegio nell'ambito del generale dovere di vigilanza solleciti gli amministratori alla revisione della stima, che è bene che avvenga al più entro lo stesso lasso di tempo previsto per le s.p.a, ed eventualmente, in assenza, procedere da parte dello stesso collegio al controllo dei suddetti valori.

Particolare attenzione andrà posta dal collegio sindacale anche nella verifica delle fattispecie introdotte dagli articoli 2343-ter e 2440-bis c.c., in tema di conferimenti nelle società per azioni senza relazione di stima, affinché siano attentamente adempiuti dagli amministratori anche tutti gli obblighi procedurali posti a carico dei medesimi.

### ***Principio 8.7 I prestiti obbligazionari***

Il collegio sindacale, quale organo che partecipa alle riunioni dell'assemblea dei soci e del consiglio di amministrazione, ha il compito di vigilare sulla osservanza degli obblighi e delle procedure richiamate negli articoli dedicati all'emissione dei prestiti obbligazionari.

In particolare, esso vigilerà sulla legittimazione dell'organo sociale a deliberare l'emissione del prestito (assemblea dei soci o consiglio di amministrazione), ai sensi dell'art. 2410 c.c., sulla osservanza delle disposizioni in ordine ai limiti quantitativi posti all'emissione delle obbligazioni, ai sensi dell'art. 2412 c.c., nonché sull'osservanza delle altre disposizioni di legge, anche con riferimento alle statuizioni di cui agli articoli 2420-bis e 2420-ter c.c..

Inoltre, è opportuno che il collegio sindacale verifichi la costituzione di eventuali garanzie secondo quanto statuito negli artt. 2412 e 2414-bis c.c..

Circa la partecipazione dei sindaci alle riunioni delle assemblee degli obbligazionisti, si rinvia al Principio 5.1.6.

### ***Principio 8.8 Gli strumenti finanziari partecipativi***

Il collegio sindacale deve valutare che l'operato della società nelle fattispecie di cui agli artt. 2346, 6° comma, c.c., 2349, 2° comma c.c. e 2351 5° comma, c.c., trovi rispondenza con le norme adottate dallo statuto sociale nel disciplinare la categoria di strumenti finanziari partecipativi riconducibili al dettato codicistico.

Quanto ai patrimoni destinati ad uno specifico affare, è dovere del collegio sindacale verificare l'osservanza degli artt. 2447-bis e seguenti, con particolare riferimento ai limiti per la loro costituzione (art. 2447-bis, ultimo comma, c.c.), alla procedura di costituzione (art. 2447-ter, c.c.), alla pubblicità prevista (art. 2447-quater, c.c.), alle specifiche statuizioni in ordine alla rappresentazione di bilancio (art. 2447-septies, c.c.) ed ai controlli di competenza del collegio stesso sul rendiconto finale (art. 2447-novies, c.c.).

Relativamente ai finanziamenti destinati ad uno specifico affare, il collegio sindacale valuterà l'osservanza del disposto dell'art. 2447-*decies* c.c. in ordine alle procedure previste per la formazione del relativo contratto e per la corretta registrazione contabile ed esposizione di bilancio dell'operazione.

### ***Principio 8.9 Lo scioglimento e la liquidazione***

La causa di scioglimento deve essere tempestivamente accertata dagli amministratori: il collegio sindacale, in caso di omissione di questi, ha l'obbligo di rivolgersi al tribunale perché sia il giudice ad accertarla. E' opportuno che l'iniziativa giudiziaria dei sindaci sia preceduta da una sollecitazione rivolta agli amministratori.

Anche l'adempimento pubblicitario di cui all'art. 2484, 3° comma, c.c. quando gli amministratori non vi provvedano, deve essere posto in essere dai sindaci.

In presenza di un'ipotesi dissolutiva sarà compito dei sindaci sorvegliare che gli amministratori si conformino al precetto che impone loro di agire «ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale» (art. 2486, 1° comma, c.c.) e adoperarsi perché tale regola sia rispettata.

Poiché compete all'assemblea (straordinaria) di nominare i liquidatori, stabilirne la struttura (collegiale o non) e determinarne i poteri, la legge impone agli amministratori di convocare – contestualmente all'accertamento della causa di scioglimento – i soci per l'adozione di tali deliberazioni.

All'omissione i sindaci sono tenuti a porre rimedio, rivolgendosi al tribunale perché sia questo a indire l'assemblea. Nel caso in cui l'assemblea non deliberi, è obbligo degli amministratori chiedere al tribunale la nomina dei liquidatori: sono i sindaci a dovervi provvedere in caso di omissione da parte degli amministratori.

La nomina dei liquidatori e la determinazione dei loro poteri, come pure ogni successiva modificazione, deve essere iscritta nel registro delle imprese a cura del liquidatori: ove questi non vi provvedano, l'iscrizione deve essere curata dai sindaci.

Le operazioni di “passaggio delle consegne” dagli amministratori ai liquidatori non richiedono la partecipazione dei sindaci, i quali non sono chiamati a collaborarvi, nemmeno per la redazione dei documenti contabili indicati dal codice. Ciò non significa che i sindaci, nel loro ruolo di generale vigilanza sull'azione della società, non abbiano il potere-dovere di accertarsi, presso gli amministratori e presso i liquidatori, che il passaggio delle consegne abbia avuto debitamente luogo.

Si ricorda che i sindaci sono legittimati a chiedere al tribunale la revoca per giusta causa dei

liquidatori (art. 2487, 4° comma, c.c.).

Si sottolinea che nell'ipotesi di continuazione dell'attività d'impresa durante la liquidazione, il collegio sindacale deve avere cura di vigilare che il bilancio dell'esercizio tenga conto, secondo le regole ordinarie, anche dell'attività proseguita.

Nel corso della liquidazione il collegio deve verificare che i liquidatori, nel redigere i bilanci annuali e gli altri documenti contabili della liquidazione (bilancio iniziale e bilancio finale), osservino i criteri indicati nel documento dei principi contabili nazionali OIC 5 "Bilanci di liquidazione". Analoga verifica va effettuata sui documenti contabili che gli amministratori sono tenuti a redigere nella c.d. "fase preliquidatoria" e soprattutto sul "rendiconto di gestione degli amministratori" previsto dall'art. 2487-bis, 3° comma, c.c..

In caso di revoca della liquidazione, il collegio sindacale deve verificare che la delibera di revoca venga eseguita solo dopo il decorso di 60 giorni dall'iscrizione della medesima nel registro delle imprese.

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

# IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

**ItaliaOggi**

**CLASS**professionale

Class Professionale srl – via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano

Telefono: 02/58219.1 – Telefax: 02/58317598 – E-mail: [mlongoni@class.it](mailto:mlongoni@class.it)  
Direttore responsabile ed editore Paolo Panerai (02-58219209)

**Tariffe abbonamenti:** euro 120,00 (abbonamento annuale 24 numeri)  
Per la sottoscrizione di nuovi abbonamenti telefonare al numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196 allegando, oltre alla richiesta di abbonamento con i propri dati anagrafici, fotocopia dell'assegno non trasferibile intestato a: Class Professionale srl – via Marco Burigozzo n. 5 – 20122 Milano, oppure fotocopia del bonifico bancario intestato a: Banca di Roma, filiale di Milano 5, Piazza Edison 1 – 20123 Milano – conto corrente n. 923631/55 – ABI 03002 – CAB 01631.

**Distribuzione:** Class Professionale srl, via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano, numero verde 800-822195. Vendita esclusiva per abbonamento.  
**Servizio Abbonamenti:** per informazioni e/o segnalazioni comporre il numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196.  
**Concessionaria esclusiva per la pubblicità:** Class Pubblicità, via Marco Burigozzo 8 – 20122 Milano Tel. 02/58219500-23 – Fax: 02/58219560 Presidente: Paolo Panerai – Direttore generale: Matteo Sordo – Vice Direttore generale: Francesco Rossi

**IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ** Registrazione al Tribunale di Milano  
n. 618 del 8-11-2002 –  
Direttore Responsabile: Paolo Panerai

*© Tutti i diritti sui dati, le informazioni, i materiali contenuti nella rivista sono riservati a Class Professionale srl; è vietato pertanto, in via meramente esemplificativa e comunque non esaustiva, copiare, vendere, rivendere e comunque sfruttare a fini commerciali il contenuto della rivista, o di una sua qualunque parte, senza il consenso scritto di Class Professionale srl.*