

Anno 12 – Numero 2

22 gennaio 2014

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

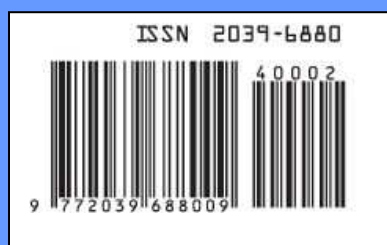
DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

IN QUESTO NUMERO:

- MODELLO “231” E CONTROLLI SOCIETARI
- FONDAZIONI LIRICO-SINFONICHE
- VENDITE FALLIMENTARI

ItaliaOggi



DIREZIONE SCIENTIFICA
Oreste Cagnasso – Maurizio Irrera

COORDINAMENTO SCIENTIFICO
Gilberto Gelosa

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

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



NDS collabora con la rivista:



VÍA CRISIS
Revista Electrónica de Derecho Concursal

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 SCIENTIFICO DEI REFEREE

Carlo Amatucci, Guido Bonfante, Mia Callegari, Oreste Calliano, Maura Campra, Matthias Casper, Stefano A. Cerrato, Mario Comba, Maurizio Comoli, Paoloefisio Corrias, Emanuele Cusa, Eva Desana, Francesco Fimmanò, Toni M. Fine, Patrizia Grosso, Javier Juste, Manlio Lubrano di Scorpaniello, Angelo Miglietta, Alberto Musy, Gabriele Racugno, Paolo Reviglione, Emanuele Rimini, Marcella Sarale, Giorgio Schiano di Pepe

COMITATO DI INDIRIZZO

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

REDAZIONE

Maria Di Sarli (coordinatore)

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

Hanno collaborato a questo numero:

Vincenzo Acquafredda, Cristiano Cincotti, Paolo Montalenti, Cristina Saracino

INDICE

STUDI E OPINIONI	<i>pag.</i>
<i>Modello «231» e organismo di vigilanza nel sistema dei controlli societari: un quadro d'insieme</i>	7
di Paolo Montalenti	
<i>La riforma della governance delle fondazioni lirico-sinfoniche</i>	31
di Cristiano Cincotti	
DIRITTO FALLIMENTARE	
<i>Le vendite fallimentari “competitive” tra autonomia contrattuale e processo. Parte II</i>	41
di Cristina Saracino	
COMMENTI A SENTENZE	
<i>Le competenze gestorie assembleari nelle società per azioni</i>	61
di Vincenzo Acquafredda	
SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE	85
SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO	89

SOMMARIO

STUDI E OPINIONI

Modello «231» e organismo di vigilanza nel sistema dei controlli societari: un quadro d'insieme

L'Autore, alla luce della disciplina complessiva dei controlli societari, si sofferma ad analizzare i modelli di prevenzione dei reati previsti dal d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231 nonché il ruolo attribuito all'organismo di vigilanza con particolare attenzione fra l'altro ai gruppi e formula alcune proposte de iure condendo in materia di controlli interni nelle società di capitali.

di **Paolo Montalenti**

La riforma della governance delle fondazioni lirico-sinfoniche

L'articolo, dopo aver esaminato la disciplina relativa alla governance delle fondazioni lirico-sinfoniche dettata dal d.lgs. 367/1996, e le relative criticità, si sofferma sulle significative modifiche introdotte dal d.l. 91/2013 (c.d. Decreto Valore Cultura), che hanno sostanzialmente introdotto una governance di impronta "dualistica".

di **Cristiano Cincotti**

DIRITTO FALLIMENTARE

Le vendite fallimentari "competitive" tra autonomia contrattuale e processo. Parte II

L'Autrice ricostruisce alcuni profili delle vendite fallimentari c.d. 'competitive' al fine di verificare se la disciplina privatistica possa trovare applicazione anche al di fuori dell'ambito del libero mercato ed in un contesto peculiare quale la procedura concorsuale fallimentare.

di **Cristina Saracino**

COMMENTI A SENTENZE

Le competenze gestorie assembleari nelle società per azioni

L'Autore commenta la sentenza della Suprema Corte n. 20597 del 4 ottobre 2010, la quale ha statuito che l'amministratore di una società di capitali che dia, in nome della società, garanzie ben oltre il capitale della società garante e compia un atto estraneo all'oggetto sociale, a favore di un'altra società dello stesso gruppo, adotta un atto nullo, anche se autorizzato da una delibera totalitaria della propria assemblea.

di **Vincenzo Acquafredda**

INDEX-ABSTRACT

STUDIES AND OPINIONS

- The so-called “Modello 231” and the supervisory board in the discipline of corporate control: an overview** Page
7

The Author, in the light of the overall discipline of corporate control, analyzes the models of prevention of crimes provided for by d. lgs. N. 231/2001, as well as the role assigned to the supervisory board with particular attention to the discipline of corporate groups, and carries out some suggestions de jure condendo on the subject of companies' internal governance.

by **Paolo Montalenti**

- The reform of governance of lyrical symphonic foundations** 31

This article, after reviewing the governance of lyrical symphonic foundations established by d.lgs. 367/1996, focuses on the significant changes introduced by d.l. 91/2013 (so-called Decreto Valore Cultura), which has basically introduced a "dualistic" governance.

by **Cristiano Cincotti**

BANKRUPTCY LAW

- The so-called "competitive bankruptcy sales" between freedom to contract and the process - Part II** 41

The Author analyses some profiles of the so-called "competitive bankruptcy sales" in order to ascertain in which case the private law can be applied even outside the free market and in a specific context which is the one of the bankruptcy proceeding.

by **Cristina Saracino**

COMMENTS ON JUDGMENTS

- The shareholders' meeting prerogatives in the public limited company** 61

The Author comments on the ruling of the Supreme Court no. 20597 of October 4, 2010, which held that a manager of a corporation that, in the name of the company, gives guarantees beyond the company's capital and commits an act unrelated to the corporate purpose, in favor of a other companies within the same group, adopts an act that is void, even if authorized by a resolution totalitarian taken by the meeting.

by **Vincenzo Acquafredda**

MODELLO «231» E ORGANISMO DI VIGILANZA NEL SISTEMA DEI CONTROLLI SOCIETARI: UN QUADRO D'INSIEME^(*)

L'Autore, alla luce della disciplina complessiva dei controlli societari, si sofferma ad analizzare i modelli di prevenzione dei reati previsti dal d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231 nonché il ruolo attribuito all'organismo di vigilanza con particolare attenzione fra l'altro ai gruppi e formula alcune proposte de iure condendo in materia di controlli interni nelle società di capitali.

di PAOLO MONTALENTI

1. I controlli interni nelle società di capitali

I controlli interni nelle società di capitali¹ rappresentano uno dei pilastri fondamentali, se non l'architrave, della struttura della *corporate governance* negli ordinamenti dei paesi industriali avanzati.

^(*) Lo scritto qui pubblicato è la *Prefazione* al volume AA.VV., *Modello organizzativo D.Lgs. 231 e organismo di vigilanza. Guida Operativa*, pubblicato a cura della Fondazione Piero Piccatti e dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Ivrea, Pinerolo, Torino, ed. EUTEKNE, 2013.

¹ In argomento mi permetto di rinviare, anche per ampi riferimenti, al mio ultimo lavoro in materia: P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 42 ss. Segnalo alcuni altri recenti lavori in cui ho trattato il tema degli assetti organizzativi e del sistema dei controlli: *I controlli societari: recenti riforme antichi problemi*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 2011, I, 535; *Sistemi di controllo interno e corporate governance: dalla tutela delle minoranze alla tutela della correttezza gestoria*, in *Riv. dir. comm.* 2012, II, 243 ss.

Precedentemente si vedano *Consiglio di amministrazione e organi delegati: flussi informativi e responsabilità*, in *Le Società*, 1998, 899 ss; *Corporate Governance, consiglio di amministrazione, sistemi di controllo interno: spunti per una riflessione*, in *Riv. soc.*, 2002, 803 ss; *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, Giuffrè, Milano, 2003, 65 ss.; *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, vol. IV, t. 2, Cedam, 2004, 227 ss.; *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in *Giur. comm.*, I, 2005, 435 ss; *Il sistema dei controlli interni nelle società di capitali*, in *Le Società*, 2005, 294 ss; *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Utet, Torino, 2006, Vol. 2, 832 ss; *Sui controlli*

STUDI E OPINIONI

MODELLI 231 E CONTROLLI SOCIETARI

In Italia la materia è stata oggetto di plurimi interventi: dalla separazione tra controllo di legalità e controllo contabile nelle società quotate, con la L. 216/1974, all'introduzione della vigilanza sui principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza degli assetti organizzativi in capo al collegio sindacale di società quotate, con il testo unico della finanza nel 1998, alla disciplina della c.d. responsabilità penale della persona giuridica – il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231 – all'estensione al collegio sindacale nelle non quotate di poteri analoghi a quelli dell'organo di controllo di società quotate con la riforma societaria del 2003, alla disciplina antiriciclaggio (d. lgs. 21 novembre 2007, n. 231) sino all'intervento sul comitato per il controllo interno e la revisione contabile, di cui all'art. 19, d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 e alle modifiche in materia di organismo di vigilanza 231.

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

Ed è paradigmatico con quale attenzione, e costanza, operatori e studiosi stiano formulando quantomeno da un decennio riflessioni, valutazioni, proposte.

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

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

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

Infatti il merito della gestione, e cioè il contenuto delle scelte manageriali è assistito – il punto è pacifico anche nel nostro ordinamento – dalla c.d. *business judgment rule*: le operazioni gestorie degli amministratori non sono sindacabili, né dal

societari: funzioni da semplificare, in *Il Sole 24-ore*, 27 novembre 2007.

STUDI E OPINIONI

MODELLI 231 E CONTROLLI SOCIETARI

collegio sindacale né dal comitato *audit* né dai revisori né dal giudice, se non in caso di *manifesta irrazionalità*.

Vi è poi il *controllo sul rispetto dei principi di corretta amministrazione*, la verifica, cioè dell'osservanza delle regole tecnico-aziendalistiche – istruttorie, procedurali, decisionali – che concretano (arg. *ex art.* 2403, co. 1°, cod. civ.) la diligenza professionale del buon amministratore (cfr. art. 2392, nuovo testo). Controlli che sono affidati, con compiti differenziati, sia all'organo di gestione come *plenum* sia all'organo di controllo. (cfr. art. 2381, comma 3, art. 2403, comma 1°, cod. civ., art. 149, comma 1, t.u.f.; art. 149, comma 4-*bis* e comma 4-*ter*, t.u.f.).

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

La terza "sottocategoria" è rappresentata dal *controllo di legalità* (cfr. art. 2403, cod. civ.).

In conclusione il concetto di controllo pare oggi doversi più analiticamente scomporre in tre subfattispecie:

(i) *controllo di merito*

(ii) *controllo di correttezza gestionale e di adeguatezza amministrativa* (iii)

controllo di legalità (formale e sostanziale).

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

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

Di là dalle formule, questa "mutazione sistematica" e la conseguente nuova ricostruzione teorica del concetto di controllo segnano un'evoluzione profonda di cui la pratica ma forse ancor più la dottrina non hanno ancora colto appieno significato e potenzialità.

In termini sintetici il sistema e la *best practice* si evolvono da una visione del controllo come mera "funzione punitiva", ancorché, auspicabilmente, anche di deterrenza, ad una concezione del controllo come funzione fisiologica della gestione, che si innesta cioè nell'esercizio del potere amministrativo come strumento di indirizzo e di correzione permanente della direzione degli affari verso l'obiettivo di un pieno

STUDI E OPINIONI

MODELLI 231 E CONTROLLI SOCIETARI

rispetto delle regole vigenti.

Il che si riflette, come meglio dirò, in una nuova tipologia di rapporti interorganici che merita, a mio avviso, una “messa a punto legislativa”.

3. Controllo diretto e controllo indiretto.

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

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

Analogo fenomeno si verifica nelle *procedure di controllo* – e il tema è di particolare rilevanza proprio nella materia “231” – per cui molte istanze procedono non già ad atti di ispezione e di controllo diretto bensì ad atti di accertamento presso le “istanze inferiori” volti a verificare il corretto svolgimento delle procedure di controllo e l’adeguatezza degli assetti organizzativi di cui le procedure stesse sono parti integranti.

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

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

4. Controllo e vigilanza.

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

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

STUDI E OPINIONI

MODELLI 231 E CONTROLLI SOCIETARI

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

Ad esempio il collegio sindacale “*vigila*” sull’“*osservanza*” della legge e dello statuto [art. 2403, cod. civ.; art. 149, comma 1, lett. a), t.u.f.], mentre il consiglio di amministrazione (nelle quotate) “*vigila*” sul “*rispetto effettivo*” delle procedure (art. 154-*bis*, comma 4, t.u.f.): espressione, quest’ultima, che sembra evocare un controllo più pervasivo.

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

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

5. Il dovere di vigilanza sugli assetti organizzativi e il modello 231.

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

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

La disposizione specificamente dettata in materia stabilisce infatti, in primo luogo, che il consiglio di amministrazione “*sulla base delle informazioni ricevute*” valuta l’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società (art. 2381, comma 3) e quindi anche sull’adeguatezza del modello 231.

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

E’ ben vero il contrario, non solo nel senso che *dovrà richiedersi*, come si è detto, *un supplemento di informativa ogni qualvolta se ne constati l’insufficienza*, ma altresì nel senso che il *consiglio dovrà accertarsi che siano espressamente precisate le caratteristiche dei modelli organizzativi e delle procedure, le verifiche in concreto*

STUDI E OPINIONI

MODELLI 231 E CONTROLLI SOCIETARI

effettuate per valutarne l'adeguatezza, gli eventuali difetti riscontrati, i miglioramenti adottati.

In conclusione: l'informativa non può limitarsi ad affermazioni apodittiche, dovendo, per contro, consentire al consiglio una valutazione in concreto dei sistemi adottati, delle procedure seguite per verificarne l'efficienza e l'efficacia, della correttezza e dell'idoneità, dunque, delle metodologie di organizzazione e di controllo poste in essere, attraverso, ad esempio, una sintetica esposizione dell'operato del sistema di controllo interno e dei suoi preposti. Non solo: è vero che gli amministratori non possono procedere ad atti individuali di ispezione, ma possono certamente proporli e deliberarli come collegio.

Questa conclusione non costituisce una mera articolazione o specificazione "aziendalistica" dei doveri degli amministratori, bensì l'assegnazione al dovere di vigilanza e alla conseguente responsabilità in caso di omissione di un ruolo centrale nel rapporto tra *plenum* e delegati.

In conclusione la valutazione *dell'adeguatezza del sistema organizzativo* – e, quindi, anche sul modello 231 – sulla base delle informazioni ricevute non esclude a priori che gli amministratori debbano richiedere informazioni ulteriori e/o proporre in deliberazione ulteriori indagini e verifiche (al fine, se del caso, di proporre e deliberare i provvedimenti correttivi che è ragionevole esigere da un buon amministratore).

6. Sistemi di controllo e "231": un esempio.

In conclusione credo che si possa affermare che – pur nelle inevitabili contiguità – le categorie logico-giuridiche elaborate dal legislatore e dalla dottrina possano trovare, *se razionalizzate*, pratica applicazione nell'operatività ancorché sempre più complessa dell'impresa: *merito*, *legalità*, *correttezza* sono le componenti in cui si articolano le decisioni degli amministratori e su cui si svolge, con soggetti e discipline differenziati, la funzione di controllo.

Un esempio può chiarire la rilevanza applicativa delle diverse categorie così come ricostruite, in un tentativo di inquadramento sistematico.

Si pensi ad una operazione di partecipazione ad un appalto internazionale.

Il *controllo di merito* concerne la convenienza dell'operazione, in termini di espansione del mercato, di redditività immediata o di redditività prospettica ed è assistito dalla *business judgment rule*.

Il *controllo di legalità* si appunterà sul rispetto delle normative interne (disciplina societaria e contrattuale, regolamento su operazioni con parti correlate, eventuali maggioranze statutarie qualificate, poteri di rappresentanza, ecc.) e dell'ordinamento straniero (normativa sugli investimenti esteri, normativa ambientale, normativa giuslavoristica).

STUDI E OPINIONI

MODELLI 231 E CONTROLLI SOCIETARI

Il *controllo di correttezza* dovrà verificare se siano state adottate le procedure informative e istruttorie tipiche in questa categoria di operazioni (perizie di *merchant bank* indipendenti, *financial planning*, *due diligence* e così via).

Con particolare riferimento al d. lgs. 231/2001 si dovrà verificare, in particolare in relazione alla tipologia dell'operazione che tutte le procedure *antibribery* siano state rispettate.

E i diversi organi dovranno esercitare la propria funzione di *controllo in forma diretta* – così, ad esempio, l'amministratore delegato –; in forma di *valutazione decisionale* – così il consiglio di amministrazione se l'operazione è di competenza collegiale – oppure di *informazione*, anche attiva, in caso di competenza degli esecutivi; in forma di *vigilanza*, se del caso ispettiva, dell'organo di controllo; di *supervisione informativa* sul rispetto delle regole di correttezza da parte del comitato *audit* di amministratori indipendenti.

7. La disciplina antiriciclaggio.

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

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

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

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

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

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

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

STUDI E OPINIONI

MODELLI 231 E CONTROLLI SOCIETARI

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

Il legislatore ha infine assegnato un ruolo specifico sia agli organi di controllo endosocietario (cfr. art. 52) sia alle autorità di vigilanza che devono espressamente verificare «l'adeguatezza degli assetti organizzativi e procedurali» (art. 53).

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

Un ulteriore tassello nel “reticolo” dei controlli.

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

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

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

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

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

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

Ad esempio la vigilanza su il “*processo di informativa finanziaria*” è, a ben

STUDI E OPINIONI

MODELLI 231 E CONTROLLI SOCIETARI

vedere, una specificazione del controllo sul rispetto della legge, delle regole di correttezza gestionale e dell'adeguatezza degli assetti organizzativi.

La vigilanza sull'“*efficacia del sistema di controllo interno, di revisione interna, se applicabile e di gestione del rischio*”, in ragione di quanto poco sopra argomentato, ben può ritenersi ricompresa – ancorché utilmente precisata come competenza espressa – nella vigilanza sugli assetti organizzativi, di cui controllo interno e gestione del rischio costituiscono un segmento procedurale, di complessità graduata in ragione delle caratteristiche dimensionali e operative dell'impresa.

Per quanto riguarda poi la *vigilanza sull'indipendenza del revisore*, con particolare riferimento ai *non audit services*, può dirsi, nuovamente, che si tratta del controllo su di una, sia pur specifica, disposizione di legge: la novità della disposizione consiste, quindi, nell'imporre una verifica precisamente individuata nell'oggetto, che può, allora, richiedere atti di ispezione espressamente dedicati.

Il punto più critico è, a mio parere, rappresentato dalla funzione di vigilanza su “*la revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati*”.

Ritengo che l'interpretazione della nuova disposizione debba essere rigorosamente restrittiva e che non possa dunque reputarsi surrettiziamente reintrodotta una competenza contabile in capo al collegio sindacale.

In altre parole l'organo di controllo dovrà sì esercitare una vigilanza specifica in materia, ma limitandosi ad una supervisione sintetica e meramente procedurale sulla conduzione dell'attività di revisione.

Si tratta, in ogni caso, di materia che richiede, a mio avviso, come preciserò nelle conclusioni, un'opportuna revisione legislativa.

9. Il nuovo Codice di Autodisciplina: centralità della gestione dei rischi.

Il 5 dicembre 2011 è stato varato il nuovo Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana.

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

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

Il Codice, nella sua nuova versione, precisa, anzitutto, che il sistema di controllo interno è anche sistema di *gestione dei rischi*, focalizzando così molto opportunamente

STUDI E OPINIONI

MODELLI 231 E CONTROLLI SOCIETARI

e in coerenza con le indicazioni comunitarie l'oggetto primario delle procedure e delle strutture organizzative di *monitoring*.

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

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

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

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

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

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

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

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

STUDI E OPINIONI

MODELLI 231 E CONTROLLI SOCIETARI

10. Il d. lgs. 231/2001: profili generali. Recenti riforme (art. 14, 12° co., L.183/2011).

Le funzioni di controllo ora passate in rassegna si intersecano con i compiti dell'*organismo di vigilanza ex d. lgs. 231/2001*².

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

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

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

La norma ha suscitato reazioni opposte.

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

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

Si deve però sottolineare che l'autonomia privata dovrà valutare con particolare attenzione se, considerata la complessità dell'impresa, la tipologia dei rischi da reato, le

² Mi permetto di rinviare, anche per i riferimenti, al mio *L'organismo di vigilanza (d. lgs. 231/2001): profili di diritto societario*, in P. MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011, p. 203 ss., ove anche altri riferimenti, in parte ripreso in questo scritto. Sul tema vedi da ultimo R. SACCHI, *L'organismo di vigilanza ex d. lgs. n. 231*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 851 ss.

STUDI E OPINIONI

MODELLI 231 E CONTROLLI SOCIETARI

caratteristiche dei controlli necessari non impongano piuttosto di mantenere l'ODV come organo distinto al fine di una vigilanza più "specialistica" e, quindi, più efficace.

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

Di là dai profili penalistici, la disciplina del modello 231 e dell'ODV suscita non pochi problemi interpretativi.

11. I modelli di organizzazione.

In primo luogo vi è da chiedersi se i modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire i reati (art. 6), coincidano con *le adeguate strutture di controllo interno* di cui al testo unico della finanza e all'art. 2381, comma 5° cod. civ. La risposta credo debba essere negativa anche se, come si è anticipato meglio si dirà ne sono *parte integrante*³, ed è in questo senso che si sono orientate le associazioni di categoria, nell'elaborazione di *guidelines* specifiche per la costruzione di modelli di prevenzione dei reati, seguendo la specifica indicazione legislativa (art. 6, 3° co.).

Un punto di intersezione è altresì rappresentato dall'evoluzione dei "sistemi di responsabilità societaria" da responsabilità diretta a responsabilità per omessa vigilanza.

In questa prospettiva la nuova disciplina fornisce una duplice indicazione.

In primo luogo «l'organo dirigente» deve aver «adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati».

Inoltre il «compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento» deve essere affidato «a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo» (art. 6, 1° co., lett. b).

Ecco dunque la necessità di stabilire se l'adozione del modello costituisca una competenza necessariamente collegiale, o se invece, come ritengo possibile, possa essere delegata ad alcuni o uno degli amministratori. In questa seconda ipotesi il consiglio di amministrazione sarà tenuto ad una sorveglianza per così dire di secondo grado: sull'operato degli amministratori delegati, in prima istanza, sull'operato dell'«organismo» deputato al controllo (art. 6, 1° co., lett. b), in seconda istanza.

L'introduzione di questo nuovo «organismo» solleva l'interrogativo se esso si configuri come un vero e proprio "organo societario" e, in ogni caso, come si configuri la responsabilità dell'organismo stesso in rapporto con la responsabilità degli amministratori e dei sindaci.

12. ODV: profili di qualificazione.

L'attribuzione di «autonomi poteri di iniziativa e di controllo» (art. 6, 1° co., lett. b) potrebbe far propendere per la prima alternativa. Ma la soluzione non convince. L'istituzione dell'ODV è, tecnicamente, un onere, non un obbligo e ciò non consente di

³ Vedi *supra* § 6 e *infra* § 17.

STUDI E OPINIONI

MODELLI 231 E CONTROLLI SOCIETARI

qualificarlo come organo societario, che non può essere “opzionale”, anche se, come meglio si dirà, l’adozione del modello e la costituzione dell’ODV possono configurarsi come *obbligo derivato dal dovere generale di dotare la società di assetti organizzativi adeguati*. Non ritengo in ogni caso che la responsabilità del consiglio di amministrazione possa ritenersi esclusa sulla base della mera istituzione dell’ODV, ma ritengo che essa sia, tuttavia, circoscritta al più tenue *standard* della responsabilità per omessa vigilanza sull’operatività «dell’organismo» oppure, ove l’istituzione di quest’ultimo sia stata demandata all’amministratore delegato (o al comitato esecutivo), per omessa vigilanza sull’esercizio del dovere di vigilanza da parte dell’amministratore delegato nei confronti dell’organismo.

In punto poi di imputazione di *responsabilità civile* si ripropone il delicato problema della riconoscibilità di responsabilità parziarie, con il superamento delle inefficienze da *deep-pocket* conseguenti ai vincoli di solidarietà⁴.

13. La composizione dell’ODV. Efficacia, competenza, imparzialità, indipendenza.

Il tema è lasciato all’autonomia privata. Tuttavia, poiché l’organismo è parte del modello, anche sotto il profilo della sua composizione si deve valutare l’idoneità a prevenire i reati contenuti nel *Katalog* del d.lgs 231/2001.

Esso deve allora rispondere, a mio parere, a requisiti di *efficacia*, di *competenza*, di *imparzialità* e di *indipendenza*.

La dimensione dell’impresa rileva in punto di *numerosità* dei componenti. Soltanto dimensioni minori, in termini di fatturato, di articolazione del gruppo, di tassi di rischio meno elevati – si pensi invece a settori quali gli appalti pubblici o lo smaltimento dei rifiuti – consentono l’organo monocratico; diversamente deve preferirsi l’organo collegiale, per gli evidenti vantaggi in termini di articolazione del lavoro e di ponderazione nelle valutazioni.

Quanto alla *composizione* è da preferirsi, a mio avviso, la composizione mista di *inside* (amministratore indipendente o sindaco o responsabile del controllo interno) e di esterni (consulenti)⁵.

La composizione mista di interni (preferibilmente “indipendenti”) e di esterni

⁴ Ho affrontato il problema in *Responsabilità civile e mercato finanziario: organo di controllo e false informazioni da prospetto*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 1/2002, 255 ss. e ora in *Le agenzie di rating: appunti*, in *Giur. comm.*, 2013, in corso di stampa. Ma vedi già gli spunti di G. PALMIERI, *Responsabilità per omessa o insufficiente vigilanza: si affievolisce l’immunità della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2001, I, c. 1142 e A. PERRONE, *Falsità del prospetto e responsabilità civile della Consob*, *ivi*, 19.

⁵ Soluzione diffusa nella prassi.

STUDI E OPINIONI

MODELLI 231 E CONTROLLI SOCIETARI

consente infatti, a mio parere, di raggiungere un equilibrio apprezzabile tra conoscenza dell'impresa – e quindi maggiore idoneità ad individuare e controllare le aree di rischio più rilevanti – e indipendenza dalla struttura che rafforza l'autonomia e l'imparzialità dei controlli e dei giudizi.

Deve escludersi l'idoneità a farne parte degli amministratori esecutivi o di dipendenti in *staff* all'amministratore delegato. Ma non pare neppure adeguata, in linea di principio, fatte salve realtà particolari, ad esempio di enti con dimensioni ridotte, la soluzione di ODV composti totalmente da consulenti esterni: il componente "interno", se dotato di sufficiente grado di indipendenza, è anche più avvertito della realtà aziendale e maggiormente in grado di focalizzare le aree di rischio.

L'indipendenza, a mio parere, deve essere caratteristica dell'organismo nel suo complesso, non necessariamente di ogni suo componente, come qualcuno ha sostenuto⁶.

Nessun indice normativo specifico autorizza una lettura così restrittiva, anche perché il concetto di indipendenza è, nel nostro sistema, nozione polisemica quanto meno nella diversa declinazione che essa assume con riferimento ai sindaci, da un lato, agli amministratori dall'altro lato.

L'espressione «organismo dell'ente» non legittima, a mio parere, l'identificazione dell'ODV con un organo societario, collegio sindacale o comitato *audit*, dovendosi propendere per un organismo distinto ancorché formato anche con la partecipazione di componenti di organi societari (sindaci o amministratori indipendenti).

Mi pare invece forzato discendere dal dato testuale – "organismo" – un necessario incardinamento strutturale dello stesso nell'organizzazione dell'impresa, che non trova fondamento testuale.

La riferibilità all'ente si esaurisce nella "preposizione alla funzione" che può essere attribuita anche ad un organismo composto di soggetti esterni, fermo restando che, essendo l'ODV parte di un modello, cioè di un segmento di organizzazione dell'impresa, esso dovrà opportunamente porsi in relazione operativa con le funzioni aziendali rilevanti al fine di verificare l'efficienza e il rispetto del modello stesso.

L'attribuzione delle funzioni di ODV all'organo dirigente, ad esempio al consiglio di amministrazione, è consentita per gli enti «di piccola dimensione» (art. 6, comma 4), sulla cui entità potrebbero prospettarsi interpretazioni assai divergenti.

Queste indicazioni sembrano, almeno in parte, confermate dalla prassi.

Da una ricerca condotta da ASSONIME⁷ risulta che, nelle quotate, l'ODV ha

⁶ Cfr., da ultimo, A. GARGARELLA-MARTELLI, (nt. 5); per un esame delle diverse ipotesi si veda P. SFAMENI, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto societario: appunti in tema di doveri degli amministratori ad organismo di vigilanza*, in *Riv. soc.*, 2007, 155.

⁷ ASSONIME, *Analisi dello stato di attuazione del Codice di Autodisciplina delle società quotate (Anno 2008)*.

STUDI E OPINIONI

MODELLI 231 E CONTROLLI SOCIETARI

natura collegiale nel 94% dei casi, di regola – nell’80% dei casi – di 3 membri; la percentuale di ODV con componenti soltanto interni (amministratori e dirigenti, ma anche sindaci) è pari al 55%, mentre gli ODV a composizione mista sono soltanto il 16%.

14. Nomina; durata in carica; revoca; responsabilità.

La *nomina* spetta al Consiglio di Amministrazione, perché all’assemblea non possono più attribuirsi competenze gestionali di là da quelle stabilite per legge.

Nelle società chiuse può prevedersi l’autorizzazione assembleare (*ex art.* 2364, n. 5 cod. civ.) ed eventualmente il parere favorevole del collegio sindacale.

Nelle società a modello dualistico la nomina dell’ODV può affidarsi alternativamente al consiglio di gestione o al consiglio di sorveglianza oppure al primo subordinatamente all’autorizzazione del secondo.

Per quanto riguarda la *durata in carica* è preferibile la nomina per un periodo temporale determinato, ad esempio per un triennio o comunque per un periodo pari alla durata in carica dell’organo gestorio.

Anche la *revoca* dell’organismo non è espressamente disciplinata. Ove si ritenesse di applicare analogicamente le norme relative al contratto d’opera intellettuale o al contratto d’opera o all’appalto di servizi, si dovrebbe concludere nel senso che l’ente ha diritto di recedere unilateralmente dal contratto, anche in assenza di giusta causa, corrispondendo spese e compenso maturato (*arg. ex art.* 2237, art. 2227 e art. 1671 cod. civ.).

Si potrebbe però fare riferimento al contratto di mandato sostenendo che, ma l’illazione non pare così agevole, dalla natura del rapporto deve evincersi l’irrevocabilità dell’incarico, in applicazione analogica dell’articolo 1723 cod. civ., fermo restando che la revoca dell’incarico sarebbe pur sempre legittima anche se in concreto prevenuta dal deterrente, per il vero non particolarmente grave, della responsabilità per danni, salvo che ricorra una giusta causa. Si potrebbe anche tentare di sostenere che il mandato è stato in questo caso conferito non tanto nell’interesse del mandatario (tesi che sembra davvero improponibile) bensì nell’interesse di terzi, e cioè i partecipanti dell’ente, i creditori, i terzi in generale e che quindi la revoca del mandato *ex art.* 1723, comma 2, può avvenire soltanto per giusta causa.

Questa interpretazione potrebbe essere corroborata in base all’argomento che gli organi societari di controllo sono revocabili solo per giusta causa anche se, come è noto, ciò vale per il collegio sindacale (art. 2400, comma 2, cod. civ.) ma non per il consiglio di sorveglianza per cui è prevista soltanto la maggioranza qualificata (art. 2409 *duodecies* comma 5°) e neppure per il comitato per il controllo sulla gestione.

In conclusione, anche il tema della revoca dell’ODV avrebbe dovuto essere

STUDI E OPINIONI

MODELLI 231 E CONTROLLI SOCIETARI

espressamente affrontato dal legislatore.

Nei *gruppi* non pare necessario istituire, come già si è detto, ODV in tutte le società senza possibilità di deroga; necessaria è invece la previsione di procedure di raccordo tra ODV delle capogruppo e ODV delle controllate.

Per le società di gruppo di minori dimensioni possono anche contemplarsi organi monocratici, eventualmente composti dal medesimo soggetto, ma un'articolazione di gruppo – così come avviene per gli organi societari di controllo – pare necessaria per impedire possibili rimproveri di inidoneità del modello per un eccesso di concentrazione di poteri che aumenta i rischi di “cattura” dei controllori e di *default* nei controlli.

15. Poteri e responsabilità.

In tema di competenze dell'ODV l'incertezza è davvero elevata.

Nell'esperienza pratica, a fronte del silenzio legislativo, si riscontrano infatti interpretazioni variabili e oscillanti.

Le funzioni dell'ODV devono invece ricostruirsi in relazione all'inserimento dell'organo in uno specifico segmento organizzativo costituito dal “modello” – a sua volta articolato in procedure, mappature dei rischi, codice etico, sistema sanzionatorio – diretto alla prevenzione dei reati.

L'ODV, di conseguenza, *non è investito di una sorta di potere di supervisione trasversale e di carattere generale su tutti i settori e le funzioni dell'organizzazione d'impresa* che possano essere in qualche misura investiti da fatti di reato.

Deve invece sussistere una correlazione stretta tra potere-dovere di controllo e reati da prevenire ai sensi e per gli effetti del d. lgs. 231/2001.

Ad esempio, in materia di bilancio l'ODV non può ritenersi investito di una sorta di funzione generale di revisione di “secondo grado”; dovrà, per contro, anche in relazione alla tipologia dell'impresa, individuare le aree della formazione del bilancio in cui potrebbe essere più probabile la realizzazione di fatti di reato.

Così in società di costruzioni che operino nel campo degli appalti pubblici, il controllo sulle procedure dei rapporti con la P.A. dovrà essere particolarmente attento.

Così in società in cui il magazzino sia rapidamente deperibile l'ODV dovrà concentrare l'attenzione sulle procedure di verifica della consistenza del medesimo.

Il controllo ben può essere di “secondo grado”, realizzato cioè attraverso specifiche richieste di informazione alla struttura aziendale, ai preposti del controllo interno, al comitato *audit*, al collegio sindacale.

Argomentando analogicamente dalle norme sul collegio sindacale relative allo scambio di informazioni, con i soggetti incaricati del controllo contabile (art. 2409-*septies*) e con gli organi di controllo delle controllate (art. 2403-*bis*, comma 2°), si può anzi concludere che lo scambio informativo è doveroso, e che da ciò consegue un

STUDI E OPINIONI

MODELLI 231 E CONTROLLI SOCIETARI

obbligo di riunioni periodiche, senza vincoli di numero, ma almeno una volta per esercizio, anche al fine di evitare che il legittimo affidamento sui controlli altrui non si traduca in un generalizzato “conflitto di competenza negativa”.

La *responsabilità* dei componenti dell’ODV deve essere riportata ai canoni della responsabilità professionale del professionista piuttosto che alla responsabilità di amministratori e sindaci, e limitata dunque, al dolo e alla colpa grave (arg. *ex art.* 2236 cod. civ.). Non ritengo, infatti, che, come si è detto, dall’espressione «organismo dell’ente» possa dedursi l’equiparazione dell’ODV agli organi sociali e da questo discendere l’applicazione analogica delle norme in materia di responsabilità (ad esempio equiparando l’ODV al collegio sindacale).

16. L’istituzione del modello 231: onere e obbligo?

In linea di principio la predisposizione del modello 231 è, tecnicamente, un onere: la sanzione per la mancata adozione, in base alla legge speciale, può essere comminata *ex post*, come sanzione amministrativa, in caso di perpetrazione del reato nell’interesse dell’ente.

Vero è anche però che l’art. 2381 impone agli amministratori di dotare la società di assetti organizzativi adeguati: là dove il rischio da reato, e quindi il rischio di sanzione per la società, non sia insignificante, la mancata predisposizione del modello – come ha sancito il Tribunale di Milano⁸ – costituisce *anche* un *inadempimento agli obblighi degli amministratori di predisporre assetti organizzativi adeguati*.

17. D. lgs. 231/2001 e gruppi di società: la responsabilità non si estende oltre i confini del singolo ente.

La responsabilità amministrativa “di gruppo”, cioè della controllante (o della controllata), qualora un reato sia commesso da esponenti dell’una nell’interesse dell’altra, non è prevista dal legislatore.

Si potrebbe essere tentati di colmare il vuoto normativo interpretando estensivamente il combinato disposto di cui agli artt. 5, 1° co. e 7, 1° e 2° co., d. lgs. 231/2001.

Più precisamente si potrebbe immaginare di sostenere che «l’ente (*società controllata*)» è «responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio» «da persone che» (in quanto esponenti della *società controllante* che esercita attività di direzione di gruppo) «esercitano anche di fatto la gestione e il controllo dello stesso» (art. 5, 1° co. lett. b). Reciprocamente si potrebbe giungere a ritenere che «l’ente (*società controllante*)» è «responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio» «da persone (*che in quanto esponenti della società controllata sottoposta*

⁸ Cfr. Trib. Milano, 13 febbraio 2008, n. 1774, reperibile sul sito www.confindustria.it.

STUDI E OPINIONI

MODELLI 231 E CONTROLLI SOCIETARI

alla direzione di gruppo della controllante sono) sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)» (in quanto esponenti della società controllante esercente la direzione di gruppo).

La lettura estensiva, dovrebbe in ogni caso fondarsi sulla relazione di controllo, *rectius* sull'esercizio della direzione unitaria, non già sull'abuso della stessa. In altri termini se si accogliesse l'idea che «gestione e controllo» e «direzione e vigilanza» sono rapporti funzionali predicabili, mediamente, anche alle persone giuridiche, non si potrebbe arbitrariamente restringere l'applicazione della norma sanzionatoria alle ipotesi di abuso: la fisiologia del gruppo, in definitiva, dovrebbe fondare l'applicazione estensiva della disciplina, non la sua deviazione patologica.

Ma la lettura estensiva non convince. Le disposizioni di cui all'art. 5 lett. b) e all'art. 7, comma 1 d. lgs. 231/01 si riferiscono a persone fisiche sottoposte alla direzione e alla vigilanza di altri soggetti a loro volta persone fisiche, non a società sottoposte a direzione e coordinamento.

Una diversa interpretazione urterebbe contro il *divieto di applicazione analogica* di norma (sicuramente) eccezionale.

L'interpretazione accolta trova del resto ulteriore conferma nel dettato normativo: l'art. 5, comma 1°, lett. a) prevede espressamente che la funzione apicale rilevante può essere svolta non soltanto nell'ente ma anche in «una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale». Da ciò si evince che il legislatore ha inteso sì ricomprendere espressamente nel perimetro dell'ente le divisioni aziendali autonome, ma soltanto esse, al fine di evitare il dubbio che si potesse equipararle ad enti collegati ma soggettivamente separati (quali le società controllate).

In altre parole l'espressa inclusione delle unità operative interne all'ente conferma, *a contrario*, che enti con soggettività distinte, ancorché in qualche modo collegati all'ente, vuoi da relazioni di partecipazione vuoi da relazioni gestionali, sono *esclusi* dal perimetro di rilevanza della responsabilità penale.

18. Modelli di prevenzione dei reati e gruppi di società.

Altro è dire, sul terreno “argomentativo”, che nella predisposizione del modello, *ai fini della migliore prevenzione dei reati nei singoli enti-società*, debba essere tenuta in considerazione la dimensione del gruppo, senza che per questo debba venire meno la soggettività separata di tutte le singole società agli effetti dell'applicazione della disciplina della responsabilità amministrativa, che non può “risalire” dalla controllata alla capogruppo.

La predisposizione di sistemi di controllo di gruppo e di codici etici di gruppo risponde del resto ad una prassi consolidata⁹: pare, anche sotto questo profilo,

⁹ Non estranea, tra l'altro, alla normativa secondaria: si veda, ad esempio, l'art. 57, del Reg.

STUDI E OPINIONI

MODELLI 231 E CONTROLLI SOCIETARI

inevitabile che i modelli organizzativi di prevenzione dei reati siano plasmati sulla realtà del gruppo.

Dall'assunto secondo cui l'istituzione dell'ODV non si configura tecnicamente come obbligo e che la disciplina dell'attività di coordinamento è sì disciplina societaria ma anche dell'impresa (come si evince, oltre al resto, dalla previsione di un criterio di corretta gestione non solo societaria ma anche *imprenditoriale*: art. 2497, comma 1° cod. civ.) credo che possa trarsi la conclusione che, nei gruppi, non è aprioristicamente configurabile siccome necessaria l'istituzione di tanti ODV quante sono le società del gruppo ma possano istituirsi ODV nelle società più importanti da coordinarsi con l'ODV della capogruppo a cui possono affidarsi i compiti di vigilanza non solo relativi alla capogruppo stessa ma anche relativi ad altre società del gruppo. Più precisamente si tratterà di *un medesimo* ODV che, proprio in quanto non qualificabile come organo societario, svolgerà la sua funzione per *più società*; l'ODV della capogruppo svolge una funzione di coordinamento ma non in quanto ODV *di gruppo* – qualificazione che urta contro il sistema di soggettività separate su cui si fonda il d. lgs. 231/01 – bensì come ODV (della capogruppo) che, in ragione della dimensione del gruppo, opera per il *migliore funzionamento degli ODV delle singole società*.

Il tema merita un approfondimento.

19. Interesse di terzi, interesse di gruppo e responsabilità dell'ente. Rilevanza di un coordinamento di gruppo per la prevenzione dei reati.

La disciplina in materia di responsabilità amministrativa della persona giuridica, prevede un'ipotesi tipizzata di esclusione della responsabilità in ragione dell'interesse perseguito dal soggetto apicale.

Più precisamente l'art. 5, comma 2° prevede che «l'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1° hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi».

Da ciò consegue che se il soggetto apicale ha agito *esclusivamente*, e non *anche*, nell'interesse di un ente terzo rispetto all'ente con cui intercorre il rapporto di amministrazione, di rappresentanza, di direzione, a quest'ultimo non può essere ascritta la responsabilità amministrativa.

Argomentando *a contrario* dalla accolta tesi della “responsabilità atomistica”, si dovrebbe allora dedurre che ove l'apicale agisca nell'interesse, esclusivo, della controllante la responsabilità della controllata sarebbe esclusa.

Ciò che pare però controvertibile è la configurabilità di un agire nell'interesse, *esclusivo*, appunto, della controllante. La fattispecie potrebbe ipotizzarsi nella mera e

Intermediari n. 11522/98 e s.m., se pure ora non più riprodotto nell'ultima versione.

STUDI E OPINIONI

MODELLI 231 E CONTROLLI SOCIETARI

remota ipotesi di un abuso conclamato di direzione unitaria, così esorbitante dal paradigma della correttezza gestionale, societaria e imprenditoriale, da concretare un vero e proprio atto di dominio, di autocratico imperio della controllante nei confronti dell'apicale della controllata al fine di coartarlo o di indurlo al compimento di atti che non configurino in alcun modo un potenziale risultato anche parzialmente positivo (cioè un interesse o un vantaggio) per la controllata, ma si risolvano invece, per quest'ultima, in atti del tutto estranei alla propria sfera di interesse.

Nella realtà economica l'ipotesi pare confinata, se non nel caso di scuola, in un'area di marginalità. Pare invece più plausibile, e corrispondente alla casistica prevalente, l'ipotesi in cui l'interesse perseguito è *anche* l'interesse della controllante oppure l'interesse di gruppo, inteso come interesse comune alla controllante e alle società controllate.

Questa lettura della norma speciale (l'art. 5, comma 2°, d. lgs. 231/2001 è corroborata dalla innovata disciplina dei gruppi, *rectius* dalla direzione e coordinamento di società.

Il riconoscimento della legittimità della direzione unitaria (nei limiti della correttezza gestionale), la "canonizzazione" dell'interesse di gruppo, anche con pregiudizio dell'interesse della controllata nel limite dei vantaggi compensativi¹⁰, la statuizione della presunzione di sussistenza della direzione unitaria in presenza del controllo, consente di affermare che *la distinta personalità giuridica delle società del gruppo non consente di affermare, per ciò solo, che l'agire nell'interesse della controllante significa, per ciò solo, agire nell'interesse esclusivo di terzi.*

Vero è anche però che, come è stato convincentemente sostenuto¹¹ nessun ragionamento presuntivo può essere effettuato sulla base della mera esistenza del rapporto infragruppo, che l'agire nell'interesse della capogruppo o nell'interesse di gruppo deve essere provato in concreto e che *ciò non consente, in ogni caso, di estendere la responsabilità alla capogruppo*, ma soltanto di valutare se l'interesse perseguito sia effettivamente un interesse esclusivamente terzo.

Da quanto sopra discende una prima conclusione: nell'ambito del gruppo, e in particolare là dove vi sia direzione e coordinamento di gruppo, è interesse della *società controllata* vigilare affinché l'interesse di gruppo sia correttamente perseguito in quanto il reato commesso nell'interesse della capogruppo non può, *per ciò solo*, essere qualificato come reato perseguito nell'esclusivo interesse di terzi.

Sotto un diverso ma speculare profilo, di ordine più propriamente civilistico, la

¹⁰ Sul punto mi permetto di rinviare al mio *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. Soc.*, 2007, p. 317 ss.,

¹¹ Da M. RIVERDITI, *La problematica posizione dei gruppi societari nella disciplina del d. lgs. 231/2001*, in corso di stampa, in ottica penalistica, con ampi riferimenti di dottrina.

STUDI E OPINIONI

MODELLI 231 E CONTROLLI SOCIETARI

società capogruppo ha un interesse proprio, e concreto, a vigilare affinché nella controllata non si verifichino reati nell'interesse o a vantaggio della controllata stessa, ma neppure – per le ragioni suesposte – nell'interesse del gruppo o della capogruppo.

Infatti le conseguenze dell'iscrizione alla controllata di fatti rilevanti sul piano della responsabilità amministrative, in particolare l'irrogazione di sanzioni pecuniarie o di provvedimenti interdittivi, che possono incidere in misura pesantemente negativa sul patrimonio della controllata, si riverberano indirettamente o possono riverberarsi sul valore della partecipazione.

Nei limiti precisati si può quindi concludere che, fermo restando il carattere "atomistico" della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, vi è un interesse sia della società capogruppo sia delle società controllate a che la prevenzione dei reati sia oggetto di presidi specifici a livello di gruppo.

20. Assetti organizzativi e gruppi di società. I regolamenti di gruppo come strumento di governance anche in relazione al d. lgs. 231/2001.

La riforma del diritto societario ha elevato, come già si è osservato¹², i principi di corretta amministrazione a clausola generale di comportamento degli amministratori, prima espressamente contemplata soltanto per le società quotate [arg. *ex art.* 149, lett. b) t.u.f.].

Il rispetto delle regole, anche tecniche e non solo giuridiche, di buona gestione è, dunque, oggi, norma di diritto comune.

Inoltre il paradigma degli *assetti organizzativi adeguati*, assurge a canone necessario di organizzazione interna dell'impresa, sul piano gestionale, amministrativo e contabile, e, conseguentemente, a direttrice fisiologica dell'attività, strumento di tracciabilità dei processi, criterio di valutazione della responsabilità di amministratori, dirigenti e controllori.

Dalle considerazioni sinteticamente poco sopra svolte sul carattere ormai sistematico della disciplina del gruppo discende poi che l'adeguatezza degli assetti organizzativi non può essere circoscritta alla società-isola, ma deve essere considerata necessariamente nella dimensione di gruppo.

In altri termini se è vero che l'attività di direzione e coordinamento è legittima ma deve essere esercitata entro il limite della correttezza gestionale societaria e amministrativa (arg. *ex art.* 2497, comma 1°), se è vero che amministrazione, controllo, flussi informativi, rappresentazione contabile, relazione sulla *governance*, non si esauriscono nei ristretti confini della singola società ma investono direttamente e immediatamente la dimensione del gruppo, è anche vero allora che anche gli assetti organizzativi trascendono il perimetro delle singole persone giuridiche ed assumono

¹² Vedi *supra* § 3.

STUDI E OPINIONI

MODELLI 231 E CONTROLLI SOCIETARI

rilevanza di gruppo.

Ed è in questo contesto, dunque, che il *modello di prevenzione del reato*, come *segmento della più ampia fattispecie degli assetti organizzativi*, non può prescindere dalla dimensione del gruppo. Senza poter entrare qui nei dettagli dell'articolazione operativa dei modelli, mi limito a segnalare come, a mio avviso, un utile strumento di coordinamento, *anche* ai fini del d. lgs. 231/2001, possa ravvisarsi nel regolamento di gruppo.

21. Il problema: il coordinamento tra istanze e organi di controllo.

La materia dei controlli societari richiede, a mio parere, una razionalizzazione normativa.

Oltre ad eliminare le sovrapposizioni di funzioni, che, pur operando, in parte come forme di cooperazione sinergica si configurano, per plurimi profili, come vere e proprie duplicazioni, è necessario fornire una soluzione al problema centrale sia sul terreno del riassetto sistematico di una sezione complessa e articolata dell'ordinamento societario sia sul piano della concreta operatività della gestione.

E il problema centrale consiste, a mio avviso, nell'individuare regole efficaci per il *coordinamento tra organi e funzioni*, questione peraltro strettamente connessa al tema delle sovrapposizioni.

Gli operatori si chiedono, infatti, come introdurre un nesso funzionale e operativo che conduca ad omogenea se pur articolata unità i diversi segmenti che compongono l'intero meccanismo dei controlli e cioè i rapporti tra funzioni (le diverse fattispecie di controllo) e organi ad esse deputati (sindaci, revisori, amministratori indipendenti, amministratori di minoranza, *leading independent director*, comitato audit, preposto al controllo interno, responsabile dei documenti contabili, organismo di vigilanza, responsabile antiriciclaggio, ecc.). Problema che si acuisce nei settori vigilati – banche e assicurazioni – ove si aggiungono le norme speciali, primarie e secondarie, e le Istruzioni dell'Organo di Vigilanza.

Abbiamo visto che la normativa primaria, la disciplina regolamentare, il Codice di Autodisciplina, la prassi aziendale hanno additato linee direttrici e soluzioni operative.

Ma il quadro regolatorio rimane, a mio parere, frammentario e meritevole – ribadisco – di razionalizzazione.

22. Proposte di riforma: la società per azioni.

Le proposte di modificazione legislativa della disciplina della *società per azioni* che mi sento di suggerire sono le seguenti:

- (i) attribuire espressamente all'organo di controllo – collegio sindacale, comitato di controllo all'interno del consiglio di sorveglianza, comitato per

STUDI E OPINIONI

MODELLI 231 E CONTROLLI SOCIETARI

il controllo sulla gestione o nelle società quotate, se previsto dallo Statuto, comitato controllo e rischi – la funzione di *coordinamento* di tutte le istanze di controllo interno alla società;

- (ii) prevedere che le procedure e le modalità di coordinamento tra organi e funzioni di controllo siano disciplinate da un apposito *regolamento adottato dal consiglio di amministrazione*;
- (iii) prevedere l'*obbligo periodico – ad esempio trimestrale – di relazione al consiglio di amministrazione da parte dell'organo di controllo* sul funzionamento del *sistema di controllo* e sulle *risultanze dei controlli* effettuati anche ai fini di eventuali decisioni di intervento correttivo da parte dell'organo gestorio.

23. Le società quotate e di interesse pubblico.

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

- (i) come consente la Direttiva, *prevedere che, negli enti di interesse pubblico, lo statuto può attribuire* la funzione di comitato per il controllo interno e la revisione legale (art. 19, d.lgs. 39/2010) *anziché al collegio sindacale (o all'organo equivalente) al comitato controllo e rischi* previsto dal Codice di Autodisciplina o, se la società non è quotata, a un comitato di amministratori indipendenti;
- (ii) limitare le competenze in materia di procedure del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari alla predisposizione di *adeguate procedure amministrative e contabili per la formazione dei bilanci*;
- (iii) affidare invece alla società di revisione, oltretutto, ovviamente, il controllo dei conti, la *verifica di adeguatezza delle procedure stesse*;
- (iv) attribuire al preposto al controllo interno la *verifica sul rispetto effettivo delle procedure amministrative e contabili*, oggi assegnato invece al dirigente preposto, nell'ambito del controllo sul rispetto delle procedure interne, in senso ampio;
- (v) prevedere che nel *modello dualistico* lo statuto debba obbligatoriamente stabilire le funzioni di alta direzione attribuite al *consiglio di sorveglianza*; introdurre l'obbligo di istituire il *comitato per il controllo interno e la revisione legale* nell'ambito di questo organo; statuire espressamente che i rapporti tra consiglio di gestione e consiglio di sorveglianza siano disciplinati da un regolamento interno.

STUDI E OPINIONI

MODELLI 231 E CONTROLLI SOCIETARI

24. La società a responsabilità limitata.

Troppo frequentemente, a mio parere, si tende ad individuare, con riferimento alla *società a responsabilità limitata*, una correlazione indebita tra dimensione dell'impresa, modesta rilevanza nel sistema economico complessivo e conseguente o sufficienza di controlli semplificati o, addirittura, non necessità di forme di controllo.

Un assunto non condivisibile.

In primo luogo la s.r.l., proprio perché modello flessibile, “a geometria variabile”, è spesso forma organizzativa anche di imprese di grandi dimensioni.

In secondo luogo il beneficio della responsabilità limitata e la possibile sottocapitalizzazione (pur in presenza di norme ora più restrittive – cfr. art. 2467 – ma di non agevole applicazione) impongono controlli rafforzati.

In terzo luogo la “filosofia dei controlli”, se intesa in senso non burocratico o meramente sanzionatorio, è un'opportunità di efficienza anche per la piccola impresa, non un freno allo sviluppo.

E' certo che la dimensione dell'impresa impone soluzioni normative graduate: ma l'attuale disciplina è del tutto irrazionale.

La materia dei controlli deve essere, in conclusione, regolamentata in primo luogo in ragione delle dimensioni dell'impresa – e pertanto dell'entità del rischio dei creditori – e soltanto in via subordinata in ragione del tipo. Una disciplina che “combinì” equilibratamente i due criteri potrebbe essere così formulata:

- (i) nelle società *sotto la soglia* del bilancio in forma abbreviata dovrebbe essere obbligatoriamente prevista la nomina di un revisore;
- (ii) nelle società *sopra la soglia* del bilancio abbreviato o del capitale sociale minimo della s.p.a. prevedere obbligatoriamente un sindaco unico;
- (iii) nelle società ove sia raggiunto *il doppio* dell'una o dell'altra soglia, prevedere l'applicazione della disciplina della società per azioni.

Ovviamente dovrebbero essere consentite tutte le soluzioni più rigorose scelte dall'autonomia statutaria.

LA RIFORMA DELLA GOVERNANCE DELLE FONDAZIONI LIRICO -SINFONICHE

L'articolo, dopo aver esaminato la disciplina relativa alla governance delle fondazioni lirico-sinfoniche dettata dal d.lgs. 367/1996, e le relative criticità, si sofferma sulle significative modifiche introdotte dal d.l. 91/2013 (c.d. Decreto Valore Cultura), che hanno sostanzialmente introdotto una governance di impronta "dualistica".

di **CRISTIANO CINCOTTI** *

1. Introduzione.

L'attuale natura delle fondazioni lirico-sinfoniche consegue alla trasformazione disposta dal d.lgs. 367/1996 (c.d. Legge Veltroni) dei tredici "enti autonomi lirici"¹, fino a quel momento disciplinati dalla c.d. Legge Corona (l. 800 del 14 agosto 1967)². Il modello prescelto è stato quello delle "fondazioni di partecipazione"³ già adottato in

(*) Consigliere di amministrazione della Fondazione Ente Lirico di Cagliari. Le opinioni contenute nello scritto sono espresse a titolo personale.

¹ Gli Enti autonomi lirici nel vigore della l. 800/67 erano qualificati come enti pubblici non economici, cfr. Cass. Sez. Un., 2 marzo 1987, n. 2185, in *Foro it.*, 1987, I, 2421, con nota di G. ALBENZIO, *La natura degli enti lirici e delle istituzioni concertistiche assimilate secondo la legge n. 800/67*.

² La trasformazione sarebbe dovuta essere attuata da ciascun ente mediante deliberazione dell'organo competente nei successivi tre anni, cfr. F. RIGANO, *La privatizzazione degli enti lirici* in *AIDA*, 1997, 577; A. AMBANELLI, *Trasformazione*, in *Fondazioni ed enti lirici*, a cura di G. Iudica, Padova, 1998, 17 ss. Nonostante il precetto normativo, peraltro, solo il Teatro Alla Scala di Milano procedeva spontaneamente a deliberare la trasformazione secondo le modalità previste dal legislatore del 1996, così rendendosi necessario disporre la trasformazione *ope legis* di tutti i restanti enti lirici ad opera del D.lgs. 134/1998, successivamente dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla sentenza Corte Cost. 18 novembre 2000, n. 503, ma i cui effetti sono stati salvaguardati con efficacia *ex tunc* dall'art. 1 d.l. 24 novembre 2000 n. 345, convertito in legge dall'art. 1, l. 6/2001.

³ Sulle fondazioni in generale cfr. per tutti P. RESCIGNO, voce *Fondazione*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 790; F. GALGANO, voce *Fondazione (Diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XIV, 1989, e sulle tipologie speciali di fondazione A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995.

STUDI E OPINIONI

FONDAZIONI LIRICO - SINFONICHE

occasione della costituzione delle fondazioni bancarie. Trattasi di fondazioni di diritto privato⁴, seppur soggette al controllo della Corte dei Conti, deputate alla "diffusione dell'arte, la formazione professionale dei quadri artistici e l'educazione musicale della collettività".

Ciò nonostante, le novelle fondazioni rimangono organismi di diritto pubblico ai sensi della normativa comunitaria⁵, in quanto partecipate in misura pressoché totalitaria da enti pubblici, cui è riconducibile altresì la provenienza della gran parte dei ricavi, sotto forma di finanziamenti ed apporti a fondo perduto. Soci fondatori, ai sensi dell'art. 6, d.lgs. 367/96, sono infatti lo Stato, il Comune e la Regione ove la fondazione ha sede, né le norme relative all'obbligo di partecipazione al capitale di soci privati, invero prive di portata precettiva, hanno sortito gli effetti sperati, salva l'eccezione rappresentata dalla fondazione Teatro Alla Scala di Milano, rimanendo così a carico dello Stato e degli Enti locali il finanziamento dell'intero sistema lirico sinfonico nazionale.

La grave crisi che aveva caratterizzato la gestione dei precedenti enti lirici pubblici induceva inoltre il legislatore a specificare che le novelle fondazioni, pur senza scopo di lucro, dovessero operare "secondo criteri di imprenditorialità e nel rispetto del vincolo del bilancio" (art. 3 d.lgs 367/96)⁶. La previsione si rivelava, tuttavia, poco più che un auspicio privo di portata imperativa. Invero, trattandosi di enti non assoggettabili a fallimento, l'eventuale squilibrio patrimoniale o finanziario, anche se imputabile a violazione dei principi di economicità nella gestione, trova sanzione unicamente nell'amministrazione straordinaria, ai sensi dell'art. 21, d.lgs. 367/1996. Questa, tuttavia, è prevista solo nell'ipotesi in cui "il conto economico chiuda con una perdita superiore al 30% del patrimonio per due esercizi consecutivi", lasciando così privo di

⁴ Cfr. tuttavia G. MARASÀ, *Fondazioni, privatizzazioni e impresa: la trasformazione degli enti musicali in fondazioni di diritto privato*, in *Studium iuris*, 1996, 1096, che rileva la "distanza abissale che separa il modello privatistico del codice civile dalle fondazioni musicali", là dove "la fonte costituita dal codice civile ha carattere residuale rispetto alla normativa recata dal decreto", così A. DI MAJO, *Le neofondazioni della lirica: un passo avanti e due indietro*, in *Corr. giur.*, 1997, 114 ss. Al riguardo TAR Cagliari, sez. II, 23 maggio 2008, n. 1051 evidenzia come la disciplina speciale delle fondazioni lirico sinfoniche sia "espressione della tendenza, da tempo emersa nella amministrazione, che in dottrina e giurisprudenza ha persino dato vita ad una nuova ed aperta nozione di ente pubblico capace di comprendere anche figure soggettive formalmente privatistiche".

⁵ Cfr. l'art. 3, comma 26, d.lgs. 163/2006, nonché l'espresso riconoscimento in tal senso operato da Corte. Cost. 153/2011, al § 5.2.

⁶ In tal modo, il legislatore prendeva espressamente posizione circa la compatibilità della forma di fondazione di diritto privato con l'esercizio eventuale di attività commerciale nel rispetto del metodo economico, già da tempo oggetto di riflessione da parte di autorevole dottrina: P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, in *Riv. soc.*, 1967, 812; R. COSTI, *Fondazione e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 17 ss.

STUDI E OPINIONI

FONDAZIONI LIRICO - SINFONICHE

sanzione il deficit - anche assai rilevante - relativo ad un solo esercizio del quale, in aggiunta, non è richiesta la copertura negli esercizi successivi. È agevole intuire come una norma così disegnata abbia in sostanza legittimato l'adozione di un principio di economicità "attenuato"⁷, che nell'arco di un ventennio ha generato gravissimi deficit patrimoniali in capo a quasi tutte le fondazioni.

Si rendeva pertanto necessario un nuovo intervento di salvataggio del sistema delle fondazioni lirico-sinfoniche, operato con il d.l. "Valore Cultura" n. 91 del 8 agosto 2013, in G.U. 9 agosto 2013, che accanto ad un incisivo sostegno finanziario alle fondazioni maggiormente bisognose - accompagnato da una rimodulazione forzata dei costi ed una ristrutturazione del debito - impone altresì una revisione della *governance* delle fondazioni, ritenuta evidentemente inadeguata.

2. Il sistema di *governance* dettato dal d.lgs. 367/1996.

2.1. La *governance* delle fondazioni lirico sinfoniche delineata dal d.lgs 367/1996 è fondata su quattro organi necessari: il Presidente, il Consiglio di amministrazione, il Sovrintendente e il Collegio dei revisori. A questi possono aggiungersi altri organi previsti dallo statuto per particolari esigenze, in forza dell'autonomia statutaria prevista dall'art. 10⁸.

Quanto alla natura ed ai poteri degli organi necessari, come sopra individuati, occorre immediatamente evidenziarne la profonda differenza rispetto agli organi delle società commerciali da cui, apparentemente, mutuano il nome, ma non anche la disciplina.

Il punto di partenza dell'analisi è necessariamente rappresentato dall'assenza nella disciplina legale dell'organo assembleare, tipicamente deputato a manifestare la volontà dei soci partecipanti al capitale⁹. Nelle fondazioni lirico-sinfoniche, per contro, i soci non sono chiamati ad esprimere direttamente la propria volontà e si limitano a nominare un rappresentante nel Consiglio di amministrazione, il quale peraltro è tenuto ad agire senza vincolo di mandato (art. 10, comma 1, d.lgs 367/1996) e, come tale, non è revocabile dall'ente che l'ha nominato.

2.2. Nonostante la natura sostanziale di ente pubblico delle fondazioni lirico-sinfoniche, l'unico organo avente un chiaro connotato politico è il Presidente, carica che

⁷ Sul principio di economicità cfr. per tutti E. LOFFREDO, *Economicità e impresa*, Torino, 1999, *passim*.

⁸ Circa gli stretti limiti in cui può esplicarsi l'autonomia statutaria, in ragione della penetrante disciplina inderogabile dettata dal d.lgs. 367/1996, cfr. A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 114.

⁹ Lo statuto della Fondazione Teatro Alla Scala di Milano rappresenta tuttavia una rilevante eccezione, là dove in ragione della significativa presenza di soci privati, l'art. 6 introduce - facendo uso dell'autonomia consentita dall'art. 10, d.lgs. 367/1996 - l'Assemblea dei soci fondatori quale organo necessario della fondazione.

STUDI E OPINIONI

FONDAZIONI LIRICO - SINFONICHE

spetta di diritto al sindaco della città ove ha sede la fondazione. Questi ha la legale rappresentanza della fondazione, convoca e presiede il Consiglio di amministrazione e cura che abbiano esecuzione gli atti da esso deliberati.

Quanto al Consiglio di amministrazione, l'art. 12, d.lgs. 367/1996, esordisce con un'affermazione che, vedremo nel prosieguo, si dimostra ingannevole. Il comma primo della norma in parola afferma infatti che "lo statuto deve prevedere che la fondazione sia gestita da un Consiglio di amministrazione, composto da sette membri, compreso chi lo presiede". La norma prosegue quindi elencando alcune specifiche competenze del Consiglio, che " a) approva il bilancio di esercizio; b) nomina e revoca il Sovrintendente; c) approva le modifiche statutarie; d) approva, su proposta del Sovrintendente, con particolare attenzione ai vincoli di bilancio, i programmi di attività artistica, che devono essere accompagnati da proiezioni che ne dimostrino la compatibilità con i bilanci degli esercizi precedenti e con i bilanci preventivi dell'esercizio in corso e degli esercizi futuri per i quali si estende il programma di attività; e) stabilisce gli indirizzi di gestione economica e finanziaria della fondazione; f) ha ogni potere concernente l'amministrazione ordinaria o straordinaria che non sia attribuito dalla legge o dallo statuto ad altro organo".

Il potere gestorio che la legge assegna così, in via generale, al Consiglio, secondo modalità che paiono richiamare quanto disposto dall'art. 2380-*bis*, c.c. per il Consiglio di amministrazione delle s.p.a., e così pure le competenze gestorie residuali previste dalla citata lettera f) della norma in parola, mal si conciliano tuttavia con i poteri conferiti dalla legge al Sovrintendente.

Questi viene nominato - e revocato - dal Consiglio e intrattiene con l'organo che l'ha espresso uno stretto rapporto fiduciario, tanto che il suo mandato cessa *ex lege* con la cessazione del Consiglio. Il Sovrintendente, ai sensi dell'art. 13, d.lgs. 367/1996, "a) tiene i libri e le scritture contabili di cui all'art. 16; b) predispose il bilancio d'esercizio, nonché, di concerto con il direttore artistico, i programmi di attività artistica da sottoporre alla deliberazione del Consiglio di amministrazione; c) dirige e coordina in autonomia, nel rispetto dei programmi approvati e del vincolo di bilancio, l'attività di produzione artistica della fondazione e le attività connesse e strumentali; d) nomina e revoca, sentito il Consiglio di amministrazione, il direttore artistico o musicale, individuandolo tra i musicisti o tra i musicologi più rinomati e di comprovata competenza teatrale; e) partecipa alle riunioni del Consiglio di amministrazione".

Nel ricostruire l'effettiva articolazione dei rapporti tra Sovrintendente e Consiglio occorre prendere le mosse dalla lettera c) della norma in commento, che attribuisce al Sovrintendente una competenza esclusiva nell'attività di produzione artistica e attività connesse e strumentali, salvo il vincolo di bilancio. Invero, la competenza così assegnata, seppur formalmente speciale, copre in sostanza l'intera

STUDI E OPINIONI

FONDAZIONI LIRICO - SINFONICHE

attività tipica delle fondazioni, lasciando ben poco spazio alle competenze gestorie residuali attribuite al Consiglio dall'art. 12, lett. f), d.lgs. 367/1996¹⁰.

Nel contempo, il potere/dovere di tenere le scritture contabili e redigere il progetto di bilancio attribuito al Sovrintendente dalle lettere a) e b) dell'art. 13 d.lgs. 367/1996¹¹, che nei fenomeni associativi si accompagna tipicamente al potere gestorio, rappresenta il dato interpretativo che fornisce la conferma definitiva del reale rapporto tra Consiglio e Sovrintendente. Invero, la registrazione contabile dei fatti gestori attribuisce a quest'ultimo una conoscenza diretta della situazione patrimoniale, economica e finanziaria della fondazione, che rappresenta il corollario imprescindibile per l'esercizio del potere gestorio, non potendosi ipotizzare l'amministrazione dell'ente senza la possibilità di conoscere le conseguenze contabili dell'azione amministrativa (es. i costi a consuntivo relativi alla realizzazione di un'opera) e la loro compatibilità con l'obbligo - seppur nei termini sopra chiariti - di economicità della gestione.

Nel contempo, quale naturale corollario della tenuta delle scritture contabili e della predisposizione del bilancio d'esercizio, che della contabilità rappresenta l'epilogo, deve ritenersi spetti al Sovrintendente la predisposizione del progetto di bilancio preventivo, menzionato dall'art. 12 lett. f), d.lgs. 367/1996, quale vincolo alla programmazione artistica. Ciò a ulteriore conferma del ruolo centrale del Sovrintendente nella pianificazione artistica e, quindi, economica, dell'attività della fondazione.

Il Consiglio, per contro, si limita ad approvare il bilancio preventivo, anche al fine di poter accedere ai contributi annuali, offerti dallo stato per il tramite del Fondo Unico per lo spettacolo introdotto con la l. 163/1985, parametrati alla futura attività programmata dalla fondazione¹², nonché, a consuntivo, il bilancio d'esercizio, solo in tale sede acquisendo conoscenza del risultato della gestione e della corrispondenza con la programmazione deliberata.

¹⁰ Cfr. tuttavia R. RANDAZZO, *Consiglio di amministrazione*, in *Fondazioni ed enti lirici*, cit., 96 ss., che non coglie il conflitto tra le competenze gestorie assegnate rispettivamente al Consiglio ed al Sovrintendente ed anzi parla di una asserita "posizione sovrana" assunta dagli amministratori, richiamando al riguardo la disciplina e le posizioni della dottrina relative alle fondazioni di diritto comune, senza prendere in considerazione le peculiarità della disciplina speciale dettata per le fondazioni lirico sinfoniche.

¹¹ Cfr. al riguardo M. VENTORUZZO, *Scritture contabili e bilancio di esercizio*, in *Fondazioni ed enti lirici*, cit., 128 ss., che sotto differente profilo ben evidenzia i profili di disomogeneità tra l'attività svolta e lo schema di bilancio richiamato dal legislatore: si pensi solo alla disciplina del netto patrimoniale, ovvero all'irrelevanza della funzione tipica del bilancio relativa alla rappresentazione del reddito prodotto.

¹² Per una attenta critica ai meccanismi di finanziamento del settore lirico-sinfonico cfr. M. TRIMARCHI, *Le fondazioni musicali fra Stato e Mercato*, in *Fondazioni ed enti lirici*, cit., 253 ss.

STUDI E OPINIONI

FONDAZIONI LIRICO - SINFONICHE

Infine, il Collegio dei revisori è chiamato ad esercitare il controllo sull'amministrazione della fondazione, riferendone almeno ogni trimestre con apposita relazione all'autorità di Governo competente in materia di spettacolo ed al Ministero del tesoro. Poteri e doveri sono disciplinati mediante un ampio rinvio alle disposizioni in tema di collegio sindacale delle società per azioni di cui agli articoli 2399, 2403, 2403-bis, 2404, 2405, 2406 e 2407 del codice civile.

2.3. Dalla ricostruzione della disciplina dettata dal d.lgs. 367/1996, risulta evidente che l'organo cui il legislatore pare aver formalmente demandato il potere di amministrazione, ossia il Consiglio, si limita, in sostanza, all'approvazione dei programmi di attività artistica predisposti dal Sovrintendente ed all'approvazione della pianificazione economica di tale attività¹³. Il Consiglio, in particolare deve soffermarsi sulla sostenibilità economica della programmazione alla luce dei risultati degli esercizi precedenti e delle proiezioni dei bilanci preventivi, senza tuttavia disporre di un potere propositivo alternativo rispetto a quello del Sovrintendente, là dove le citate competenze esclusive in materia artistica riservate dalla legge a quest'ultimo non lasciano spazio ad un potere concorrente circa i contenuti proposti.

Il momento di maggior criticità del sistema sopra delineato è evidentemente rappresentato dalla confusione dei poteri tra Consiglio e Sovrintendente. Invero, l'attività di controllo ed il concreto esercizio delle azioni risarcitorie a carico degli organi responsabili di eventuali danni a carico della fondazione risultano ostacolati dall'assenza di una chiara distinzione di poteri e responsabilità tra gli organi dell'ente.

3. Il sistema risultante dal decreto "Valore Cultura".

3.1. Il passaggio dal sistema dettato dal d.lgs. 367/1996 al decreto Valore Cultura lascia ferma la forma della fondazione di diritto privato, rispetto alla quale il legislatore si è limitato ad minimi interventi volti a meglio chiarire la disciplina ed i controlli di natura pubblicistica cui le fondazioni sono sottoposte.

Nel contempo, una prima lettura del testo normativo lascerebbe supporre un completo stravolgimento del sistema di governance delle fondazioni: gli organi necessari passano da quattro a cinque e, tra questi, scompare il Consiglio di amministrazione, ora sostituito dal Consiglio di indirizzo. La nuova struttura si articola così in cinque organi necessari: il Presidente, il Consiglio di indirizzo, il Sovrintendente, l'Organo monocratico di monitoraggio e il Collegio dei revisori dei conti.

Una lettura più attenta induce peraltro ad affermare che la nuova normativa, lungi dall'apportare una rivoluzione della disciplina, come era accaduto in occasione del superamento della Legge Corona da parte della Legge Veltroni, si sia limitata piuttosto ad adeguare la forma alla sostanza, liberando il sistema dalle aporie e contraddizioni

¹³ Cfr. in tal senso, muovendo dalla peculiare disciplina relativa all'approvazione del bilancio, M. VENTORUZZO, *op. cit.*, 144 ss.

STUDI E OPINIONI

FONDAZIONI LIRICO - SINFONICHE

evidenziate nelle pagine che precedono. Le competenze di ciascun organo risultano delineate con maggior chiarezza rispetto al passato ed è oggi possibile individuare il soggetto titolare del potere gestorio (il Sovrintendente), l'organo di indirizzo (il Consiglio di indirizzo) e gli organi con funzioni di controllo (l'Organo monocratico di monitoraggio ed il Collegio dei revisori).

3.2. Nel dettaglio, il Presidente è ancora identificato nella persona del Sindaco del Comune nel quale ha sede la fondazione, ma è consentito che questi possa nominare in sua vece un altro soggetto. Viene così spezzato quel rapporto di immedesimazione necessaria tra Sindaco e Presidente che aveva sollevato numerosi problemi e aveva portato a richiedere, soprattutto da parte degli stessi Sindaci interessati, la possibilità di un *opt-out*, ove opportuno. Invero, il ruolo di rappresentanza della fondazione imponeva al Presidente-Sindaco il dovere di perseguire l'interesse della fondazione, anche ove ciò comportasse l'adozione di atti impopolari, con conseguente natura "endemica" del conflitto tra i doveri imposti dalla legge e le conseguenze politiche dell'adempimento a tali doveri.

L'aspetto centrale della riforma del sistema è tuttavia rappresentato dal rapporto tra il Sovrintendente e il Consiglio di indirizzo, che nella nuova disciplina riecheggia il sistema dualistico, importato nel diritto delle società azionarie dal d.lgs. 6/2003, nei rapporti tra il Consiglio di sorveglianza (qui il Consiglio di indirizzo) ed il Consiglio di gestione (qui l'organo monocratico rappresentato dal Sovrintendente).

Il Sovrintendente è espressamente definito "unico organo di gestione", così superando le incertezze sollevate dalla disciplina previgente. Questi viene nominato dal Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo su proposta del Consiglio di indirizzo e può essere coadiuvato da un direttore artistico e da un direttore amministrativo.

Quanto al Consiglio di indirizzo, l'organo è composto dal Presidente e dai membri designati da ciascuno dei fondatori pubblici e dai soci privati che versino almeno il cinque per cento del contributo erogato dallo Stato: si tratta dunque di un organo che, seppur indirettamente, rappresenta la volontà dei soggetti che partecipano al capitale. L'unica competenza prevista per legge in capo al Consiglio di indirizzo è rappresentata dal potere di proposta al Ministro - apparentemente vincolante - del nominativo del Sovrintendente. Ancora, si aggiunge al comma 17 dell'art. 11, d.l. Valore Cultura, che il Consiglio esercita le proprie funzioni "con l'obbligo di assicurare il pareggio del bilancio".

Quali siano tali funzioni, tuttavia, non risulta espressamente dalla riforma e occorre procedere pertanto a ricostruire il sistema sulla base delle previsioni della l. 367/1996, nella parte in cui è ancora compatibile con le nuove disposizioni, nonché sulla base dei riferimenti al Consiglio di indirizzo che possono cogliersi indirettamente dalla disciplina degli altri organi.

STUDI E OPINIONI

FONDAZIONI LIRICO - SINFONICHE

Deve così ritenersi che il Consiglio di indirizzo, così come in precedenza il Consiglio di amministrazione nel vigore del d.lgs. 367/1996, debba approvare il bilancio preventivo ed il bilancio consuntivo predisposti dal Sovrintendente, là dove nel nostro sistema non è ammesso lo svolgimento di attività gestoria nell'interesse altrui senza un parallelo obbligo di rendicontazione verso il soggetto nel cui interesse l'attività è svolta, ossia i soci fondatori, a loro volta rappresentati dal componente espresso in Consiglio.

Nascosta, per così dire, tra le pieghe del decreto, l'art. 11, comma 19, attribuisce inoltre al Consiglio la determinazione della pianta organica della fondazione, previa verifica dell'organo di controllo.

Infine, il Consiglio deve poter esprimere delle indicazioni "di indirizzo" al Sovrintendente circa il merito della gestione, con portata vincolante quantomeno con riferimento agli aspetti economici. In difetto, non troverebbe giustificazione la denominazione attribuita all'organo (definito appunto "di indirizzo"), né la responsabilità espressamente prevista a carico dei consiglieri, non potendosi prevedere responsabilità senza potere.

Nella pratica, deve ritenersi che così come già accadeva nel vigore del d.lgs. 367/1996, il Sovrintendente debba predisporre annualmente il programma artistico della stagione, unitamente ad una previsione dei costi relativi, da sottoporre all'approvazione del Consiglio di indirizzo. Questo, a sua volta, dovrà valutare la compatibilità del programma della stagione con il bilancio preventivo e la situazione economica, patrimoniale e finanziaria della fondazione, bocciando ogni proposta che non fosse conforme all'obbligo di pareggio di bilancio. Ritengo peraltro che il Consiglio possa altresì bocciare la proposta di programmazione dissentendo sul merito delle scelte artistiche, rimanendo peraltro preclusa la possibilità di apportare alla programmazione modifiche non condivise dal Sovrintendente.

Ove il dissenso tra i due organi non trovasse accomodamento, a differenza di quanto accadeva nel vigore del d.lgs. 367/1996, è oggi preclusa la facoltà di revoca del Sovrintendente da parte del Consiglio, in forza di un principio di parallelismo con il potere di nomina, spettante al Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo. Ne discende che la eventuale situazione di stallo non potrebbe che portare all'amministrazione straordinaria ai sensi dell'art. 21, d.lgs. 367/1996, con conseguente decadenza dalla carica sia del Sovrintendente, sia del Consiglio di indirizzo.

3.3. Venendo ora al sistema dei controlli, il decreto Valore Cultura distingue tra controllo di legittimità (assimilabile all'attività svolta dal collegio sindacale nelle società per azioni) e controllo contabile.

Il controllo di legittimità è affidato all'Organo monocratico di monitoraggio degli atti adottati dall'organo di gestione, rinnovabile per non più di due mandati, nominato con decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo. Questi ha il compito di verificare la sostenibilità economico-finanziaria e la corrispondenza

STUDI E OPINIONI

FONDAZIONI LIRICO - SINFONICHE

degli atti adottati dall'organo di gestione (il Sovrintendente) con le indicazioni formulate dall'organo di indirizzo (il Consiglio di indirizzo), inviando almeno ogni due mesi una relazione al Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo sull'attività di validazione svolta, secondo un prospetto definito con decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo.

Sotto il profilo pratico, deve ritenersi che l'Organo di monitoraggio debba vagliare ogni singolo atto gestorio posto in essere dal Sovrintendente, al fine di verificarne la legittimità sotto un duplice profilo: sia con riferimento alla sostenibilità economico finanziaria, e dunque la corrispondenza con quanto previsto nel bilancio preventivo, sia con riferimento al merito, e dunque la corrispondenza con i deliberati del Consiglio di indirizzo.

Infine, il decreto Valore Cultura individua quale quinto organo il Collegio dei revisori dei conti, composto da tre membri, rinnovabili per non più di due mandati, di cui uno, con funzioni di presidente, designato dal Presidente della Corte dei conti fra i magistrati della Corte dei conti, uno in rappresentanza del Ministero dell'economia e delle finanze e uno in rappresentanza del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo. Manca tuttavia qualsiasi riferimento alle competenze dell'organo che, sulla base di quanto sopra chiarito circa i sistemi di controllo, devono essere assimilate a quelle del revisore contabile, oggi previste dal d.lgs 39/2010. Il Collegio dei revisori deve quindi verificare la correttezza dei documenti contabili predisposti dal Sovrintendente, così fornendo l'ultimo - e fondamentale - elemento necessario al funzionamento del nuovo sistema di governance.

4. Considerazioni di sintesi.

Il sistema dettato dal decreto Valore Cultura ha senz'altro razionalizzato la *governance* delle fondazioni lirico-sinfoniche, oggi finalmente caratterizzata da una chiara separazione di poteri.

Il processo decisionale origina dal Sovrintendente, cui è rimessa la programmazione dell'attività della fondazione, mediante la predisposizione dei piani strategici, industriali e finanziari (cfr. art. 2381 c.c.), preventivamente sottoposti al vaglio di correttezza contabile da parte del Collegio dei revisori e, quindi, all'approvazione vincolante del Consiglio di indirizzo.

L'attività gestoria è invece rimessa alla competenza esclusiva del Sovrintendente ed è soggetta al controllo dell'Organo monocratico di monitoraggio, chiamato a verificare la corrispondenza dei singoli atti gestori posti in essere dal Sovrintendente ai deliberati del Consiglio di indirizzo ed al vincolo di bilancio, dovendo tempestivamente relazionare all'autorità governativa ogni violazione.

Infine, al termine dell'esercizio, il Sovrintendente è chiamato a rendicontare al Consiglio di indirizzo, mediante la predisposizione del progetto di bilancio previamente sottoposto all'esame del Collegio dei revisori, il risultato dell'attività svolta.

STUDI E OPINIONI

FONDAZIONI LIRICO - SINFONICHE

Resta da rilevare l'evidente aporia rappresentata dalla previsione contenuta nell'art. 11, comma 17, del d.l. Valore Cultura, che richiama unicamente la responsabilità erariale dei componenti del Consiglio di indirizzo nell'ipotesi di violazione dell'obbligo di pareggio del bilancio.

Invero, è stato chiarito che il Consiglio non ha alcun potere gestorio (spettante al Sovrintendente) né di controllo (spettante all'Organo monocratico di monitoraggio) e, conseguentemente, non può essere gravato da responsabilità in relazione alle eventuali perdite d'esercizio, delle quali è unicamente chiamato a prendere atto al momento dell'approvazione del bilancio consuntivo. Le uniche ipotesi di responsabilità del Consiglio riguardano l'eventuale approvazione di un bilancio preventivo che chiuda in perdita, ovvero l'approvazione di una programmazione artistica non conforme al bilancio preventivo che comporti, per l'effetto, la violazione del vincolo di pareggio del bilancio.

Salve le ipotesi sopra descritte relative alla violazione "programmatica" dell'economicità della gestione, l'assetto dei poteri e dei doveri risultante dalla riforma evidenzia come la responsabilità per la violazione in concreto dell'obbligo di pareggio di bilancio debba essere attribuita al Sovrintendente, quale unico titolare del potere gestorio, nonché all'Organo monocratico di monitoraggio, quale titolare del poterdovere di controllo. Soggetti, questi, incomprensibilmente ignorati dal legislatore che, nel disciplinare le responsabilità, pare aver scordato la portata delle riforme introdotte nella *governance* delle fondazioni; carenza cui peraltro si potrà auspicabilmente sopperire nella legge di conversione.

DIRITTO FALLIMENTARE

(A CURA DI LUCIANO PANZANI)

LE VENDITE FALLIMENTARI 'COMPETITIVE' TRA AUTONOMIA CONTRATTUALE E PROCESSO PARTE II*

L'Autrice ricostruisce alcuni profili delle vendite fallimentari c.d. 'competitive' al fine di verificare se la disciplina privatistica possa trovare applicazione anche al di fuori dell'ambito del libero mercato ed in un contesto peculiare quale la procedura concorsuale fallimentare.

di **CRISTINA SARACINO**

1. Lo schema contrattuale predisposto dal curatore: confronto con la disciplina del contratto per adesione e delle condizioni generali di contratto

Il legislatore non ha fornito alcuna preventiva indicazione circa il sistema di selezione del contraente con il presumibile obiettivo di conferire alla procedura la flessibilità che possa renderla adattabile alle più differenziate contingenze del caso concreto.

Il curatore deve dunque costruire, attraverso vari *step*, un meccanismo di competizione, che rispetti tutti i parametri a cui si è fatto cenno.

Il primo passo che viene compiuto, come si è chiarito, è quello relativo alla diffusione di un avviso, nel pieno rispetto degli *standards* pubblicitari sopra indicati, nel quale, dato atto dell'intervenuto fallimento della società, vengono richieste, a soggetti individuati preventivamente o ad una platea indifferenziata, entro un termine di solito breve¹, *manifestazioni di interesse* all'acquisto².

* La parte prima del presente contributo la si trova pubblicata in questa *Rivista*, n. 22/2013, p. 58.

¹ Il termine - ma in generale le tempistiche di questo momento della liquidazione gestito dal curatore - non può essere predeterminato ma sarà ovviamente condizionato dalla natura e dallo stato del bene che si intende alienare. Come si vedrà nella trattazione relativa all'azienda, la celerità è un obiettivo che si persegue nell'ottica di ridurre nella misura minore possibile il valore dell'avviamento.

² Si fa presente che la medesima procedura viene seguita nell'ipotesi in cui la procedura intenda concedere in affitto il complesso aziendale della società fallita.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI “COMPETITIVE”

In questo primissimo momento della procedura, come si è riscontrato in alcuni casi, nella comunicazione del curatore non vi è ancora l’indicazione di un prezzo base di acquisto, ma la sola descrizione del bene. Questa fase - forse ultronea, e in molti casi evitata per il dispendio, seppur minimo, di tempo che può comportare - può risultare utile al curatore per analizzare la composizione della platea dei soggetti che si sono mostrati propensi all’acquisto, e calibrare, sulla scorta delle notazioni tratte, il proseguimento della selezione ‘competitiva’.

Successivamente - o immediatamente se la fase delle manifestazioni di interesse non viene esperita - i potenziali acquirenti vengono invitati a formulare una vera e propria proposta per l’acquisto del bene e vengono informati della circostanza che quest’ultima verrà presa in considerazione solo ove vengano rispettate le ‘condizioni minime’ indicate dallo stesso curatore, e solitamente, anche laddove accompagnate dal richiesto deposito di una cauzione nella misura e nelle modalità indicate. Viene precisato inoltre, o contestualmente o in un secondo tempo, quando e dove si terrà la gara nel caso di presentazione di più offerte e la misura minima dei rialzi³, sia i termini economici di aumento del prezzo di acquisto, che, eventualmente, con riferimento al miglioramento di altri elementi (ad esempio, il numero di dipendenti che parte acquirente intende assumere alle proprie dipendenze nel caso di acquisto di un’azienda).

Come si è già evidenziato, una particolarità emersa nella prassi è quella relativa al fatto che con sempre maggior frequenza i curatori affidano il contenuto del futuro contratto di vendita ad una *griglia* di condizioni minime inderogabili, da allegare all’avviso di gara, o in ogni caso messa a disposizione dei potenziali interessati⁴.

Più tecnicamente, in questo documento vengono già indicate le clausole contenenti gli elementi essenziali del contratto di cessione - di cui solitamente viene,

³ Le offerte non potranno che essere scritte e chiaramente espresse nel loro contenuto quanto al prezzo offerto, al tempo e al modo di pagamento proposto, in conformità di quanto deciso a questo riguardo dal curatore e dalla pubblicità data alle condizioni della gara. Non si esclude a priori la possibilità di un pagamento dilazionato o comunque non contestuale al perfezionamento della vendita. Com’è stato sottolineato: “*Per garantire la serietà delle intenzioni degli offerenti e la leale competizione, le offerte dovrebbero essere vincolanti per un certo tempo (arg. ex art. 107, 3° comma) ed accompagnate dal deposito di una cauzione, nonché presentate con modalità che garantiscano la riservatezza dell’offerente, ad esempio in busta chiusa*”, così A. DONVITO, *Le vendite immobiliari nel fallimento*, in *Giur. it.*, 2007, 3, 783.

⁴ Le operazioni di vendita devono essere documentate dal curatore in ogni passaggio per poter consentire il controllo di legalità *ex post* sul loro svolgimento. Come è stato osservato, ciò lo si desume, oltre che da una regola di ovvia diligenza, anche dall’art. 107, quarto comma, l. fall. che obbliga il curatore ad informare il giudice delegato ed il comitato dei creditori dell’esito delle operazioni, depositando la relativa documentazione presso la cancelleria del tribunale competente. Così A. DONVITO, *op. cit.*, 782.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI “COMPETITIVE”

sulla base di queste condizioni, già predisposta una bozza messa a disposizione a chi si manifesterà interessato -: la determinazione dell’oggetto, con precisazione dell’inclusione o meno di determinati beni (ad esempio, i crediti della società fallita o i beni oggetto di contratti di *leasing*); il prezzo minimo di acquisto e la previsione della prestazione di uno specifico mezzo di garanzia in caso di pagamento rateale; nell’ipotesi di vendita del complesso aziendale con lavoratori dipendenti, la richiesta occupazionale e di obbligatorio espletamento della procedura di cui all’art. 47, legge n. 428/90⁵; l’esclusione di ogni e qualsiasi garanzia per vizi delle cose vendute e per il buon funzionamento dei beni medesimi, dei rimedi di cui agli artt. 1479, 1480, 1481 e 1482 c.c., nonché della garanzia per evizione totale o parziale di cui agli artt. 1483, 1484, 1486, 1488 c.c., la risoluzione e la riduzione di cui all’art. 1489 c.c..

Risulta evidente l’imposizione unilaterale di condizioni, che non potranno costituire oggetto di trattativa, se non, e solo per alcune clausole, in misura quantitativamente e qualitativamente migliorativa per la procedura concorsuale.

Se, infatti, può immaginarsi - come nella prassi accade (e come è auspicabile che lo sia) - che la determinazione del prezzo di acquisto venga, grazie alla competizione tra gli interessati, modificata, ma unicamente in misura superiore a quella minima prefissata, tale ‘contrattazione’ ad opera della parte potenziale acquirente non potrà operare per quanto concerne l’esclusione delle garanzie convenzionale della vendita, considerata sino ad oggi, per le ragioni che si sono indicate nel capitolo precedente (in sintesi, per l’analogia alle vendite coattive), un effetto naturale, necessario ed inderogabile di tale tipo di alienazione.

La trattativa avrà luogo dunque su alcuni specifici punti, e si manifesterà non in maniera dialettica, ma generalmente attraverso il ricevimento da parte del curatore di offerte che, a seconda dei casi, potranno limitarsi ad un’adesione incondizionata di tutte le clausole imposte dalla procedura, o ad un’accettazione *non conforme*, contenente elementi necessariamente migliorativi.

Il contratto definitivo di compravendita stipulato dal curatore fallimentare con il contraente che avrà formulato la migliore (sotto quali punti di vista poi si avrà modo di

⁵ La novella (art. 105, terzo comma, l. fall.) ha stabilito che nell’ambito delle consultazioni sindacali relative al trasferimento di azienda - ovvero quelle di cui alla disposizione citata - il curatore possa convenire con l’acquirente ed i rappresentanti dei lavoratori il trasferimento solo parziale degli stessi alle dipendenze dell’acquirente e le ulteriori modifiche del rapporto di lavoro consentite dalle norme vigenti. L’art. 2112 c.c. - in virtù del quale il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano - troverà invece applicazione in mancanza dei requisiti dimensionali o dell’accordo sindacale, o di rinuncia del singolo lavoratore. Sugli effetti sui rapporti di lavoro subordinato in caso di circolazione dell’azienda in sede fallimentare si veda M. RINALDI, *Lavoro subordinato e fallimento*, Torino, 2007.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI “COMPETITIVE”

analizzare) offerta, rifletterà il contenuto di quel documento contenente le condizioni minime, predisposto in sede di avvio della procedura competitiva⁶.

Queste previsioni inderogabili, come si è detto, toccano elementi essenziali del contratto, con particolare riferimento al regime di responsabilità degli organi della procedura.

Si segnala infatti come in alcuni casi venga inserita nel contratto di cessione la clausola concernente l'approvazione specifica, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1341, secondo comma, c.c., delle clausole relative alla circostanza che il bene o il complesso di beni vengono venduti nello stato di fatto e di diritto in cui si trovano, senza possibilità di riserve o eccezioni da parte dell'acquirente; all'esclusione di qualsiasi garanzia per i vizi, anche occulti, per le difformità e i difetti sui beni e per il buon funzionamento degli stessi, anche in deroga all'art. 1494 c.c.; all'esclusione della garanzia per l'evizione totale o parziale; alla previsione che il mancato o ritardato pagamento anche di una sola rata del prezzo determina la risoluzione di diritto del contratto, salvo il risarcimento dei danni.

Delineato il concreto atteggiarsi della scelta del contraente e della successiva stipulazione del contratto definitivo di compravendita, e dopo aver preso le mosse, al fine di effettuare una rilettura in chiave civilistica delle varie fasi negoziali che conducono al trasferimento del bene, dagli atti precontrattuali che vengono posti in essere dal curatore e dai terzi, occorre in particolare ora soffermarsi su un ulteriore documento negoziale, la griglia di condizioni minime predisposte dal curatore.

1.2 Il contratto per adesione.

Al fine di verificare se anche in sede fallimentare la predisposizione di alcune specifiche clausole e la peculiare imposizione del testo contrattuale regolante l'assetto dei rapporti tra le parti che in tale contesto si verifica possano condurre agli stessi effetti, in termini di protezione e tutela da parte dell'ordinamento, che discendono in sede civilistica dalla stipulazione di alcune tipologie di contratto, pare opportuno preliminarmente focalizzare l'attenzione sulla disciplina del contratto in serie, denominato anche contratto per adesione.

Il contenuto del regolamento contrattuale in queste ipotesi risulta predeterminato da una delle parti: l'altra non può “*mercanteggiare*”, ma può solo “*prendere o lasciare*”⁷.

⁶ L'atto traslativo attraverso il quale perfezionare la vendita deve essere stipulato in conformità alle norme civilistiche; pertanto, se oggetto della cessione risulterà il complesso aziendale o un bene immobile o quote di società, il contratto di compravendita dovrà essere stipulato con atto pubblico o scrittura privata autenticata.

⁷ Ricostruisce così F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007, 38, che distingue questa tipologia di contratto - nel quale viene anche ricondotta la figura del contratto *standard* o contratto di massa -, dal contratto c.d. *isolato*, frutto di trattative intercorse tra le parti contraenti. Distingue

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI “COMPETITIVE”

Il fenomeno del contratto *standard*, com'è noto, viene delineato mettendo in evidenza che esso si ravvisa laddove un soggetto, che per propria posizione e per le proprie attività economiche si trova a dover stabilire una serie indefinita di rapporti economici, omogenei e similari per il loro contenuto, operi attraverso la predisposizione in anticipo di uno schema contrattuale, un complesso uniforme di clausole, più o meno particolareggiato, applicabile indistintamente a tutti i rapporti della serie: la controparte non discute e non contratta singolarmente, ma si limita ad accettare in blocco le condizioni predisposte unilateralmente, assumendo in tal modo un ruolo di semplice aderente⁸.

Rispetto al contraente che predispose il testo contrattuale l'utente, o il consumatore, costituisce notoriamente la parte *debole* del rapporto, nei cui specifici confronti il codice civile e la disciplina di settore hanno approntato tutela (1341, secondo comma, c.c.; artt. 33 ss. codice del consumo).

Ad un'analisi del contesto in cui questo schema contrattuale è nato ed è destinato ad operare si ravvisa un'immediata incompatibilità funzionale con le vendite effettuate durante la liquidazione dell'attivo.

Le disposizioni introdotte dal legislatore con gli articoli 1341 c.c. e 1342 c.c. sono tese ad evitare che entrino a far parte integrante del contratto clausole che l'aderente (rimasto estraneo alla loro elaborazione) al momento della conclusione non ha potuto conoscere, o su cui non ha adeguatamente riflettuto⁹.

Sebbene anche in sede fallimentare la controparte risulti privata della possibilità di reale decisione ed influenza in ordine alla determinazione dell'integrale contenuto del

invece tra contrattazione per adesione che ricorre nell'ipotesi in cui il regolamento contrattuale è interamente predisposto da una sola delle parti contraenti ed imposto all'altra, la quale si trova di fronte al “*c'est à prendre ou à laisser*” e contrattazione c.d. standardizzata, o “*di serie*”, ove il regolamento contrattuale è interamente predisposto da una parte per disciplinare in modo uniforme una pluralità indefinita di rapporti contrattuali, contemplata agli artt. 1341-1342, A. FINESSI, *Offerta e accettazione*, in *Manuale del nuovo contratto*, diretto da P. G. Monateri - E. Del Prato - M. R. Marella - A. Somma - C. Costantini, Bologna, 2007, 48.

⁸ Descrive in questi termini E. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, 277; si veda, dello stesso Autore, *Contratti standard*, Milano, 1975. Più recentemente, G. DE NOVA, *Le condizioni generali di contratto*, in *Obbligazioni e contratti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1982, 99 ss.; G. CHINE', *Contrattazione standardizzata*, in *Il contratto in generale*, a cura di G. Alpa - U. Breccia - A. Liserre, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2000, 493 ss.; U. MORELLO, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Dig. Disc. Priv.*, VIII, Torino, 2002, 335; S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, I, Torino, 1999, 295 ss.; G. ALPA - M. BESSONE, *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, Torino, 1991; S. MAIORCA, voce *Contratti standard*, in *Noviss. Dig. It., App.*, Torino, 1980, 639 ss..

⁹ Così G. DE NOVA, in *Il contratto, cit.*, 362.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI “COMPETITIVE”

contratto - che risulta sicuramente in gran parte essere imposto in via unilaterale -, e le clausole predefinite pongano a carico della parte acquirente rischi, oneri e sacrifici spesso più gravosi di quelli delle ordinarie private pattuizioni, il ricondurre tali operazioni alla categoria dei contratti per adesione lascia spazio a forti dubbi.

E ciò non solo per il rilievo che un margine di trattativa in sede fallimentare viene comunque riservato al potenziale acquirente, e che non si pone ordinariamente un problema di *deficit* informativo o maturata riflessione (lo schema contrattuale è messo a disposizione delle parti sin dall’inizio della procedura competitiva), ma in particolare per le peculiarità che la contrattazione standardizzata reca con sé, e che la fanno ricollegare oggi all’immagine del supermercato “*dove l’homo videns (...) con gesto silenzioso anonimo e ripetitivo si limita a scegliere, senza negoziare, uno dei prodotti fra i tanti offerti alla sua vista*”¹⁰.

La parte interessata ad acquistare un bene in una vendita competitiva non può in alcun modo accostarsi alla figura del consumatore o alla tradizionale immagine del contraente debole costruita dalla giurisprudenza e dalla dottrina: non necessariamente si tratterà di un professionista, ma, in ogni caso, è un soggetto nei cui confronti l’ordinamento non prevede - ragionevolmente - alcuna specifica tutela. Ed è a partire da questo non irrilevante profilo che l’accostamento alla categoria dei contratti per adesione vede un primo limite.

Se poi si tiene in considerazione che, per le ragioni indicate, la fase iniziale della procedura competitiva - avviso, pubblicità informativa, raccolta di manifestazioni di interesse, ricevimento di offerte, gara competitiva - si può configurare quale fase *precontrattuale*, e gli atti prodromici alla stipulazione del contratto definitivo li si riconduce alle *trattative*, il collegamento con il contratto per adesione non può che cadere.

In questi contratti è infatti del tutto assente l’*iter* formativo, ovvero le trattative contrattuali¹¹. La mera attività di formulazione del regolamento contrattuale è infatti da tenere distinta dalla predisposizione delle condizioni generali di contratto, non potendo considerarsi tali le clausole contrattuali elaborate da uno dei contraenti in previsione e con riferimento ad un singolo, specifico negozio, ed a cui l’altro contraente possa, del

¹⁰ Così G. BENEDETTI, *L’autonomia contrattuale e il suo statuto. Una rilettura dell’art. 1322 cod. civ.*, in *Confini attuali dell’autonomia privata*, a cura di A. Belvedere - C. Granelli, Padova, 2001, 128.

¹¹ In questo senso G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, IV, Torino, 1980, 131. In maniera conforme Cass., 19 maggio 2006, n. 11757, in *Mass. Giur. it.*, 2006; nonché Cass., 3 luglio 2000, n. 8881, in *Mass. Giur. it.*, 2000. Per un’ampia casistica giurisprudenziale sui presupposti del contratto per adesione si rinvia a E. CESÀRO, *Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza*, Padova, 1997.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI “COMPETITIVE”

tutto legittimamente, chiedere di apportare le necessarie modifiche dopo averne liberamente apprezzato il contenuto¹².

Un altro elemento appare dirimente.

Oltre al carattere di uniformità che lo schema di clausole predisposte unilateralmente, finalizzato a operare per una serie indefinita di contratti, deve rivestire per potersi ritenere applicabile la disciplina codicistica¹³, appare rilevante evidenziare come la giurisprudenza, in maniera quasi costante, abbia ribadito che nel caso in cui le clausole siano inserite in un contratto stipulato per atto pubblico, ancorché si conformino alle condizioni poste da uno dei contraenti, non possono considerarsi come predisposte dal contraente medesimo e, pertanto, pur se vessatorie, non richiedono l'approvazione specifica per iscritto¹⁴.

Va segnalato come in un altro settore in cui si è posto un problema di imposizione del testo contrattuale, quello dei contratti pubblici, sulla cui natura la giurisprudenza e la dottrina si sono diffusamente interrogate¹⁵; in particolare quest'ultime si sono adoperate nell'analisi delle regole operazionali che consentono alla pubblica amministrazione di esercitare una posizione di preminenza nei confronti della controparte privata. Con riferimento al ricorso da parte della P.A. a condizioni generali di contratto o a moduli predisposti, la giurisprudenza, mentre in un primo momento, riconosciuta la specialità della posizione dell'amministrazione, aveva ritenuto inoperanti

¹² Cass., 23 maggio 2006, n. 12153, in *Contratti*, 2007, 2, 120. V. anche Cass., 14 agosto 1997, n. 7626, in *Contratti*, 1998, 3, 231: “Ai fini dell'interpretazione del contratto, onde stabilire se può qualificarsi o meno contratto per adesione, rilevanza decisiva assume il fatto che il contratto base, predisposto dal committente risulta modificato ed integrato da ben «tre varianti», adottate su proposta della società appaltatrice e, in ogni caso, frutto dell'accordo fra le parti, raggiunto dopo una, seppur breve, trattativa”.

¹³ In questo senso Cass., 12 febbraio 1968, n. 470, in *Giust. civ.*, 1968, I, 1016; Cass., 25 novembre 1993, n. 11648, in *Foro it.*, 1994, I, 748; Cass., 24 marzo 2003, n. 4241, in *Guida al Diritto*, 2003, 18, 47.

¹⁴ Cass., 21 settembre 2004, n. 18917, in *Contratti*, 2005, 4, 359; conformi Cass., 24 aprile 1964, n. 1005, in *Foro it.*, 1964, I, 1884; Cass., Sez. Un., 10 gennaio 1992, n. 193, in *Vita Notarile*, 1992, 761.

¹⁵ Sul testo si rinvia a R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004, il quale afferma che: “Il contratto pubblico è un istituto ambiguo, se non proprio borderline” (pag. 4); nonché A. MASSERA, *I contratti*, in *Trattato di diritto amministrativo. Parte generale*, a cura di S. Cassese, Milano, 2003, 1547 ss.; e G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI “COMPETITIVE”

le garanzie di cui agli art. 1341 e 1342 c.c., oggi, all’opposto, le ritiene applicabili¹⁶. Una tale ricostruzione appare coerente con le specificità della contrattazione pubblica, ed in particolare nel caso degli appalti pubblici, in relazione ai quali le clausole contrattuali non sono l’esito di una libera contrattazione, ma vengono inserite negli atti di gara, risultando così imposte agli aspiranti appaltatori¹⁷. Non rileva dunque se lo strumento utilizzato sia normativo o contrattuale, essendo in entrambi i casi imposto al contraente privato; ciò che conta, com’è stato osservato, è, in ogni caso, che la parte pubblica gode comunque di una posizione di preminenza nei confronti di quella privata¹⁸.

La prassi e lo stesso meccanismo della procedura competitiva ideato dal legislatore della riforma appalesano però come per la controparte della procedura concorsuale non si tratti di optare drasticamente per la rinuncia ai beni messi in vendita o, all’opposto, aderire in maniera non libera ad un contratto che non si è affatto contribuito a formare.

Ad oggi, chi intende far proprio un bene o un *asset* di beni dal fallimento è sicuramente ‘costretto’ a subire l’applicazione di alcune clausole, la cui natura necessita di essere attentamente esaminata, anche in relazione alle implicazioni che dalla loro stessa configurazione potrebbero derivare.

1.3 Le condizioni generali di contratto.

¹⁶ Ricostruisce così M. E. COMBA, *L’esecuzione delle opere pubbliche*, Torino, 2011, 26 ss., che, a nota 69, richiama L. VIOLA, *Condizioni generali di contratto e pubblica amministrazione*, Padova, 2000.

¹⁷ V., ad esempio, Cass., 2 ottobre 2001, n. 12203, in *Diritto e Giustizia*, 2001, 74: “*In materia di appalto di opera pubblica, la clausola del capitolato, che attribuisca a carico dell'appaltatore - in conformità a quanto stabilito dagli art. 26 e 30 del capitolato generale di appalto del ministero dei Lavori pubblici approvato con il d.P.R. 16 luglio 1962 n. 1062 - decadenze conseguenti alla mancata iscrizione di corrispondenti riserve nel verbale di ripresa dei lavori, è efficace ancorché non approvata specificamente per iscritto, in quanto, ai fini dell'applicabilità dell'art. 1341, comma 2, c.c. ai contratti di appalto di opera pubblica, è necessario che l'amministrazione appaltante predisponga unilateralmente la singola clausola contrattuale vessatoria, mentre detta norma non è operante allorché i contraenti richiamino nella sua interezza il capitolato generale di appalto come parte integrante del contratto, in siffatta ipotesi ricorrendo la figura non del contratto di adesione (con la conseguente soggezione a specifica approvazione per iscritto delle clausole onerose), bensì del contratto a relazione perfetta, nel quale il riferimento al capitolato deve essere considerato come il risultato di una scelta concordata, diretta all'assunzione di uno schema al quale le parti si riportano con una formula denotante, sia pure in modo sintetico, l'effettiva conoscenza ed accettazione di tutte le clausole ivi contenute*”.

¹⁸ M. E. COMBA, *L’esecuzione delle opere pubbliche*, cit., 28.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI “COMPETITIVE”

Come si è sopra accennato, il legislatore si è preoccupato di tutelare il contraente - che si trova in una posizione di inferiorità, o debolezza, rispetto al soggetto che ha predisposto le condizioni generali di contratto - indicando un elenco di clausole vessatorie¹⁹ - che derogano a norme dispositive poste a contemperamento di opposti interessi²⁰ - che per avere effetto devono essere specificamente approvate - dunque conosciute e volute - per iscritto²¹. In questa ipotesi non si ritiene sufficiente la conoscenza effettiva o la conoscibilità, ma occorre che venga posto in essere un atto di volontà della parte, dato dall'espressa e specifica approvazione della clausola²²; la

¹⁹ Anche definite onerose o pericolose. V., in tale senso, R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja - G. Branca, Bologna - Roma, 1970, 271.

²⁰ G. MIRABELLI, *op. cit.*, 146.

²¹ L'art. 1341, secondo comma, c.c., così recita: “*In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabilisco, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospendere l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria*”. Precisa che sono soggette all'approvazione espressa non le clausole vessatorie in quanto tali, ma solo quelle predisposte per i contratti in serie e destinate a regolare una serie indefinita di rapporti, richiamando in nota 18 le pronunce giurisprudenziali in senso conforme, F. GALGANO, *Il contratto*, *cit.*, 42. La giurisprudenza in maniera costante ha ritenuto tassativa l'elencazione presente nel secondo comma dell'art. 1341 c.c. (in questo senso, *ex multis*, recentemente, App. Roma, 6 dicembre 2007, in *Banca Dati Leggi d'Italia*), e si è mostrata favorevole ad un'interpretazione estensiva della norma (v. Cass., 2 novembre 2001, n. 14912, in *Contratti*, 2002, 329, nella quale si è precisato: “*l'interpretazione estensiva delle relative categorie non può ritenersi incompatibile con tale tassatività, purché l'ipotesi non prevista in detta norma sia accomunata a quelle espressamente contemplate dalla medesima ratio, cioè dall'esigenza del contraente per adesione in situazioni per lui particolarmente sfavorevoli*”); per una rassegna completa della giurisprudenza su questo punto si veda *sub art. 1341 c.c.*, in *Codice civile commentato*, a cura di G. Alpa - V. Mariconda, Milano, 2009, 586-587). La dottrina si divide invece tra chi attribuisce all'elenco un valore meramente indicativo ed ammette l'interpretazione analogica (F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, 259), e chi invece reputa consentita solo l'interpretazione estensiva (in questo senso G. DE NOVA, *op. cit.*, 367).

²² Cass., 22 maggio 1986, n. 3407, in *Giur. it.*, 1987, I, 1264, afferma che la *ratio* dell'art. 1341, secondo comma, c.c., consiste infatti “*nell'esigenza di garantire la contrattualità effettiva delle singole clausole onerose*”. In dottrina si rinvia a R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*,

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI “COMPETITIVE”

norma sanziona la condizione capestro non approvata a prescindere dalla prova di un abuso perpetrato dalla parte che ha predisposto la condizione generale²³.

Nelle vendite fallimentari, e in particolare nell'ipotesi di cessione di complessi aziendali e di vendita di beni immobili, è ricorrente l'utilizzo di alcune clausole che, ove si prendesse in esame unicamente il proprio contenuto, e dunque isolate dal contesto in cui vengono poste in essere, potrebbero ben rientrare nella categoria delle clausole vessatorie di cui all'art. 1341, secondo comma, c.c.²⁴.

Un esempio di clausola a cui sopra si è fatto riferimento risulta infatti sovente del seguente tenore: *“È esclusa ai sensi di legge qualsiasi garanzia per vizi anche occulti e/o difformità e/o difetti sui beni oggetto della presente vendita e per il buon funzionamento degli stessi. La società Alfa esonera da ogni responsabilità il Fallimento Beta per qualsivoglia vizio anche occulto, con espressa esclusione da parte del Fallimento Beta di qualsivoglia garanzia per vizi e per mancanza di qualità di tutti i beni facenti parte del compendio aziendale, intendendosi il Fallimento Beta liberato da ogni e qualsiasi responsabilità a riguardo, anche in deroga all'art. 1494 c.c.”*.

Si ravvisa la presenza anche di clausole relative alla rinuncia alla garanzia per

cit., 241 ss.; C.M. BIANCA, voce *Condizioni generali del contratto*, in *Enc. Giur.*, VII, 1988, 1; nonché ID., *Le condizioni generali di contratto*, Milano, 1981.

²³ Per quanto concerne l'inefficacia che colpisce la clausola, parte della dottrina ritiene che si tratti di inefficacia assoluta che può essere fatta valere anche dalla parte che ha predisposto il contratto e può essere rilevata d'ufficio (così F. GALGANO, *Il contratto*, *cit.*, 45 che a nota 28 e 29 opera una rassegna di precedenti giurisprudenziali in questo senso); fa salva l'applicabilità del principio di cui all'art. 1419 c.c. G. DE NOVA, *Le condizioni generali di contratto*, *cit.*, 112; dall'altra vi è invece chi sostiene che si tratti di un'inefficacia relativa, posta nell'interesse del solo contraente debole (è di questo avviso R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, *cit.*, 276). Alcuni Autori hanno sostenuto che il rimedio applicabile in difetto di specifica approvazione per iscritto non sia quello dell'inefficacia, ma quello della nullità. In questo senso A. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954, 232; nonché M. DOSSETTO, *Condizioni generali di contratto*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959, 1112. Ritengono logicamente corrette e compatibili con il dato normativo entrambe le costruzioni sopra riportate *“purché non si traggano corollari applicativi non adeguati al fenomeno”*, R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, *cit.*, 376.

²⁴ Ovviamente una soluzione di questo genere implicherebbe la riconducibilità delle vendite fallimentari al *genus* contratto per adesione; ipotesi interpretativa su cui si sono messi in evidenza i profondi dubbi. È necessaria una breve ulteriore postilla: nel contesto della presente analisi non risulta in alcun modo applicabile, sia dal punto di vista del requisito soggettivo che oggettivo, la disciplina dei contratti con i consumatori, che fissa i criteri in base ai quali determinare il carattere vessatorio delle clausole apposte dalle parti al contratto e prevedono sia un controllo giudiziale successivo, che può condurre alla pronuncia di nullità della clausola ritenuta vessatoria, sia un controllo giudiziale preventivo, che può sfociare in una eventuale inibitoria dell'uso della clausola abusiva.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI “COMPETITIVE”

evizione, generalmente così formulate: “*La società Alfa è a conoscenza ed ha accettato il rischio che uno o più beni potrebbero formare oggetto di domanda di rivendicazione, restituzione o separazione da parte di terzi, e quindi viene convenzionalmente stabilito dalle Parti che tale circostanza non avrà alcuna incidenza sulle pattuizioni del presente contratto e che comunque tutti i beni oggetto di vendita sono acquistati ed accettati dalla società Alfa con esclusione di ogni responsabilità per il Fallimento Beta in merito ad eventuali diritti di rivendicazione (sia reali sia obbligatori) fatti valere sui beni stessi da terzi o da loro eventuali aventi causa, che possano privare o limitare la società Alfa nella titolarità, disponibilità e/o nel diritto di utilizzo pieno, esclusivo e senza oneri dei beni medesimi. Le Parti contraenti pertanto convengono che sono conseguentemente esclusi, nei confronti del Fallimento Beta, sia i rimedi risarcitori e/o risolutivi e/o cautelari previsti dalle disposizioni di legge in materia di vendita, sia i rimedi di cui agli artt. 1479, 1480, 1481 e 1482 c.c., la garanzia per evizione totale o parziale di cui agli artt. 1483, 1484, 1486, 1488 c.c., la risoluzione e la riduzione di cui all’art. 1489 c.c.*”. A corredo, nei contratti di compravendita si legge altresì che nel caso in cui uno o più terzi rivendichino nei confronti della procedura la proprietà (od altro diritto reale di godimento o di garanzia) su uno o più beni oggetto di cessione, la parte acquirente sia tenuta a consentire al ritiro dei beni oggetto di rivendica, e ove quest’ultimi non si trovino più nella disponibilità della parte acquirente, la stessa debba corrispondere una somma pari al valore dei beni. E ciò, con la collaterale rinuncia da parte di chi acquista a ogni pretesa conseguente alla richiesta di ritrasferimento.

Se da tali condizioni, così come riportate, si epurasse il riferimento alla parte *Fallimento*, e fossero inserite nella appropriata categoria contrattuale, la vessatorietà delle stesse risulterebbe di solare evidenza.

E’ stato infatti riconosciuto il carattere vessatorio delle clausole limitative della responsabilità, laddove venga ridotto l’ambito oggettivo della responsabilità del predisponente, quale è determinato dalla legge o dal contratto²⁵.

La circostanza che nei contratti definitivi di compravendita stipulati tra il curatore fallimentare e l’aggiudicatario sia comparsa in alcuni casi, come si è sopra evidenziato, la clausola di approvazione specifica ai sensi dell’art. 1341, secondo comma, c.c., non appare un elemento in grado di sostenere fondatamente il collegamento con la categoria delle condizioni generali di contratto e del contratto per adesione: si tratta infatti di una clausola diffusissima e non si esclude l’ipotesi che venga inserita nei testi contrattuali predisposti dai curatori, o dai professionisti da essi incaricati, per mero tuziorismo.

²⁵ E’ stata ritenuta vessatoria la clausola che limita la garanzia del venditore per i vizi da Cass., 23 marzo 1993, n. 3418, in *Giust. civ.*, 1994, I, 3291; nonché da Cass., 23 dicembre 1993, n. 12759, in *Mass. Giur. it.*, 1993.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI “COMPETITIVE”

La portata dirimente della presenza di questa indicazione va esclusa anche per altri due ordini di ragioni: in primo luogo, poiché, vista anche l'assenza di giurisprudenza su questi aspetti, non si è in grado di stabilire se a livello nazionale si tratti di una prassi consolidata, e, in secondo luogo, in quanto, preso atto dell'assenza di una disciplina espressa del momento della formazione del testo contrattuale atto a regolare i rapporti negoziali tra il fallimento e la controparte, gli operatori sono costretti, in questo frangente, a mutuare pezzi di disciplina (del codice civile, del codice di procedura civile, delle leggi speciali) che più ritengono appropriati, anche se la scelta effettuata poi, ad una attenta successiva riflessione, potrebbe non rivelarsi la più corretta ed adeguata delle soluzioni.

Non si sostiene in questa sede che il curatore fallimentare che richiede l'approvazione per iscritto di alcune clausole particolarmente gravose del contratto alla parte acquirente metta in atto una prassi scorretta, ma si è dubbiosi sulla circostanza che una tale operazione, seppur rilevata in alcuni casi nella prassi, sia in grado di avvalorare una possibile sussunzione delle vendite fallimentari all'interno della categoria dei contratti per adesione e che renda ad esse applicabile la disciplina di cui all'art. 1341 c.c., nonché quella di cui all'art. 1370 c.c., norma peraltro operante laddove vi sia l'esigenza di tutelare la parte contraente più debole di fronte ad una controparte nel cui solo interesse sono state stipulate le previsioni soggette ad indagine.

Per ritenere applicabile in sede fallimentare quest'ultima disposizione, che stabilisce che le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti si interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro contraente, occorrerebbe postulare che la procedura fallimentare è il contraente 'forte' e il potenziale acquirente la parte 'debole' del rapporto. Ma una ricostruzione in questi termini non appare sostenibile.

E ciò, tralasciando per un momento i rilievi specifici già effettuati quanto all'assenza nella fattispecie in esame di un contraente definibile 'debole', appare una ragionevole conclusione anche solo se ci si focalizza sulle finalità verso cui risulta orientata la procedura fallimentare: minore durata dell'apertura del fallimento; massima rapidità di liquidazione della massa attiva e maggior livello di stabilità possibile per i creditori del fallimento. Laddove invece la procedura, in persona del curatore, dichiarata inefficace la clausola di esclusione della garanzia per i vizi, potesse incorrere nel rischio di essere chiamata in causa dalla parte acquirente e di essere condannata, dovendo, all'occorrenza, restituire parte del prezzo, subire la risoluzione del contratto, o risarcire il danno subito dalla controparte, gli obiettivi cui quest'ultima è tesa non potrebbero essere raggiunti nei modi e nei tempi pianificati, e, in ogni caso, la stabilità cui la stessa è naturalmente tesa verrebbe minata.

Il che porta a ritenere incompatibile una disciplina che implichi la possibile caducazione della clausola che in maggior misura tutela la curatela fallimentare e, di riflesso, la stabilità degli effetti della vendita.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI “COMPETITIVE”

1.4 La natura delle clausole limitative della responsabilità inserite nei contratti stipulati in sede fallimentare.

Posto quanto sopra, rimane in sospeso la questione della qualificazione delle clausole limitative della responsabilità della procedura fallimentare per i vizi e l'evizione dei beni oggetto di alienazione, che compaiono in contratti, che, come si è chiarito, sono il frutto di una particolare e *parziale* trattativa tra le parti.

Soffermandosi brevemente sulla disciplina codicistica del contratto di vendita, va dato atto che come le parti private subiscano da una parte gli ordinari limiti al potere di autonomia negoziale in ordine al contenuto del contratto²⁶; dall'altra rileva ricordare come alle stesse sia riconosciuto il potere di modificare o escludere in via convenzionale il regime della garanzia (art. 1487 c.c.)²⁷, seppur con alcuni limiti.

²⁶ Le eventuali clausole illecite verranno colpite dalla nullità, che potrà rimanere circoscritta alla singola clausola o *contagiare* l'intero contratto. Così A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2009, 110.

²⁷ Sono plurimi gli approcci metodologici adottati per ricostruire l'istituto della garanzia nella vendita. La questione della natura della garanzia nella vendita è oggetto di un ampio dibattito in dottrina e giurisprudenza di cui si dà approfondita contezza in E. CAPOBIANCO - F. LONGOBUCCO, *Modificazioni convenzionali del regime legale della responsabilità del venditore*, in *Studi in onore di Domenico Rubino*, a cura di P. Perlingieri - S. Polidori, Napoli, II, 2009, 567 ss.. Sulla mancanza di soluzioni chiare in ordine alla natura della garanzia si veda anche C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1993; nonché A. LUMINOSO, voce *Vendita*, in *Dig. Disc. Priv.*, XIX, Torino, 1999, 607 ss.. Oggi, sulla scia della ricostruzione effettuata attraverso la lettura coordinata degli articoli 1487, secondo comma, e 1490, secondo comma, c.c., e dell'art. 1229 c.c. (in questo senso, D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., 629 ss., il quale sostiene che la garanzia rappresenti la reazione per l'irregolarità dell'attribuzione traslativa. L'Autore ha dato avvio ad una nuova tendenza - che superava la tradizionale concezione della specialità ed oggettività della garanzia, riconducendo quest'ultima nell'alveo della responsabilità contrattuale da inadempimento - che ha avuto poi il merito di influenzare gran parte della letteratura e della giurisprudenza successiva) prevale l'orientamento, accolto anche dalla prevalente giurisprudenza (si veda, *ex multis*, Cass., 19 novembre 1985, n. 5686, in *Mass. Giur. it.*, 1985) in virtù del quale si ritiene che la consegna di beni affetti da vizi occulti costituisca non già un mero presupposto dell'operatività della garanzia in senso tecnico, ma violazione dell'obbligazione contrattuale da cui scattano le sanzioni per l'omessa o inesatta esecuzione del rapporto obbligatorio (è di questo avviso R. CALVO, in *Contratti e mercato*, Torino, 2006, 38, il quale precisa altresì che: “*Si fa in tal modo strada la congettura secondo cui i rimedi legali riconosciuti al compratore nella sua veste di creditore dell'obbligazione di conformità, che si concretano (ad eccezione della disciplina in tema di vendite di consumo) nell'azione di risoluzione del contratto o di riduzione del prezzo, sono suscettibili di accoglimento indipendentemente dall'imputabilità del vizio*”. V. anche ID., *Vendita e*

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI “COMPETITIVE”

Il potere di autonomia delle parti contraenti incontra infatti alcune barriere inderogabili, *in primis*, il principio generale sancito dall'art. 1229 c.c. in forza del quale sono nulli i patti che escludono o limitano preventivamente la responsabilità per dolo o colpa grave; in secondo luogo, con riferimento specifico all'ipotesi dell'evizione, viene disposta la nullità del patto con il quale si esclude la garanzia nel caso di fatto proprio del venditore (art. 1488 c.c.)²⁸; infine, il patto di esclusione della garanzia non produrrà alcun effetto laddove il venditore abbia taciuto in male fede al compratore i vizi della cosa (art. 1490, secondo comma, c.c.).

Questo, dunque, sinteticamente, risulta il quadro delle opzioni concesse alle parti di un contratto di compravendita con riferimento alle pattuizioni circa l'esclusione delle garanzie per i vizi, sulla mancanza di qualità e per l'evizione.

Se tali determinazioni, risultanti espressamente da un'apposita convenzione, tanto contestuale, quanto successiva alla vendita²⁹, vengono considerate valide e operanti, poiché si presuppone che siano il risultato di una scelta concertata e condivisa delle parti contraenti, occorre valutare la compatibilità di clausole di siffatto genere nel terreno delle vendite fallimentari.

Si è già dato atto di come in passato, in virtù del richiamo espresso inserito nella legge fallimentare, non vi fossero dubbi circa l'applicabilità delle disposizioni degli articoli 2912-2929 c.c. sugli effetti sostanziali della vendita forzata, alle vendite effettuate in sede fallimentare, e di come invece oggi sussistano una serie di elementi che mettono in crisi la ricostruzione che per decenni ha trovato quasi unanime condivisione.

Nella precedente disciplina la dottrina aveva ritenuto di poter ricavare il principio secondo il quale nelle vendite fallimentari ogni potere dispositivo fosse nelle mani del giudice delegato, soprattutto nelle ipotesi delle vendite immobiliari posto che queste avvenivano alla presenza del giudice delegato e venivano disposte con suo provvedimento³⁰.

Tra i molteplici aspetti che rendono oggi fragile l'interpretazione tradizionale, non va trascurata la circostanza, che oggi il trasferimento della proprietà del bene non si realizza più per effetto del provvedimento del giudice delegato (in maniera analoga a quanto accade nelle vendite dell'espropriazione forzata), posto che l'intervento di quest'ultimo si limita a vistare le (già approvate dal comitato dei creditori) modalità di

responsabilità per vizi materiali. Dai fondamenti storico-comparativi alla disciplina codicistica sulle garanzie, Napoli, 2007.

²⁸ In ogni caso, salva l'ipotesi della vendita stipulata “*a rischio e pericolo del compratore*”, il compratore potrà in ogni caso pretendere la restituzione del prezzo ed il rimborso delle spese (1488 c.c.).

²⁹ Cass., 23 settembre 1985, n. 4711, in *Mass. Giur. it.*, 1985.

³⁰ F. FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1995, 551.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI “COMPETITIVE”

vendita contenute nel programma di liquidazione, o in suo eventuale supplemento: il trasferimento del bene compreso nell’attivo fallimentare opera attraverso l’attività del curatore che si conclude nella stipulazione di un vero e proprio contratto nelle forme richieste dalla natura del bene oggetto di alienazione.

Così modellate, risulta oggi molto difficile escludere che nelle operazioni negoziali di liquidazione non si formi un incontro di volontà tra le parti, sebbene gran parte del *corpus* delle condizioni di contratto risulti in qualche modo ‘imposto’ dalla curatela fallimentare.

Il nodo attraverso cui sciogliere le numerose questioni che attualmente risultano irrisolte risiede proprio qui: a questo peculiare contratto di vendita si devono applicare le disposizioni che regolano gli effetti della vendita forzata (art. 2919 ss. c.c.), oppure si deve ricorrere agli artt. 1470 ss., secondo quello che si potrebbe argomentare dalla struttura dell’atto, operante il trasferimento della proprietà, struttura che oggi non si può più riportare al provvedimento del giudice delegato, anche se il visto dello stesso, unitamente all’autorizzazione del programma da parte del comitato dei creditori, ne condizionano l’ammissibilità ed il contenuto?³¹.

Ed è unicamente a seconda di quale risposta viene fornita a tale domanda che può trovare soluzione il quesito circa l’ammissibilità o meno dell’esclusione delle garanzie in sede fallimentare.

Le previsioni contenenti l’esclusione delle garanzie in sede fallimentare appaiono, che si proceda in un senso o in un altro, un effetto naturale del contratto di vendita in quella sede stipulato. Ad uno sguardo distaccato, gli obiettivi di stabilità e di rapidità della procedura che il curatore deve avere costantemente di mira nell’espletare la propria attività, ed in particolare nelle operazioni di liquidazione dei beni, non possono essere compiutamente raggiunti se vi è, per la procedura fallimentare, il perdurante pericolo di essere esposta ad azioni giudiziarie da parte degli acquirenti, il cui esito è aleatorio, i costi altissimi e la durata sicuramente non ragionevole.

³¹ Argomentava così nel 1988 A. BONSIGNORI, in *Effetti della vendita forzata e dell’assegnazione, Artt. 2919-2929*, in *Il Codice Civile Commentato*, Commentario diretto da P. Schlesinger, Milano, 1988, 12, sebbene con riferimento alle peculiarità che rivestiva (nel regime ante riforma) la vendita tramite commissionario a norma degli articoli 532-533 c.p.c. e la vendita fallimentare di beni mobili *ex art. 106 l. fall.*, concludendo, riconoscendo il largo margine di opinabilità della soluzione prescelta, che le proprie preferenze “*vanno decisamente per la prima soluzione*” - quella relativa all’applicazione delle disposizioni regolanti gli effetti della vendita forzata - “*ma non per una semplice esigenza di euritmia, quanto poiché non mi parrebbe ragionevole una disegualianza fra le posizioni del debitore, dell’acquirente e dei creditori, secondo che sia stata scelta una forma di vendita coattiva piuttosto che un’altra*”. L’unificazione della disciplina delle vendite in sede fallimentare ad opera dell’art. 107 l. fall. condurrebbe forse l’Autore oggi a conclusioni parzialmente differenti.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI “COMPETITIVE”

Ciò posto, non può nascondersi che il prevedere in una vendita dai tratti privatistici, seppur inserita in un contesto coattivo per sua storica essenza, l'esclusione di qualunque garanzia, strida fortemente con i principi e con le regole delle contrattazioni, anche alla luce delle tendenze, di spinta comunitaria, verso una sempre maggior tutela delle parti contraenti.

Una lettura meno *tranchant* del fenomeno, potrebbe condurre a ritenere valide le pattuizioni di esclusione della garanzia, rendendo operanti, anche in sede fallimentare, i limiti all'autonomia privata previsti dal codice civile, così come sopra ricordati.

Si tratta di un terreno ancora tutto da arare, posto che, ad oggi, a quanto risulta, nessuna corte è mai stata investita di queste questioni riguardanti le vendite svolte con le modalità competitive.

La polimorfia del contratto ammette modelli antichi e nuovi, e si potrebbe ipotizzare la sussistenza non di un nuovo *genus* di vendita, ma, forse di una nuova *species*, la cui regolamentazione, anche per alcuni aspetti di formazione del contratto, risulterebbe dall'incontro della disciplina di due modelli, quello privatistico e quello, opposto, delle vendite coattive.

2. Il contemperamento degli interessi privati con gli interessi “pubblici” sottesi alla procedura fallimentare.

Le considerazioni svolte circa l'incompatibilità di alcune figure civilistiche prese in esame - o, del caso, di determinati effetti conseguenti alle stesse -, con le vendite competitive effettuate in sede fallimentare, necessitano di ulteriore approfondimento con particolare riferimento ai rapporti tra gli interessi coinvolti nelle operazioni di liquidazione effettuate dalla curatela fallimentare.

Le fattispecie oggetto di indagine paiono celare, infatti, un tipico caso di tensione tra lo strumento di autonomia privata utilizzato ed il contesto in cui quest'ultimo va ad inserirsi.

Prima di addentrarsi nelle peculiarità del caso in esame, va dato atto di come medesime questioni si pongano anche con riferimento al fenomeno, che ha preso avvio qualche decennio fa, delle privatizzazioni delle società pubbliche e degli enti pubblici di gestione. In questi casi il modello privatistico deve essere sia in grado di garantire efficienza e rapidità, nonché lo scopo di lucro che caratterizza l'impresa privata, sia, dall'altra, risultare compatibile *tout court* con l'interesse pubblico il cui perseguimento lo Stato deve comunque garantire³². La disciplina delle società in mano pubblica è infatti tesa costantemente ad un contemperamento tra interessi pubblici e vincoli di economicità e lo svolgimento di un'attività che non può che essere lucrativa³³. Pur

³² Osserva in questi termini G. DI FIORE, *Privatizzazioni e interesse pubblico tra efficienza e garanzie*, in *Notariato*, 2001, 4, 403.

³³ Sul tema si rinvia a F. FIMMANÓ, *Le società pubbliche*, Napoli, 2011.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI “COMPETITIVE”

essendo caduto il vincolo della prevalente partecipazione pubblica, da più parti si è però evidenziato che i poteri che lo stato ha conservato, unitamente ai limiti che risultano imposti, comportano una tale ingerenza della parte pubblica nella gestione delle imprese da apparire in contraddizione con le finalità stesse del procedimento di privatizzazione³⁴.

Un problema di ricerca di un equilibrio armonico tra utilizzo di uno strumento privatistico e finalità che vanno oltre gli interessi particolaristici delle parti, si pone altresì nel caso degli appalti pubblici, laddove l'analisi della disciplina vede la continua tensione tra un rapporto paritetico, quale è quello contrattuale, e l'ineliminabile posizione di preminenza della Pubblica Amministrazione nel perseguimento dell'interesse pubblico, e costringe l'interprete ad un continuo richiamo ai principi anche per la soluzione delle questioni interpretative più minute³⁵. Alla parità tra i contraenti nella fase dell'esecuzione del contratto fa infatti da contraltare la procedura di stampo pubblicistico a cui normalmente la Pubblica Amministrazione deve attenersi, e nella quale 'prevale' fino al momento della stipulazione del contratto definitivo.

Il problema di fondo qui concerne la possibilità per un soggetto, la P.A., che persegue l'interesse pubblico attraverso strumenti autoritativi di natura provvedimentale, di rinunciare volontariamente alla propria posizione di preminenza per vincolarsi con il privato su un piano di parità. Sebbene, sotto alcuni aspetti, come si è sopra ricordato, la giurisprudenza abbia optato per una lettura 'egualitaria' (*rectius*, in maniera non difforme da quanto praticato nei contratti tra privati) sancendo l'applicabilità degli articoli 1340 e 1341 c.c. anche alle condizioni generali di contratto previste dalla Pubblica Amministrazione, in altri casi, come nell'ipotesi del capitolato generale per le opere pubbliche, tali conclusioni non sono state raggiunte³⁶. La dottrina

³⁴ Su questi ed altri profili si veda M. CLAUSI, *Profili giuridici delle privatizzazioni*, in *Giur. merito*, 1999, 435 ss.; S. GIACCHETTI, *Privatizzazioni: la nuova frontiera dell'interesse pubblico*, in *Cons. Stato*, 9, 1379 ss..

³⁵ In questi termini M. E. COMBA, *L'esecuzione delle opere pubbliche*, cit., 3. L'Autore osserva inoltre che anche nei principali ordinamenti giuridici europei è riscontrabile l'esigenza comune di garantire alla parte pubblica, nell'esecuzione dei contratti di appalto di opere pubbliche, una posizione di preminenza, consistente essenzialmente nella facoltà di modificare unilateralmente il contratto, pur con alcuni limiti, e di recedere per motivi di interesse pubblico, e come tale esigenza venga soddisfatta o attraverso la legge o attraverso l'imposizione di clausole contrattuali non frutto di libera contrattazione ma imposte agli aspiranti appaltatori. Il tema dei poteri esercitati dalle stazioni appaltanti è stato trattato in termini comparatistici da P. CRAIG, *Specific Powers of Public Contractors*, in R. NOGELLOU - U. STELKENS, *Droit comparé des contrats publics-Comparative Law on Public Contracts*, Bruylant, 2011, 173 ss.

³⁶ Sulla natura dell'istituto del capitolato generale si è a lungo dibattuto, si è all'emanazione del d.m. n. 145/2000, recepito nel regolamento di attuazione del Codice Appalti, approvato con d.p.r. n. 207/2010, a seguito del quale è prevalsa la tesi della natura normativa e non

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI “COMPETITIVE”

civilistica sul tema ha infatti mostrato di ritenere che l'insieme dei poteri esercitati dalla pubblica amministrazione nella successiva fase di esecuzione del contratto rende difficile una ricostruzione dell'attività di quest'ultima come riconducibile all'agire *iure privatorum*³⁷.

Premesso quanto sopra, ciò che preme domandarsi è se sussista, e quale sia, l'interesse “pubblico” che può o deve essere perseguito quando vengono poste in essere le vendite competitive³⁸.

Sono state proposte molte definizioni per cercare di dimostrare la natura del fallimento (processo di esecuzione forzata, processo contenzioso, volontario, di amministrazione pubblica di interessi privati, di processo a contenuto oggettivo), senza addivenire ad una soluzione univoca. Oggi, come si è già dato atto, superate le antiche concezioni legate alla “*pietra del vituperio*”³⁹, il legislatore ha imboccato la strada della

contrattuale. Vedi sul tema L. VIOLA, *Condizioni generali di contratto e pubblica amministrazione*, cit..

³⁷ L. V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988, 123, osserva inoltre che ad una tale conclusione si addivene anche tenendo in considerazione la causa del contratto che è costituita “*da un profio, sempre di corrispettività, i cui due ermini sono da una parte lo svolgimento della prestazione caratterizzante arricchita e ad un tempo limitata in vista ed in funzione del pubblico interesse e, dall'altra, l'impiego per il pagamento del corrispettivo, dei mezzi finanziari all'uopo specificamente stanziati dalla pubblica amministrazione*”. Precisa A. MASSERA, *I contratti*, cit., 1559-1560, che l'interesse pubblico non può costituire la causa unica del contratto se non altro poiché il privato agisce comunque per un interesse egoistico.

³⁸ A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, 1, 68, rileva come “*quelli che si incontrano nella vita reale sono i molteplici e diversi interessi pubblici, mentre l'interesse pubblico al singolare è soltanto una locutio brevis per indicare l'insieme degli interessi pubblici oppure quello tra essi che può o deve essere realizzato nella specie*”, e che “*i veri problemi che deve affrontare chi voglia valutare la funzione dell'interesse pubblico nel diritto non consistono tanto nell'elaborazione di una definizione esauriente e precisa, quanto nello stabilire come si procede alla sua identificazione*”.

³⁹ G. B. PORTALE, *Dalla “pietra del vituperio” alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *Banca borsa*, 3, 2010, 389 ss.. L'Autore ricordando la tradizione così precisa: “*Nella più nota, quanto meno a livello locale, delle storie di Biancavilla (alludo a quella del canonico BUCOLO del 1953), nella parte dedicata alle Tradizioni Civili (151, § 1), sotto il lemma “Pietra del vituperio”, è riportata la seguente testimonianza (...): “I debitori, che non potevano o non volevano pagare, venivano sottoposti alla vergognosa azione di calarsi in pubblico le braghe e battere colle natiche tre volte sopra una balata o pietra del vituperio, collocata nell'aula della Curia Capitaneale, o in una pubblica piazza, alla presenza dei creditori e di molti curiosi, accompagnando l'atto indecoroso colle rituali parole: chi ha da avere, venga a pagarsi. I vecchi ci hanno tramandato questa usanza a Biancavilla, ed anche la persona, che batté il sedere sulla balata posta nella piazza della Matrice*”.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI “COMPETITIVE”

‘privatizzazione’ delle procedure, esaltando l’autonomia dei privati, soprattutto con riferimento alle soluzioni alla crisi di impresa alternative al fallimento, ma anche, come si è visto, aprendo le porte della negoziabilità anche alle operazioni di liquidazione. Vi è poi un dato di fatto da non sottovalutare: la nuova disciplina - così si esprime la relazione ministeriale alla riforma fallimentare - mira in primo luogo alla conservazione degli organi dell’impresa, assicurando la sopravvivenza, ove possibile di questa e, negli altri casi, procurando alla collettività, ed in primo luogo ai creditori, una consistente garanzia patrimoniale attraverso il risanamento ed il trasferimento delle strutture aziendali. Dunque si tratta di una procedura eminentemente diretta al soddisfacimento dei creditori, ma concepita in modo di consentire la conservazione, ove possibile, anche parziale, dell’impresa.

Com’è stato rilevato, sia un interesse pubblico che un interesse privato è sempre presente in ogni fallimento⁴⁰: entrambi, quando vengono poste in essere le operazioni di liquidazione, possono essere ricondotti alla curatela fallimentare che aliena i beni facenti parte dell’attivo al fine di ottenere il massimo realizzo per il ceto creditorio (in termini economici e, eventualmente, di mantenimento dei livelli occupazionali nell’ipotesi di vendita del complesso aziendale) e per raggiungere quanto prima la fase successiva, il riparto, prodromica alla chiusura della procedura stessa. Stabilità degli effetti, rapidità di chiusura della procedura, massimo realizzo in termini economici e di conservazione dei valori aziendali per il ceto creditorio: sono queste le parole chiave che racchiudono l’interesse della curatela fallimentare.

Fermo quanto sopra, è un ulteriore interesse privato quello che si contrappone all’interesse, che più che “pubblico”, definirei ‘concorsuale’: ovvero quello del privato che acquista il bene dalla procedura fallimentare, che agisce al pari di ogni altro soggetto che in un mercato libero e concorrenziale effettua operazioni di acquisto. La preminenza dell’interesse composito riconducibile alla curatela, così come sopra delineato, emerge invece là dove si è constatato che la tutela che spetterebbe

⁴⁰ Così G. U. TEDESCHI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2006, 4. Si segnala che una recente pronuncia giurisprudenziale (App. Bologna, 30 aprile 2010, in *Fall.*, 2011, 205, con nota di F. TOMASSO, *L’interesse pubblico nel concordato*) ha rinnovato l’interesse per questo tema con riferimento in particolare ad un concordato nell’ambito di una liquidazione coatta amministrativa. La risposta al dubbio interpretativo posto (circa la modificabilità di una proposta di concordato ai sensi dell’art. 214 l. fall. dopo l’inizio della fase giurisdizionale) viene fondata sul principio del necessario contemperamento tra interesse pubblico alla conservazione dell’impresa e quello privato, cioè dei creditori, a non vedersi sacrificare per tale ragione i loro diritti di credito, altrimenti tale soluzione della procedura concorsuale amministrativa si sostanzierebbe in una sorta di espropriazione senza indennizzo. Sul punto v. Cass., 18 marzo 2008, n. 7263, in *Fall.*, 2008, 893, con nota di F. TOMASSO, *Concordato nella l.c.a (e nell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza), conservazione o liquidazione ed interesse dei creditori*.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI “COMPETITIVE”

all’acquirente o all’interessato, nelle fasi precontrattuali e di esecuzione successiva al perfezionamento del contratto, è limitata, o è differentemente riservata, rispetto alle previsioni la cui applicazione è imposta dalla disciplina codicistica della vendita.

LE COMPETENZE GESTORIE ASSEMBLEARI NELLE SOCIETÀ PER AZIONI

L'Autore commenta la sentenza della Suprema Corte n. 20597 del 4 ottobre 2010, la quale ha statuito che l'amministratore di una società di capitali che dia, in nome della società, garanzie ben oltre il capitale della società garante e compia un atto estraneo all'oggetto sociale, a favore di un'altra società dello stesso gruppo, adotta un atto nullo, anche se autorizzato da una delibera totalitaria della propria assemblea.

di **VINCENZO ACQUAFREDDA**

1. Premessa.

Secondo la decisione della Suprema Corte (sentenza 4 ottobre 2010, n. 20597) l'amministratore di una società di capitali che dia, in nome della società, garanzie ben oltre il capitale della società garante e compia un atto estraneo all'oggetto sociale, a favore di un'altra società dello stesso gruppo, adotta un atto nullo, anche se autorizzato da una delibera totalitaria della propria assemblea. Questo il principio che la Corte di Cassazione adotta con motivazione innovativa, sulla base degli interessi non solo della società garante, ma anche della collettività e del mercato. Fino ad oggi le operazioni "ardite" degli amministratori vedevano tutelati i terzi in buona fede solo nel caso di atti adottati al di fuori dell'oggetto sociale o in modo palese al di fuori dei poteri ("ultra vires") concessi all'amministratore dallo statuto sociale. Un principio costante (art. 2384 c.c.) consente, infatti, all'amministratore di esercitare validamente il potere di gestione, rimanendo tuttavia nei limiti dell'oggetto sociale.

Nel caso ora deciso dalla Cassazione, la questione riguardava il rilascio di una fidejussione da parte di un amministratore in favore di altra società dello stesso gruppo, per una cifra superiore al capitale sociale della garante, pochi giorni prima di un concordato preventivo della garantita. Mancando una norma statutaria che legittimasse questa operazione, la nullità della garanzia era prevedibile: ma, nel caso particolare, esisteva una delibera assunta dall'assemblea totalitaria dei soci, che autorizzava il rilascio della fidejussione. E proprio questo ha richiamato l'attenzione dei giudici, che hanno negato valore alla fidejussione sulla base di due argomenti: innanzitutto, l'assemblea (anche totalitaria) non può autorizzare o convalidare un illecito (la prestazione di garanzia, non prevista dallo statuto) a causa della presenza di un contrasto con l'utilità sociale che l'oggetto sociale persegue. I limiti del potere di rappresentanza

COMMENTI A SENTENZE

ASSEMBLEA: COMPETENZE GESTORIE

dell'amministratore non riflettono il solo interesse dei soci, ma anche quello dei terzi e, in primo luogo, quello dei creditori della stessa società. Di conseguenza, a tutela dell'interesse dei terzi, occorre, prima di adottare un atto contrario allo statuto sociale, una modifica dello statuto stesso, che è possibile seguendo il procedimento di legge.

Aggiunge poi la Cassazione che lo scopo sociale corrisponde al limite legale e virtuoso delle imprese, sicché l'atto "ultra vires" compiuto dall'amministratore "con il concerto dei soci avventurosi", non viola semplicemente il limite convenzionale dei poteri di rappresentanza, ma contrasta con disposizioni di leggi imperative, anche di rango costituzionale. Da tale situazione deriva la nullità dell'atto e la conseguente impossibilità di una sua autorizzazione preventiva o ratifica. In tal modo la Corte sottolinea che un atto autorizzativo dell'assemblea, anche se adottato in modo totalitario, resta illecito, perché viola l'oggetto sociale, che garantisce anche il cosiddetto "ordine pubblico economico" imposto dall'art. 41 della Costituzione.

La sentenza della Suprema Corte, è, peraltro, in linea con la vigente disciplina societaria che, da un lato, ha manifestamente inteso dare all'amministratore di società (per azioni) il pieno ed esclusivo potere di gestione dell'impresa (art. 2380 bis, co. 1, c.c.), dall'altro, ha conseguentemente revisionato anche i previgenti poteri gestori dell'assemblea, la quale non è più chiamata, come prima, a deliberare su eventuali atti di gestione che l'amministratore le sottoponga, ma solo ad autorizzarne – ove richiesto dallo statuto – il compimento, che resta, perciò, comunque rimesso alla decisione ultima dell'amministratore medesimo, con assunzione da parte sua della responsabilità per gli atti compiuti (art. 2364, co. 1, n. 5, c.c.)¹.

(1) Il ruolo dell'assemblea nella società per azioni è ricostruito in maniera attenta da P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, Milano, 1975, p. 5 ss.; ID., *L'assemblea: competenza*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G. B. Portale, 3, Torino, 1994, p. 19 ss.; V. CALANDRA BUONAURO, *Gestione dell'impresa e competenza dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985, p. 26 ss.; e, più recentemente, M. SCIUTO - P. SPADA, *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1, Torino, 2004, p. 60 ss.; G.B. PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Società*, 2003, p. 261 ss.; ID., *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in AA. VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, II, Utet, Torino, 2006, p. 5 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Gestione dell'impresa e rapporti tra assemblea e amministratori nella riforma societaria*, in *Le società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, Milano, 2007, p. 719 ss.; P. ABBADESSA - A. MIRONI, *Le competenze dell'assemblea nelle s.p.a.*, in *Riv. Soc.*, 2010, p. 285 ss.

Com'è noto, il previgente art. 2364 cod. civ. prevedeva, al 1° comma, n. 4, una competenza assembleare, in materia gestoria, piuttosto ampia, rimessa alla volontà statutaria o alla determinazione degli stessi amministratori che, eventualmente, avessero deciso di sottoporre determinati atti all'esame dell'organo assembleare. Al di là della disputa dottrinale circa il carattere vincolante o meno per gli amministratori della relativa deliberazione assembleare (si

COMMENTI A SENTENZE

ASSEMBLEA: COMPETENZE GESTORIE

Tale decisione della Suprema Corte offre lo spunto per approfondire quali siano i poteri e/o le competenze che l'Assemblea dei soci di una società per azioni ha – in ambito gestorio – nell'attuale quadro normativo.

2. La disciplina codicistica ex art. 2364, co. 1, n. 5, c.c. ed il principio di esclusiva responsabilità dell'organo amministrativo per l'attività di gestione.

Il nuovo testo dell'art. 2364, n. 5, c.c. ha riformato in modo significativo i meccanismi che permettono all'assemblea di intervenire sulla gestione dell'impresa, stabilendo che – in aggiunta alle competenze deliberative o autorizzative già previste per legge – l'assemblea deliberi sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti.

La vigente disciplina societaria limita, dunque, specificatamente la competenza deliberativa dell'assemblea ai soli oggetti ad essa attribuiti dalla legge, mentre il vecchio art. 2364 c.c. consentiva all'atto costitutivo di riservare all'assemblea la decisione su questioni attinenti alla gestione della società diverse da quelle previste dalla legge. Esso, inoltre, riconosceva agli amministratori la facoltà di rimettere alla decisione dell'assemblea questioni gestorie estranee alla sua competenza legale o statutaria. In entrambi i casi, la delibera assembleare rischiava di rendere gli amministratori "irresponsabili" nei confronti della società, conseguenza tanto più grave

veda, in particolare, sul punto, S. PESCATORE, *Manuale di diritto commerciale* a cura di V. Buonocore, Giappichelli, Torino, 1999, p. 288), la giurisprudenza era comunque giunta alla conclusione che l'eventuale pregiudizio che fosse derivato alla società dal compimento dell'operazione deciso dalla medesima assemblea non avrebbe potuto essere imputato agli amministratori (cfr. Cass. 22 giugno 1990, n. 6278, in *Società*, 1991, p. 30).

Ora, il novellato art. 2364 cod. civ. – nella nuova formulazione di cui al 1° comma, n. 5 – limita, entro ambiti molto più circoscritti, tale competenza gestoria assembleare, prevedendo una riserva statutaria al potere di gestione dell'assemblea da esplicarsi solo con riguardo alle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di determinati atti degli amministratori, ferma, in ogni caso, la responsabilità di quest'ultimi per gli atti compiuti. Il combinato disposto degli artt. 2364, n. 5 e 2380-bis, 1° co., cod. civ. sembra escludere, in sostanza, qualsiasi forma di esonero da responsabilità per gli amministratori, anche in caso di pregiudizio derivato alla società dal compimento dell'atto che sia stato autorizzato dall'assemblea. In altre parole, le eventuali autorizzazioni richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, se potranno limitare i poteri gestionali dell'organo amministrativo, non potranno comunque consentire che gli atti compiuti a seguito di autorizzazione assembleare possano esulare gli amministratori da eventuali responsabilità, qualora dall'esecuzione di quegli atti la società abbia subito un danno patrimoniale (cfr. S. PESCATORE, *Manuale di diritto commerciale* a cura di V. Buonocore, Giappichelli, Torino, 2009, p. 273).

COMMENTI A SENTENZE

ASSEMBLEA: COMPETENZE GESTORIE

nell'ipotesi in cui fossero stati gli stessi amministratori a sollecitare l'intervento dell'assemblea proprio allo scopo di declinare la propria responsabilità.

Il novellato art. 2364 c.c. prevede, poi, che lo statuto possa richiedere l'autorizzazione dell'assemblea per il compimento di determinati atti degli amministratori, ferma restando la responsabilità di questi per gli atti compiuti e ha escluso la possibilità per gli amministratori di rimettere all'assemblea la decisione di questioni relative alla gestione dell'impresa, con ciò evitando che, come in passato poteva accadere, nessuno risponda di una data operazione: né l'assemblea che è per definizione irresponsabile, né gli amministratori che, a discarico di responsabilità, abbiano sottoposto l'operazione all'assemblea².

Tale disposizione normativa in materia assembleare deve essere letta in correlazione con l'art. 2380-bis c.c. il quale prevede che la gestione dell'impresa sociale spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale³. Al riguardo, è opinione consolidata che

(2) Per un approfondito esame dei rapporti fra assemblea ed amministratori, cfr., per tutti, G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit., p. 9 ss., ove ulteriori riffs.

(3) Il principio di esclusiva responsabilità dell'organo amministrativo per l'attività di gestione e la conseguente limitazione delle competenze gestorie dell'assemblea ordinaria, comune ai tre modelli organizzativi di *governance* previsti dalla normativa societaria (cfr. artt. 2364 e 2380 bis per il modello tradizionale; artt. 2364 bis e 2409 novies comma 1 per il modello dualistico; artt. 2364 e 2409 octiesdecies per il modello monistico), ha senza dubbio determinato un ampliamento delle responsabilità degli amministratori di società per azioni, i quali ora rispondono per tutti gli atti (commissivi od omissivi) di gestione, di cui hanno competenza esclusiva. Risulta, altresì, di immediata evidenza, che la definizione, inesistente nella precedente disciplina, di obblighi specifici previsti in capo, sia ai consiglieri delegati, che ai consiglieri deleganti, ha, da un lato, determinato un evidente accrescimento delle responsabilità dei primi, in conformità al ruolo assunto, ai poteri esercitati e alla relativa retribuzione, preso atto ulteriormente del fatto che l'amministratore delegato – posto ai vertici della struttura societaria – è meglio di chiunque altro in grado di conoscere i fatti e le criticità gestionali, e deve perciò avere una responsabilità corrispondente ai suoi ampi poteri, compiti e retribuzione; da altro lato, si registra, oltremodo, un ampliamento delle responsabilità degli amministratori senza deleghe, non potendo quest'ultimi, come prima, fare naturale affidamento su quanto viene riferito dai delegati in consiglio, dovendo ora essi richiedere – essendo tenuti sempre ad agire in modo informato – ulteriori notizie, relative alla gestione della società, in presenza di indizi che fanno loro sorgere dubbi in ordine alla attendibilità, o alla interezza, delle informazioni ricevute o delle relazioni presentate dagli organi delegati. E, in questa prospettiva, gli amministratori deleganti rispondono, dunque, delle condotte, commissive od omissive, dagli stessi poste in essere e delle decisioni dai medesimi direttamente assunte. Sull'art. 2380-bis c.c., cfr. G.D. MOSCO, *sub art. 2380-bis c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Jovene, Napoli, 2004, p. 588 ss.; N. ABRIANI, *sub art. 2380-bis c.c.*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P.

COMMENTI A SENTENZE

ASSEMBLEA: COMPETENZE GESTORIE

l'autorizzazione dell'assemblea ha la funzione e l'effetto di rimuovere un limite all'esercizio del potere proprio degli amministratori, sicché il compimento dell'operazione dovrebbe in ogni caso essere decisa da questi ultimi. In altri termini, gli amministratori conservano, pur a seguito della deliberazione assembleare, piena libertà valutativa e piena responsabilità, nei confronti della società, in ordine all'effettivo compimento dell'operazione.

Diversamente, nelle ipotesi di competenza esclusiva dell'assemblea, questa è libera di determinare il contenuto delle proprie delibere, che assumono per gli amministratori carattere vincolante. Gli amministratori hanno l'esclusività della sola funzione esecutiva, nei limiti del cd. "diritto di resistenza", vale a dire nei limiti in cui l'esecuzione integrerebbe gli elementi di una fattispecie di responsabilità a loro carico⁴. In altre parole, l'esclusiva responsabilità non equivale ad esclusiva competenza, ben potendo il primo obiettivo essere pienamente conseguito – con maggiore rispetto della filosofia complessiva della vigente normativa societaria – non già escludendo la possibilità di riservare all'assemblea la piena decisione su particolari atti di gestione, bensì prevedendo il potere-dovere degli amministratori di «disapplicare» eventuali delibere assembleari che risultassero contrarie alle regole di comportamento imposte dalla legge agli amministratori nell'interesse della società, dei creditori e dei terzi⁵.

3. Le competenze legali dell'assemblea dei soci e i relativi riflessi gestori.

Il legislatore ha mantenuto per l'assemblea le competenze legali già previste dalla disciplina previgente e ne ha introdotte di nuove. Tra le principali novità, si segnalano: la previsione dell'art. 2361 comma 2, ai sensi del quale l'assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le

Montalenti, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 669 ss.; L. NAZZICONE – S. PROVIDENTI, *sub art. 2380-bis c.c.*, *Società per azioni. Amministrazione e controlli*, in *La riforma del diritto societario* a cura di G. Lo Cascio, vol. 5, Giuffrè, Milano, 2003, p. 6 ss.; A. DE NICOLA, *sub art. 2380-bis c.c.*, in *Amministratori. Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari, Milano, 2005, p. 79 ss.; P. MORANDI, *sub art. 2380-bis c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società. Commentario sistematico*, a cura di A. Maffei Alberti, I, Padova, 2005, p. 650 ss.

(4) Cfr. ASSONIME, *L'Assemblea nelle società per azioni*, Circolare n. 37 del 2004, p. 4.

(5) Così, P. ABBADESSA, *L'assemblea nella s.p.a.: competenza e procedimento nella legge di riforma*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 543.

Al riguardo è doveroso aggiungere che all'organo amministrativo va riconosciuta, in ogni caso, la possibilità di non eseguire un'eventuale deliberazione assembleare illegittima, salvo onere dello stesso di impugnarla tempestivamente ex art. 2377 c.c. o di agire per farne dichiarare la nullità. Nei casi dubbi l'organo amministrativo, se lo ritiene necessario, può riconvocare l'assemblea per sottoporre ai soci una relazione sul tema discusso ed invitarli a modificare i termini della delibera assunta.

COMMENTI A SENTENZE

ASSEMBLEA: COMPETENZE GESTORIE

obbligazioni delle medesime deve essere deliberata dall'assemblea; l'espressa attribuzione all'assemblea della competenza ad approvare l'eventuale regolamento dei lavori assembleari⁶ (art. 2364 n. 6); la competenza dell'assemblea per il conferimento e la revoca dell'incarico di revisione legale dei conti, nonché per la determinazione del relativo corrispettivo (art. 13, D. Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39).

Oltre a tali innovative decisioni, restano attribuite all'assemblea, in sede ordinaria – limitandoci alle società di diritto comune che adottino il sistema di governance tradizionale o optino per quello monistico – la competenza di approvare il bilancio (art. 2364, co. 1, n. 1) e di deliberare sulla distribuzione degli utili e delle riserve (art. 2433, co. 1), anche in fase di liquidazione (art. 2490); di deliberare la riduzione obbligatoria del capitale per perdite superiori ad un terzo (art. 2446, co. 2); di nominare e revocare amministratori (art. 2364, n. 2 e 2383, co. 1 e 3) e direttori generali (art. 2396), esonerandoli, eventualmente, dal divieto di concorrenza di cui all'art. 2390 c.c.; di autorizzare, se già non consentito dallo statuto, la delega di poteri alle cariche sociali previste all'interno dell'organo di gestione⁷ (art. 2381, co. 2); di nominare e

(6) Il Regolamento assembleare disciplina le modalità di funzionamento dell'assemblea nonché quelle di intervento alla discussione assembleare, al fine di regolamentare l'ordinato e funzionale svolgimento delle riunioni, garantendo il diritto di ciascun socio di prendere la parola sugli argomenti posti in discussione. Il Regolamento può definire, tra l'altro, la legittimazione ad intervenire, l'accesso ai locali della riunione, la durata massima dei singoli interventi da parte dei soci, il loro ordine, le modalità di risposta alle domande pervenute prima dell'assemblea, nonché i termini entro i quali devono pervenire tali domande, le modalità di votazione, gli interventi degli amministratori e dei sindaci, nonché i poteri del presidente anche per comporre o impedire il verificarsi di situazioni di conflitto all'interno dell'assemblea; nella prassi societaria spesso avviene che, al fine di consentire al Presidente e, su suo invito, a coloro che lo assistono, di rispondere più esaurientemente agli interventi dei soggetti legittimati, questi possono anche prima della costituzione dell'assemblea, presentare al consiglio di amministrazione note scritte che illustrino gli argomenti sui quali intendono chiedere la parola: cfr., in tema, il *Codice di Autodisciplina delle Società quotate, 2011*, i cui principi e criteri applicativi spesso trovano coerenza e validità anche nell'ambito delle società non quotate.

(7) Sul punto, P. ABBADESSA - A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea*, cit., p. 278, nt. 23, osservano come sia «ancora aperto in dottrina il dibattito sulla validità di clausole statutarie che prevedano una maggiore incidenza dell'assemblea nella materia della delega amministrativa in forme diverse, e più penetranti, della semplice autorizzazione. E' ad esempio controverso se lo statuto possa riservare all'assemblea la nomina dell'amministratore delegato o assegnare all'assemblea il potere di imporre al consiglio il rilascio delle deleghe». In argomento, per l'orientamento più liberale, P.M. SANFILIPPO, *Riforma della società e interpreti in controtendenza: il caso della delega amministrativa «obbligatoria»*, in *Banca borsa*, 2007, I, p. 329 ss.; P. BONAZZA, *Assemblea e nomina di amministratore delegato*, in *Diritto e Pratica delle Società*, 5, 2011, p. 22; e per la tesi più restrittiva, O. CAGNASSO, *Nomina dei delegati e « interferenze » di organi o soggetti esterni al consiglio*, in *Società*, 2007, p. 1071 ss.

COMMENTI A SENTENZE

ASSEMBLEA: COMPETENZE GESTORIE

revocare i sindaci (art. 2364, n. 2 e 2400, co. 2); di nominare il presidente del consiglio di amministrazione (art. 2380-bis, comma 5) e il presidente del collegio sindacale (art. 2398); di determinare, ove non previsto dallo statuto, il compenso di amministratori (art. 2364, n. 3, 2389 co. 1 e co. 3, ult. cpv.), sindaci (art. 2364, n. 3 e 2402) e liquidatori (art. 2448); di deliberare l'azione di responsabilità nei confronti di amministratori (art. 2393, co. 1), direttori generali (art. 2396), sindaci (art. 2407, ult. co.) e liquidatori (art. 2489, co. 2) e la transazione o rinuncia ai relativi giudizi (art. 2393, ult. co.); di deliberare sulle autorizzazioni per il compimento di atti degli amministratori che lo statuto le rimetta e, naturalmente, sulle autorizzazioni che le rimetta la legge (quali, ad esempio, le autorizzazioni all'acquisto da parte della società di beni o crediti di promotori, fondatori, soci o amministratori, nei due anni dall'iscrizione della società nel registro delle imprese) (art. 2343-bis, co. 1); le autorizzazioni all'acquisto e le modalità di alienazione di azioni proprie (art. 2357, co. 2 e 4); le autorizzazioni all'acquisto di azioni o quote della società controllante da parte di società controllate (art. 2359-bis, co. 2 e art. 2359-ter co. 1)⁸.

In sede straordinaria, invece, restano attribuite all'assemblea le competenze inerenti le modificazioni dello statuto (art. 2365); la fusione (art. 2502); la scissione (2506-ter); la deliberazione di non emissione delle azioni (art. 2346, co. 1); l'emissione di obbligazioni convertibili in azioni (art. 2420-bis); la nomina, la sostituzione e i poteri dei liquidatori e i criteri di svolgimento della liquidazione (art. 2365 e 2487), nonché la revoca dello stato di liquidazione (art. 2487-ter); la determinazione delle modalità e delle condizioni di emissione degli strumenti finanziari partecipativi, dei diritti che essi conferiscono, delle sanzioni in caso di inadempimento delle prestazioni, nonché dell'eventuale legge di circolazione (art. 2346, ult. co.); l'autorizzazione alla concessione di prestiti e garanzie per la sottoscrizione o l'acquisto di azioni proprie (art. 2358)⁹.

In tale ambito, occorre chiarire se le competenze sopra richiamate, attribuite dalla legge all'assemblea, siano tassative oppure esistano categorie di atti che, in

In materia, la legislazione nazionale (Legge 24 dicembre 2007, n. 244, art. 3, comma 12, lett. b) come sostituito dall'art. 71 della Legge 18 giugno 2009, n. 69 e, successivamente, dall'art. 19 della Legge 3 agosto 2009, n. 102) ha imposto agli statuti delle società pubbliche non quotate (direttamente o indirettamente controllate dallo Stato ai sensi dell'art. 2359, 1° comma, numero 1), del codice civile), di prevedere che al presidente della società possano essere attribuite deleghe operative da parte dell'organo amministrativo, ai sensi dell'art. 2381, 2° co., c.c. solo previa delibera dell'assemblea dei soci che individua le materie delegabili.

(8) In tema di competenze legali dell'assemblea, cfr., per tutti, C. MONTAGNANI, *sub* art. 2364, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, cit., p. 448 ss.

(9) Cfr., in questi stessi termini, P. ABBADESSA - A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea*, cit., p. 276 ss.

COMMENTI A SENTENZE

ASSEMBLEA: COMPETENZE GESTORIE

considerazione della loro natura, dello scopo e dell'incidenza che possono avere sull'attività della società, possano essere sottoposte all'approvazione dell'assemblea anche se ciò non è previsto espressamente dalla legge. In altre parole è necessario capire se vi siano norme che possano consentire – anche quando applicate analogicamente – di riconoscere poteri gestori non scritti all'assemblea di società per azioni, fermo restando e, tenendo conto che, la linea di tendenza della vigente disciplina societaria è nel senso di spostare le competenze gestorie dall'assemblea all'organo amministrativo, lasciando alla prima le sole decisioni inerenti al compimento di quegli atti di gestione suscettibili di incidere sulla struttura organizzativa o sul patrimonio della società e/o sui diritti dei soci¹⁰.

La prima di queste norme che va segnalata è quella dell'art. 2446, comma 1, c.c., in materia di perdite superiori al terzo del capitale, in relazione alla quale la dottrina più attenta ha sostenuto che tra gli «opportuni provvedimenti» ricadono, oltre alle operazioni sul capitale (per le quali resta ferma la normale competenza dell'assemblea straordinaria) o all'eventuale sollecitazione ai soci di versamenti spontanei a copertura delle perdite, anche vere e proprie decisioni aziendali, rientranti, di norma, nella competenza degli amministratori, quali, ad esempio, una proposta di concordato stragiudiziale, la chiusura di stabilimenti, la riduzione del personale, la modificazione degli indirizzi produttivi o di politica commerciale¹¹. Del resto, di fronte ad una perdita patrimoniale di rilevanti proporzioni, può essere ragionevole che si riconosca ai soci, a tutela dei loro diritti patrimoniali, un maggior potere di incidenza sull'impresa.

Allo stesso modo, non è da escludersi che l'assemblea possa ugualmente deliberare misure gestorie, in presenza di situazioni di straordinaria emergenza, ovvero nelle altre ipotesi di sua convocazione per l'adozione di «provvedimenti» ritenuti opportuni e/o necessari ai sensi dell'art. 2406, comma 2°, c.c. (fatti censurabili di rilevante gravità ravvisati dal collegio sindacale), dell'art. 2408, comma 2°, c.c. (fatti censurabili denunciati da uno o più soci al collegio sindacale che presenta le proprie conclusioni e/o proposte all'assemblea) e dell'art. 2409, comma 4°, c.c. (denuncia al tribunale di gravi irregolarità nella gestione)¹². Fra gli «opportuni provvedimenti provvisori» ex art. 2409, comma 4°, che il tribunale può disporre – prima di convocare l'assemblea per le conseguenti deliberazioni – sono tradizionalmente comprese la limitazione dei poteri degli amministratori, la chiusura di una cassa o la temporanea

(10) Si veda, in argomento, G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit., p. 25 ss.

(11) Cfr. G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit. p. 27; P. ABBADESSA - A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea*, cit., p. 282; V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenza dell'assemblea*, cit. p. 117 ss.

(12) Come sottolinea, puntualmente, G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit., p. 27 ss.

COMMENTI A SENTENZE

ASSEMBLEA: COMPETENZE GESTORIE

cessazione di una determinata attività, l'inibitoria del compimento di determinati atti¹³, provvedimenti che l'assemblea potrà rafforzare, confermare o anche modificare o revocare per assumere altre decisioni, fra le quali ben possono esservi scelte che investono profili di carattere gestorio¹⁴.

Un ulteriore dato normativo che consente di riconoscere ulteriori poteri gestori «non scritti» all'assemblea di società per azioni, è contenuto nell'art. 2361, comma 2°, c.c., ai sensi del quale, come sopra citato, l'assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime deve essere deliberata dall'assemblea. E' chiara l'esposizione a rischio dell'intero patrimonio di una società per azioni che, con la decisione di acquisire partecipazioni in società di persone, assume una responsabilità illimitata e solidale per le obbligazioni sociali delle stesse, e la relativa incidenza della decisione sui diritti di partecipazione e sugli interessi patrimoniali degli azionisti, nonché i suoi riflessi sulla gestione¹⁵.

In questo ambito ha sicuramente valenza gestoria la facoltà per l'assemblea di modificare – con delibera unanime – gli obblighi connessi alle azioni emesse con prestazioni accessorie ai sensi dell'art. 2345, ult. comma, c.c. i quali concernono, generalmente, una serie di obblighi ed attività che il socio, titolare delle azioni accessorie, è tenuto ad eseguire in favore della società quali, ad esempio, l'assistenza ed il supporto tecnico-amministrativo alla società per il perseguimento dell'oggetto sociale.

Occorre, altresì, considerare una serie di ulteriori decisioni di competenza dell'assemblea che, pur incidendo anche sulla struttura organizzativa della società, hanno una forte componente gestorio-finanziaria, quali gli aumenti e le riduzioni del capitale; l'esclusione o la limitazione del diritto di opzione in caso di aumento oneroso del capitale; l'emissione di obbligazioni o di altri strumenti finanziari partecipativi ai sensi dell'art. 2411, comma 3, c.c.; le fusioni e le scissioni; la creazione, il mutamento o la soppressione di sedi secondarie; le politiche di destinazione degli utili quando orientate verso l'autofinanziamento aziendale¹⁶.

4. Le competenze statutarie dell'assemblea: il meccanismo autorizzatorio assembleare degli atti degli amministratori.

Un confine con l'attività gestionale è stabilito dalla previsione secondo cui lo statuto può subordinare il compimento di atti da parte degli amministratori alla

(13) Così, G. DOMENICHINI, *sub art. 2409*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, cit., p. 797.

(14) Cfr. G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit., p. 28 (nt. 56).

(15) V. in argomento, P. ABBADESSA - A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea*, cit., p. 309 ss.

(16) Cfr. S.A. CERRATO, *Il ruolo dell'assemblea nella gestione dell'impresa: il «sovrano» ha veramente abdicato?*, in *Riv. dir. civ.*, 2, Cedam, Padova, 2009, pp. 150-151; G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit., pp. 26-27.

COMMENTI A SENTENZE

ASSEMBLEA: COMPETENZE GESTORIE

preventiva autorizzazione dell'assemblea, ferma restando la responsabilità degli amministratori per gli atti compiuti (art. 2364, co. 1, n. 5, c.c.)¹⁷.

La previsione dell'autorizzazione risponde all'esigenza di limitare la discrezionalità degli amministratori rispetto a particolari operazioni societarie, la cui individuazione è rimessa all'autonomia statutaria¹⁸. Al riguardo, si deve ritenere che tale previsione non incide sulla ripartizione di competenze tra organo amministrativo e assemblea delineato dalla riforma; rimane, pertanto, fermo il principio generale, sancito dall'art. 2380 bis, dell'esclusiva competenza e responsabilità degli amministratori per la gestione della società. Da ciò consegue che il requisito dell'autorizzazione preventiva comporta una limitazione alla discrezionalità degli amministratori destinata ad operare sul piano dei rapporti tra l'assemblea e l'organo di gestione. Del resto gli amministratori, proprio perché assumono l'esclusiva responsabilità in ordine all'atto compiuto, restano liberi di valutare in base al proprio prudente apprezzamento l'opportunità di compiere l'atto autorizzato.

Naturalmente, gli amministratori che, invece, rispettino il veto assembleare – ove l'autorizzazione formalmente richiesta sia stata negata – non vanno incontro ad alcuna responsabilità. Al riguardo, pur dovendosi affermare che gli amministratori siano carenti di legittimazione al compimento di atti non autorizzati¹⁹, è da ritenersi che l'atto compiuto in assenza della prescritta autorizzazione resta comunque valido e vincolante per la società²⁰.

(17) Si veda in argomento, A. GAMBINO – D.U. SANTOSUOSSO, *Fondamenti di Diritto Commerciale, Società di capitali*, a cura di A. Gambino, Giappichelli, Torino, II, 2007, p. 85 ss.

(18) E' opinione consolidata che gli amministratori, pur a seguito della deliberazione assembleare, conservino comunque piena libertà valutativa e piena responsabilità, nei confronti della società, in ordine all'effettivo compimento dell'operazione; cfr., in tema, ASSONIME, circolare n. 37 del 2004, cit., p. 8.

(19) Cfr. P. ABBADESSA - A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea*, cit., p. 291; sul punto, cfr. F. D'ALESSANDRO, *Gestione dell'impresa e rapporti tra assemblea e amministratori*, cit., p. 724, il quale ritiene che la prescrizione statutaria dell'autorizzazione assembleare sottrae all'ambito di competenza degli amministratori l'atto per cui non sia stata sollecitata o sia stata negata la medesima autorizzazione, cosicché, in caso di compimento dell'atto da parte di un amministratore, questi risponderà non per *mala gestio*, ma per aver esercitato un potere che non aveva.

(20) Cfr. F. DI GIROLAMO, *I Compliance Programs: un tema di governo societario da svolgere a cura dell'assemblea?*, in *Riv. soc.*, 2008, pp. 964-965, il quale sostiene che – ferma la responsabilità degli amministratori per gli atti compiuti e considerato che qualora essi agiscano prescindendo dall'autorizzazione assembleare potrebbero essere revocati per giusta causa o citati in giudizio a titolo risarcitorio per il danno eventualmente prodotto alla società, nonché tenuto conto di imprescindibili esigenze di tutela dei terzi – l'atto compiuto dagli amministratori, nonostante il diniego dell'autorizzazione assembleare, resta in ogni caso valido ed efficace, giocando semmai solo sul piano *endosocietario* e non anche su quello *esosocietario*,

COMMENTI A SENTENZE

ASSEMBLEA: COMPETENZE GESTORIE

L'intervento dell'assemblea è, dunque, necessario affinché gli amministratori possano compiere l'atto oggetto dell'autorizzazione senza violare il dovere di adempiere ad una precisa clausola dello statuto, senza incorrere per questo in una giusta causa di revoca o in un'ipotesi di responsabilità per i danni conseguenti all'operazione compiuta²¹.

In tale contesto, tuttavia, appare ragionevole ritenere che, qualora sia necessario agire d'urgenza, la preventiva autorizzazione assembleare possa essere temporaneamente superata. In questo caso, però, gli amministratori dovranno convocare quanto prima l'assemblea per la ratifica dell'operazione, motivando il loro operato nell'interesse della società. Al di fuori dei casi di urgenza, la mancata autorizzazione assembleare legittima in qualche modo gli amministratori ad agire lo stesso, compiendo l'operazione, solo nel caso in cui ciò sia necessario ad evitare un imminente pregiudizio alla società.

Allo stesso modo deve ritenersi che gli amministratori che disattendono l'intervenuta autorizzazione assembleare dovranno giustificare la loro scelta o la loro diversa condotta operativa attraverso una delibera motivata, quando gli amministratori adducano ad intervenute circostanze che abbiano determinato una modifica nel merito della decisione o, più in generale, qualora ritengano che l'operazione sia pregiudizievole per la società²².

come, analogamente ed a maggior ragione, deve ritenersi per l'atto autorizzato dall'assemblea, ma non compiuto dagli amministratori.

(21) In argomento, si veda, G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit. p. 25 ss., secondo cui viene molto sottovalutato il significato da attribuire al potere autorizzatorio concesso per legge o per statuto all'assemblea dei soci, visto che la negazione dell'autorizzazione assembleare configura di fatto un divieto a carico degli amministratori (*Vetorecht*) di compiere l'operazione per la quale era stata richiesta l'autorizzazione e, quindi, quest'ultima – comportando una penetrante ingerenza in senso ostativo al potere gestorio dell'organo amministrativo – va ben oltre un profilo meramente integrativo del potere di gestione. Al contempo, sostiene l'Autore, gli amministratori non sono vincolati a porre in essere l'operazione nel caso di concessione dell'autorizzazione assembleare.

(22) Cfr. P. ABBADESSA - A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea*, cit., p. 293 ss., in cui l'autore afferma che «il principio di piena responsabilità e competenza degli amministratori in materia di gestione, ben difficilmente potrebbe conciliarsi con una soluzione che precluda agli amministratori di riesaminare l'operazione anche dopo l'autorizzazione assembleare, valutando in ogni momento – e fino all'intervenuta esecuzione – la sua conformità all'interesse sociale»; e, in questa direzione, V. PINTO, *Brevi osservazioni in tema di deliberazioni assembleari e gestione dell'impresa nella società per azioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, p. 446; F. PASQUARIELLO, *Sub art. 2364-2366*, in *Il nuovo diritto delle società. Commentario sistematico*, a cura di A. Maffei Alberti, I, cit., p. 445; A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 252 ss.

COMMENTI A SENTENZE

ASSEMBLEA: COMPETENZE GESTORIE

L'art. 2364 n. 5 fa generico riferimento ad "autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori". La norma non chiarisce quale sia l'ampiezza dell'autonomia statutaria al riguardo; occorre, dunque, individuare se vi siano limiti alla previsione statutaria di una preventiva autorizzazione assembleare per il compimento di atti degli amministratori. Sembra preferibile ritenere che la preventiva autorizzazione dell'assemblea non possa essere richiesta per la gestione corrente dell'impresa sociale, vale a dire per quel complesso di atti che ricadono nella routine amministrativa della società e che presentano, per tipo e caratteristiche dell'attività svolta, connotati di frequenza o di urgenza tali da non consentire, senza pregiudizio per la funzionalità dell'impresa, l'attesa dei tempi di convocazione di un'assemblea. Al riguardo, è preferibile che lo statuto, nel richiedere la preventiva autorizzazione dell'assemblea, faccia riferimento ad atti o operazioni specificatamente individuati: una clausola eccessivamente generica ovvero un'elencazione omnicomprensiva rischierebbero di risolversi in un'elusione del precetto normativo.

5. Il ruolo dell'assemblea in casi particolari di *governante*

Accanto al quadro delle competenze in ambito gestorio dell'assemblea sino ad ora delineato vi sono due situazioni particolari che meritano di essere ancora esaminate. La prima riguarda l'ambito delle società per azioni che, ai sensi degli artt. 2497 e ss. c.c., sono soggette a direzione e coordinamento ovvero appartengono ad un gruppo di società. La seconda fa riferimento alle società, per lo più in mano pubblica, soggette a controllo analogo da parte dell'azionista di maggioranza o dell'eventuale socio unico, il cui riferimento normativo è contenuto nell'ambito del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (D. Lgs. 18 agosto 2000 n. 267).

5.1. L'assemblea nelle società soggette a "direzione e coordinamento"

In caso di società soggette a direzione e coordinamento di altra società ovvero appartenenti ad un gruppo di società ai sensi degli artt. 2497 e ss. c.c., se a livello normativo si riconosce l'esercizio di funzioni gestorie da parte di un soggetto esterno (la controllante) e si avalla – fuori dalle ipotesi del controllo societario – l'alienazione contrattuale dei poteri di direzione e coordinamento (art. 2497-septies c.c.), in questo ambito deve considerarsi a maggior ragione valida un'ingerenza nella gestione da parte

In argomento, cfr., altresì, M. SCIUTO - P. SPADA, *Il tipo della società per azioni*, cit., p. 64, in cui l'autore ha sostenuto che «l'esercizio dei compiti autorizzatori da parte dell'assemblea – concessa o negata che sia l'autorizzazione – non giova comunque agli amministratori (cfr. art. 2364, n. 5), non li esonera da responsabilità neppure verso la società. Scelta, quest'ultima, che trova, probabilmente, la sua ragione sistematica nella legittimazione del/i socio/i che ha/hanno una quota azionaria ragguagliata a date aliquote del capitale sociale ad esercitare individualmente l'azione sociale di responsabilità – art. 2393-bis c.c.».

COMMENTI A SENTENZE

ASSEMBLEA: COMPETENZE GESTORIE

dell'assemblea della società soggetta a direzione e coordinamento²³, che può assumere competenze gestorie più o meno ampie, che vengono a costituire e rappresentare un modello di governance societaria diverso da quello sopra descritto²⁴.

Nei gruppi di società restano ferme in capo al consiglio di amministrazione le competenze proprie, nell'ambito dell'oggetto e dello scopo sociale, in ordine alla gestione della società soggetta all'altrui direzione e coordinamento, salvi i poteri riservati all'assemblea dalla legge e dallo statuto. A tale riguardo, occorre tuttavia evidenziare come, nella prassi consolidata delle società soggette a direzione e coordinamento, l'assemblea si veda spesso attribuiti dallo statuto una serie di poteri autorizzativi degli atti degli amministratori quali, tra gli altri, l'approvazione del piano industriale, del piano finanziario, del documento riportante gli orientamenti generali sulla politica e gestione aziendale, del budget annuale, del programma economico triennale, nonché del piano triennale degli investimenti, al fine di consentire al Consiglio di adottare, conseguita tale autorizzazione, tutti gli atti necessari per l'esecuzione dei documenti stessi.

L'assemblea potrà altresì impartire direttive ed indirizzi, definire atti programmatici e/o assegnare obiettivi gestionali ed operativi all'organo amministrativo²⁵.

(23) Vedi, in argomento, S.A. CERRATO, *Il ruolo dell'assemblea nella gestione dell'impresa*, cit., p. 141 (nt. 31), 147.

(24) La previsione di una disciplina generale in materia di gruppi di società rappresenta una delle principali innovazioni introdotte dal D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6. La gestione accentrata di un'impresa economicamente unitaria, ma articolata in più soggetti giuridicamente autonomi, in cui si sostanzia il fenomeno del gruppo, ha posto da sempre la questione della tutela degli interessi dei soci e dei creditori delle società controllate. Proprio il profilo della responsabilità della società controllante per i danni causati alle società controllate costituisce il fulcro delle norme del codice civile dedicate alla direzione e coordinamento di società (artt. 2497-2497 septies). Innanzitutto è stata prevista un'ipotesi di responsabilità diretta della società capogruppo (holding) nei confronti dei soci e dei creditori della società controllata in caso di violazione dei principi della corretta amministrazione e gestione nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento (art. 2497). È stato poi previsto un regime specifico di pubblicità volto a dare trasparenza all'impresa di gruppo, attraverso l'indicazione, negli atti e nella corrispondenza delle società controllate, della soggezione all'attività di direzione e coordinamento (art. 2497 bis) e ai processi decisionali interni al gruppo, attraverso la previsione di un obbligo di motivazione analitica delle decisioni influenzate dalla capogruppo (art. 2497 ter).

(25) Al contempo, nelle società soggette a direzione e coordinamento l'organo amministrativo è spesso tenuto, per espressa previsione statutaria, a sottoporre all'assemblea una relazione previsionale annuale contenente le linee guida del piano industriale e di budget per l'anno successivo, con specificazione dei costi e degli investimenti preventivati e con valutazione degli obiettivi imprenditoriali in termini di coerenza con l'oggetto sociale, informando periodicamente la stessa sui fatti rilevanti concernenti l'esecuzione della relazione previsionale.

COMMENTI A SENTENZE

ASSEMBLEA: COMPETENZE GESTORIE

In tale ambito, nel caso di mancata o difforme esecuzione degli atti rispetto all'autorizzazione assembleare, o, più in generale, di mancata attuazione degli indirizzi od obiettivi assegnati, i soci potranno richiedere l'immediata convocazione dell'assemblea, ai sensi dell'art. 2367 c.c., affinché siano adottati i provvedimenti ritenuti più opportuni nell'interesse della società, potendosi configurare, in taluni casi, una giusta causa di revoca degli amministratori, specie quando gli stessi non abbiano adeguatamente motivato nella delibera la scelta di un diverso percorso rispetto all'atto autorizzativo o all'indirizzo assembleare.

In conseguenza di quanto detto è da ritenersi ammissibile nell'ambito della direzione e coordinamento di società che gli amministratori della società controllata – così come implicitamente riconosciuto dall'art. 2497-ter c.c. – ricevano disposizioni, indirizzi od orientamenti dal socio di controllo che può legittimamente emanare conseguenti direttive in sede assembleare, con la sola responsabilità dell'eventuale pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale e all'integrità del patrimonio della società controllata²⁶.

5.2. Le competenze assembleari in caso di “controllo analogo”

Occorre altresì considerare le competenze che l'assemblea può assumere nel caso di società in mano pubblica, nell'ambito delle quali la prassi societaria ha attribuito all'organo assembleare sempre maggiori competenze in materia gestionale, specie quando tali società sono soggette a “controllo analogo” da parte dell'azionista di maggioranza o del socio unico²⁷.

(26) In questi termini, cfr. R. TORINO, *Tutela in via d'urgenza di pattuizioni parasociali e gestione dell'impresa sociale*, nota a Trib. Modena 2 dicembre 2010, in *Società*, 2011, p. 838.

(27) La disciplina del controllo analogo è contenuta, nell'ambito della normativa nazionale, nel Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (D. Lgs. 267/2000 e ss. mm. ii.) che, all'art. 113, prevede che «qualora sia separata dall'attività di erogazione dei servizi, per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali gli enti locali, anche in forma associata, si avvalgono: (...) di soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico, cui può essere affidata direttamente tale attività, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano» (...). L'istituto dell'“*in house providing*” viene utilizzato dagli organismi di diritto pubblico per la gestione diretta di servizi. Le pubbliche amministrazioni, quindi, possono gestire, direttamente o tramite società da esse controllate, i servizi pubblici senza espletare la classica gara ad evidenza pubblica. I criteri cumulativi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria atti a giustificare la sottrazione di un servizio all'ambito di operatività delle regole dell'evidenza pubblica sono: a) la circostanza che l'affidamento abbia luogo in favore di soggetti che, sebbene giuridicamente distinti dall'amministrazione aggiudicatrice, costituiscano elementi del sistema che a tale amministrazione fanno capo, essendo soggetti a “controllo analogo”, ovvero ad un controllo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi

COMMENTI A SENTENZE

ASSEMBLEA: COMPETENZE GESTORIE

Nella prassi accade di frequente che tali società – specie se a socio unico – si dotino di un codice di comportamento che regola i rapporti tra la società stessa e l'azionista, nonché di un codice di *corporate governance* che disciplina il governo della medesima, con annessi regolamenti dell'assemblea e del consiglio di amministrazione.

Accanto a ciò, va sottolineato che le norme statutarie delle società soggette a controllo analogo e delle loro eventuali società interamente controllate devono essere tali da consentire l'esercizio su di esse del controllo analogo da parte del socio unico o di maggioranza, nei confronti del quale la società controllata è spesso soggetta, nella prassi, ad obblighi di invio, generalmente trimestrali, di informazioni sulle attività svolte, sui loro costi e ricavi, nonché sui rapporti di controllo della società medesima con altri soggetti.

In generale, si può rilevare che, nelle società soggette a controllo analogo, l'autonomia statutaria spesso riserva all'assemblea una serie di decisioni che vanno ben al di là delle consuete competenze di legge, quali le decisioni di compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o una rilevante modifica dei diritti dei soci; le operazioni di fusione e di scissione; l'acquisto o la sottoscrizione di quote o azioni di altre società, costituite ex novo o già costituite; la concessione di finanziamenti o garanzie reali e personali per importi superiori a determinate soglie; la costituzione di nuove società; l'assunzione di nuove attività o di nuovi servizi o dismissione di attività o servizi già esercitati; l'approvazione del budget e del piano pluriennale degli investimenti; l'approvazione della situazione semestrale; l'approvazione dei disciplinari per la gestione dei servizi; l'assegnazione degli obiettivi agli amministratori; l'individuazione degli indirizzi strategici relativi alla gestione societaria; le determinazioni in ordine al piano delle assunzioni o delle riduzioni di personale²⁸.

ed uffici; b) il fatto che il destinatario dell'appalto svolga la parte più importante della propria attività con l'amministrazione o le amministrazioni che la controllano. In ragione della sussistenza di entrambi gli elementi, pertanto, l'ente *in house* non dovrebbe ritenersi terzo rispetto all'amministrazione appaltante (e controllante), bensì considerarsi come *longa manus* dell'amministrazione stessa, condizione che, per essere soddisfatta, deve contenere un elemento necessario: il capitale sociale dell'affidataria *in house* deve essere totalmente pubblico. La presenza del partner privato nella compagine sociale, infatti, introdurrebbe potenziali interessi inconciliabili con il pieno disimpegno del potere di intervento e direzione del socio pubblico, necessario affinché possa configurarsi il requisito del controllo analogo.

(28) Il controllo analogo, pertanto, fa riferimento ad un rapporto che determina da parte dell'amministrazione controllante un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, che non possiede alcuna autonomia decisionale in relazione ai più importanti atti di gestione e che si configura come un'entità distinta solo

COMMENTI A SENTENZE

ASSEMBLEA: COMPETENZE GESTORIE

Allo stesso modo, nella prassi consolidata delle società soggette a controllo analogo, il consiglio di amministrazione è tenuto, in genere, a sottoporre all'autorizzazione preventiva dell'assemblea, ai sensi dell'art. 2364, 1° co., n. 5 c.c., l'esecuzione di una serie di atti, quali, a titolo esemplificativo e non tassativo, gli acquisti e le cessioni di immobili, di impianti, di aziende o di rami d'azienda e gli affitti di rami d'azienda; la stipula di convenzioni con soggetti diversi dai soci; l'individuazione dei criteri di determinazione di tariffe e prezzi di ordine generale per la prestazione delle attività rientranti nell'oggetto sociale, fermi gli obblighi di legge al riguardo; le operazioni che comportino un impegno finanziario di valore superiore ad una certa soglia del patrimonio netto; il gradimento al trasferimento di azioni; l'emissione di obbligazioni; le acquisizioni e le dismissioni di partecipazioni più o meno rilevanti; la costituzione di patrimoni destinati ad uno specifico affare; le operazioni finanziarie di natura straordinaria, quali, mutui, consolidamenti di debiti ed altre operazioni di finanza straordinaria; le determinazioni in ordine alle assunzioni del

formalmente dall'amministrazione, ma che in concreto continua a costituire parte della stessa, in particolare rispondendo ai seguenti principi:

- il consiglio di amministrazione della società *in house* non deve avere rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale;
- l'impresa non deve aver acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che può risultare, tra l'altro, dall'ampliamento dell'oggetto sociale, dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali, dall'espansione territoriale dell'attività della società stessa a tutto il territorio nazionale e all'estero;
- le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante.

Giurisprudenza comunitaria e nazionale, in ragione di quanto detto, sono giunte alla conclusione che, quindi, non possa configurarsi il controllo analogo ove lo statuto conferisca al consiglio di amministrazione della società *in house* poteri teoricamente illimitati, senza che l'ente pubblico possa influirvi. Allo stesso tempo non appare sufficiente che all'amministrazione aggiudicatrice siano attribuiti i poteri tipici di cui dispone il socio di maggioranza, secondo le regole proprie del diritto societario, in quanto questi non consentirebbero di esercitare un'influenza determinante né sugli obiettivi strategici, né sulle decisioni importanti della società affidataria (Corte di Giustizia, sentenza 11.1.2005 c. 26/2003; Consiglio di Stato, sez. VI, n. 168/2005). Pertanto, solo ove sussistano entrambi i requisiti di cui si è detto potrebbe procedersi all'affidamento diretto nei confronti della controllata senza incorrere in violazione delle norme comunitarie.

Si veda in argomento, per un'ampia rassegna, R. OCCHILUPO, *Le società in house*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 525 ss.; e per alcuni dubbi sulla tenuta del nuovo modello societario di diritto comune, alla luce delle novità introdotte dalla riforma societaria del 2003, rispetto agli scopi perseguiti in tema di controllo analogo dalla legislazione speciale, cfr., F. GUERRERA, *Le società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, in *Società*, 2005, p. 681 ss.

COMMENTI A SENTENZE

ASSEMBLEA: COMPETENZE GESTORIE

personale al di fuori del semplice *turn over*; l'attuazione di piani industriali approvati dal consiglio di amministrazione; la nomina dell'amministratore delegato ed il relativo conferimento di poteri, nel rispetto delle normative vigenti in materia; la nomina del direttore generale e la relativa attribuzione di funzioni; l'erogazione di *fringe-benefit* a dipendenti ed amministratori.

In tale ambito è da ritenersi ammissibile, da un lato, che l'assemblea possa compiere, oltre agli atti riservati alla sua competenza dalla legge o dallo statuto, ivi compresi quelli autorizzatori di atti degli amministratori ai sensi dell'art. 2364, n. 5, anche quelli che vengano sottoposti al suo esame dagli stessi amministratori, dall'altro, che gli stessi amministratori, nel corso dell'esercizio, si possano trovare a dover compiere – per esigenze operative – alcuni degli atti soggetti ad autorizzazione assembleare (si pensi, ad esempio, all'acquisto di un immobile o di un impianto, o alla stipula di una convenzione per l'erogazione di un servizio, o all'accensione di un mutuo) che vengono poi sottoposti a ratifica nella prima assemblea utile.

Laddove, invece, non vengano attribuite statutariamente all'assemblea le funzioni sopra rappresentate, l'esercizio del controllo analogo imporrebbe comunque allo statuto di prevedere poteri assembleari di indirizzo, vincolanti per il consiglio di amministrazione, su determinati oggetti, quali, il piano degli investimenti, i piani programmatici pluriennali, il piano industriale ed i connessi documenti programmatici.

6. L'ingerenza gestoria dell'assemblea in caso di pattuizioni parasociali

Diffusa nella prassi societaria è la stipula di patti parasociali o patti di sindacato, ovvero di accordi attraverso i quali due o più soci si impegnano a comportarsi in un determinato modo nelle attività aziendali, per esempio nell'espressione del voto durante l'assemblea societaria. Tale modalità di controllo societario, molto estesa, ha la funzione di accentrare di fatto il potere nelle mani di un gruppo ristretto di azionisti, spesso a loro volta imprenditori, che, con i patti, disciplinano forme di collaborazione nell'esercizio dell'attività di impresa esercitata per il tramite della società da loro partecipata. Sotto questo profilo occorre ancora una volta stabilire se il principio di esclusiva competenza degli amministratori per la gestione dell'impresa sociale espresso dall'art. 2380-bis c.c. sia principio inderogabile dell'ordinamento societario, in quanto tale incompressibile da parte di qualsivoglia pattuizione parasociale stipulata ai sensi dell'art. 2341-bis c.c.²⁹.

(29) Ai sensi del primo comma dell'art. 2341-bis c.c. rientrano nell'ambito di applicazione della normativa societaria i patti, in qualunque forma stipulati, che al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o la *governance* della società: a) hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società per azioni o nelle società che le controllano (cc.dd. sindacati di voto); b) pongono limiti al trasferimento delle relative azioni o delle partecipazioni in società che le controllano (cc.dd. sindacati di blocco); c) hanno per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società (cc.dd. sindacati di concertazione). I patti di sindacato, possono essere dunque di diverse tipologie, a seconda del vincolo stabilito tra gli azionisti: per

COMMENTI A SENTENZE

ASSEMBLEA: COMPETENZE GESTORIE

La circostanza che l'art. 2341-bis si riferisca al voto *tout court* e non specificatamente al voto in assemblea porta a poter considerare comunque rientranti nella fattispecie esaminata anche i cc.dd. “*sindacati di gestione*”³⁰ nei quali i soci si impegnano a fare in modo che gli amministratori nominati grazie ai loro voti, in virtù del particolare rapporto fiduciario che li lega alla proprietà, si conformino (e quindi votino nell'ambito dell'organo amministrativo) alle decisioni relative alla gestione sociale prese dai contraenti il patto parasociale ovvero uniformino la propria condotta gestoria alle loro pattuizioni³¹. Non pare infatti si possa dubitare sul fatto che questi

esempio, il sindacato di voto impegna gli azionisti del patto a votare in una determinata maniera o a non votare affatto in certe circostanze, con lo scopo di esercitare meglio il controllo sulla società, mentre il sindacato di blocco è un patto tra gli azionisti che vincola il trasferimento di quote di azioni, impedendo a un socio di vendere il proprio pacchetto azionario, per evitare che le azioni della società siano acquistate da soci non graditi alla maggioranza di controllo. I sindacati di concertazione fanno, invece, riferimento agli accordi che hanno per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante sulla società: questa disposizione è stata predisposta per andare ad incidere anche su quelle situazioni particolari che, pur influenzando la governance e gli assetti proprietari delle società per azioni, fuoriescono dai tipi di patti prima evidenziati.

Sull'individuazione dei patti sottoposti alla disciplina di cui all'art. 2341-bis c.c., cfr., G. SBISÀ, *sub art. 2341-bis*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Zanichelli, Bologna, 2006, p. 218 ss; V. DONATIVI, *sub art. 2341-bis*, in *Società di capitali. Commentario*, cit., p. 157 ss.; P. FIORIO, *sub art. 2341-bis*, in *Il nuovo diritto societario, Commentario*, cit., p. 142 ss.

(30) Nella prassi diffusa delle società per azioni, nei sindacati di gestione l'impegno dei soci è assicurato dall'intestazione delle azioni sindacate ad una società fiduciaria: le azioni dei soci pattisti vengono pertanto vincolate, in tutto o in parte, nel sindacato azionario in quanto intestate fiduciariamente ad una società presso la cui sede vengono depositate le azioni e alla quale viene conferito mandato per l'amministrazione delle azioni stesse e per l'esercizio dei relativi diritti. La gestione del sindacato è in genere affidata ad un Comitato direttivo, composto dai rappresentanti di tutti i soci pattisti, che si riunisce per iniziativa del suo presidente e, comunque, in occasione di ogni assemblea ordinaria e/o straordinaria della società. Le deliberazioni del Comitato direttivo sono poi eseguite a cura del Presidente, che provvede a trasmettere alla società fiduciaria le istruzioni necessarie per l'esercizio dei diritti e delle facoltà inerenti alle azioni ad essa fiduciariamente intestate per conto dei partecipanti (voto nelle assemblee ordinarie e straordinarie della società, distribuzione dei dividendi, ecc.).

(31) Si veda, sul punto, la decisione del Trib. Modena 2 dicembre 2010, in *Società*, 2011, p. 831 ss. (con nota di R. TORINO, *Tutela in via d'urgenza di pattuizioni parasociali*, cit.), il quale ha sostenuto che i patti parasociali sono invalidi qualora contrastino con norme o principi inderogabili dell'ordinamento societario, quali sono quelli espressi dal primo comma dell'art. 2380 bis c.c. che attribuisce esclusivamente agli amministratori la gestione dell'impresa sociale. In tema di sindacati di gestione e, in particolare, sulla loro presunta inconciliabilità con il principio enunciato dall'art. 2380-bis c.c., S.A. CERRATO, *Il ruolo dell'assemblea nella gestione*

COMMENTI A SENTENZE

ASSEMBLEA: COMPETENZE GESTORIE

accordi – finalizzati ad assicurare alla partecipata una continuità ed uniformità di indirizzo nella gestione – incidano in maniera marcata sul governo della società, rientrando quindi pienamente nella *ratio* dell'articolo 2341-bis.

I sindacati di gestione – la cui intenzione dei partecipanti è dunque quella di garantire alla società indirizzi operativi ben definiti e corretti sul piano tecnico per un più efficace perseguimento dei fini sociali – vengono costituiti, in genere, nella prassi societaria, per assicurare ai soci pattisti la designazione, per quanto di competenza delle azioni sindacate, delle persone che verranno chiamate a ricoprire le cariche sociali (consiglieri di amministrazione delegati e non, sindaci, direttori generali), il monitoraggio e la valutazione in sede assembleare dei risultati infrannuali ed annuali della società, l'esame della politica dei nuovi investimenti nonché delle proposte relative all'acquisto o al realizzo di partecipazioni o di altri beni patrimoniali di rilevante entità, l'esame delle proposte di variazione dello statuto e, in genere, delle proposte su argomenti di competenza dell'assemblea dei soci, sia in sede ordinaria che straordinaria.

Vi sono anche tipologie di patti di sindacato (di gestione) i cui soci pattisti si limitano a svolgere un'attività di direzione e coordinamento della società da loro partecipata (cc.dd. *holding*) contribuendo alla gestione dell'impresa, nelle forme e nei limiti previsti dal patto, ad esempio, attraverso la definizione condivisa del *business plan* della società e/o delle decisioni strategiche³² e, accanto a questi accordi – con particolare riferimento ai cc.dd. “*sindacati di concertazione*” ex art. 2341-bis, 1° co., lett. c) e alla relativa “influenza dominante” esplicitata attraverso essi dai soci – si possono osservare alcune tipologie di intese con cui gli aderenti determinano obiettivi, programmi, progetti, risultati verso cui far dirigere l'azione della società, la quale viene

dell'impresa, cit., p. 142 (nt. 32), ha osservato, come «i patti che, nel rispetto delle finalità indicate dall'art. 2341 *bis* c.c., prevedano la formulazione di pareri, non vincolanti per gli amministratori, ovvero che impegnino gli aderenti a fare in modo che le decisioni assunte siano recepite dall'organo amministrativo non interferiscono con l'art. 2380 *bis* c.c., poiché né gli uni né gli altri obbligano l'organo amministrativo ad un determinato comportamento, mentre, oggi come in passato, non sembra sia in discussione l'illegittimità degli accordi che invece impegnino gli amministratori a dare esecuzione alle direttive dei paciscenti».

(32) Si pensi al caso delle società miste nelle quali vi è un partenariato pubblico-privato o pubblico-pubblico (Stato-Regione, Comune-Provincia, ecc.) in cui i due soci – partecipanti pariteticamente alla società – oltre a riservarsi la condivisione delle linee strategiche e/o la definizione dei *business plan* aziendali, si attribuiscono con il patto l'uno la designazione dell'amministratore delegato e l'altro la maggioranza dei componenti il Consiglio.

In argomento, cfr. M. PINTO, *La ratio del limite di durata dei patti parasociali a tempo determinato e l'art. 2341-bis, ultimo comma, c.c.*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 1030.

COMMENTI A SENTENZE

ASSEMBLEA: COMPETENZE GESTORIE

poi in concreto indirizzata attraverso accordi di voto in assemblea o mediante semplici direttive o con altri atti di impulso agli organi societari ³³.

7. Le competenze gestorie dell'assemblea in mancanza di espressa previsione di legge o statutaria

Occorre a questo punto analizzare se – in assenza di espresse previsioni di legge o di statuto – vi sono situazioni in cui si dovrebbe, comunque, richiedere la pronuncia degli azionisti, anche su materie inerenti a singole operazioni gestionali.

E' possibile infatti individuare nella prassi societaria una serie di atti ed operazioni che possono incidere più o meno gravemente su interessi e situazioni giuridiche riferibili alla collettività dei soci, in quanto volte ad alterare in maniera significativa la struttura patrimoniale ed organizzativa della società o ad esporre il patrimonio a rischi atipici o difforni da quelli originariamente assunti, attività per le quali, dunque, una condotta autonoma degli amministratori, senza coinvolgimento assembleare, potrebbe non trovare fondamento e determinare un'integrale assunzione del rischio da parte degli amministratori. Tra tali attività e operazioni sicuramente possono farsi rientrare la cessione dell'intera azienda quando finalizzata alla messa in liquidazione della società; la dismissione del controllo delle società operative che rappresentino la totalità o quasi del patrimonio sociale; la costituzione di società interamente controllate, nonché l'acquisizione e cessione di titoli di partecipazione in società interamente controllate; le operazioni di investimento delle disponibilità societarie in iniziative atipiche; il radicale e brusco abbandono di mercati consolidati; l'esercizio del diritto di voto nelle società controllate – quando le partecipazioni in esse possedute costituiscano la totalità o quasi del patrimonio complessivo della società controllante – in relazione a decisioni come la modifica dell'oggetto sociale, l'aumento di capitale con esclusione del diritto di opzione o lo scioglimento anticipato ³⁴.

(33) Cfr. negli stessi termini, L. AMATI, *I patti parasociali: genesi, evoluzione e aspetti operativi*, in *Diritto e Pratica delle Società*, 2009, p. 91.

Esistono oltremodo nella prassi societaria alcune pattuizioni parasociali in base alle quali uno o più soggetti partecipanti all'accordo svolgono attività di natura essenzialmente finanziaria nell'ambito di un progetto imprenditoriale condiviso tra i parasoci, in cui accanto a *partners* che si impegnano a effettuare determinate prestazioni di carattere industriale o commerciale vi sono soggetti che appunto provvedono al sostegno finanziario dell'impresa: spesso, a fronte della concessione di determinati impegni di finanziamento, viene attribuito al socio finanziatore il diritto di designare, ad esempio, alcuni membri del consiglio di amministrazione della società finanziata o di partecipare all'approvazione dei *business plan* aziendali: cfr., sul punto, M. PINTO, *La ratio del limite di durata dei patti parasociali*, cit., pp. 1029-1030.

(34) Cfr., P. ABBADESSA - A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea*, cit., pp. 303-304.

COMMENTI A SENTENZE

ASSEMBLEA: COMPETENZE GESTORIE

Al di fuori di casi specifici – come quelli sopra elencati – è da ritenersi che gli amministratori, in quanto depositari del potere gestorio dell'impresa sociale, abbiano comunque la prerogativa di sollecitare il consenso dei soci per raccogliere le loro inclinazioni e soddisfare conseguentemente i loro interessi insieme a quelli della società³⁵.

Pertanto, pur non essendo oggi espressamente prevista dalla norma la possibilità per gli amministratori di sottoporre all'esame dell'assemblea oggetti attinenti alla gestione della società, è da ritenersi che ciò non impedisca agli amministratori stessi di convocare l'assemblea dei soci per l'analisi e la discussione di argomenti gestionali, sia per loro iniziativa, sia quando vi è una richiesta in tal senso da parte di una minoranza di soci ai sensi dell'art. 2367, comma 1, del codice civile³⁶. Al riguardo, si può affermare che l'assemblea, così convocata, potrà certamente approvare – con riferimento esclusivo alle materie poste formalmente all'ordine del giorno – raccomandazioni e pareri non vincolanti per gli amministratori che, in ogni caso, restano responsabili verso la società per i danni arrecati al patrimonio sociale conseguenti alle loro azioni e decisioni³⁷.

(35) Cfr. F. DI GIROLAMO, *I Compliance Programs: un tema di governo societario*, cit., p. 966. La facoltà degli amministratori di sollecitare il consenso dei soci per raccogliere le loro osservazioni e soddisfare le loro prerogative, rappresenta un orientamento che tende sempre più ad accreditarsi in dottrina, superando una lettura rigida dell'art. 2364, co. 1, n. 5, c.c.: cfr. C. MONTAGNANI, *sub art. 2364*, in *Società di capitali. Commentario*, cit., p. 455; P. ABBADESSA, *L'assemblea nella s.p.a.: competenza e procedimento*, cit., p. 544; A. DE NICOLA, *sub art. 2380-bis c.c.*, in *Amministratori. Commentario*, cit., p. 95.

(36) L'art. 2367 c.c., peraltro, chiarisce al terzo comma, che la convocazione su richiesta di soci non è ammessa per argomenti sui quali l'assemblea delibera, a norma di legge, su proposta degli amministratori o sulla base di un progetto o di una relazione predisposta dagli amministratori.

(37) Le assemblee rappresentano un'opportunità privilegiata per stabilire un dialogo proficuo tra soci e amministratori e costituiscono altresì un'occasione per la comunicazione agli azionisti di informazioni e notizie sulla società e, in particolare, sull'andamento della gestione. In tale quadro l'assemblea annuale di bilancio rappresenta una delle principali occasioni per il confronto fra gli azionisti ed il vertice di una società per azioni: nel corso dei lavori assembleari, all'esposizione sull'andamento della gestione svolta dal vertice, segue tradizionalmente un dibattito articolato in domande e risposte tra azionisti e management. In argomento, nel *Codice di Autodisciplina delle Società quotate*, cit., si rileva che alle assemblee, cui di norma partecipano tutti gli amministratori, il consiglio di amministrazione riferisce sull'attività svolta e programmata e si adopera per assicurare agli azionisti un'adeguata informativa circa gli elementi necessari perché essi possano assumere, con cognizione di causa, le decisioni di competenza assembleare. In tale contesto, il Comitato per la *corporate governance* delle società quotate auspica che, essendo l'assemblea un'occasione importante di confronto e di dialogo tra soci ed amministratori, questi ultimi siano presenti alle assemblee e che lo siano in particolare quelli che, per gli incarichi ricoperti nel consiglio o nei comitati, possano apportare un utile contributo alla discussione assembleare.

COMMENTI A SENTENZE

ASSEMBLEA: COMPETENZE GESTORIE

Gli amministratori, inoltre, essendo tenuti ad una condotta diligente e informata (artt. 2392 e 2381 c.c.) ed in ragione del rapporto fiduciario che quasi sempre li lega alla proprietà³⁸, dovranno congruamente motivare la propria scelta difforme dalla raccomandazione assembleare ed informare i soci nella prima circostanza utile e, qualora il parere dell'assemblea sia stato disatteso dagli amministratori senza una ragionevole motivazione, sussisterà nei loro confronti una responsabilità per i danni cagionati alla società ed una giusta causa di revoca qualora venga meno il rapporto fiduciario con gli azionisti, che resta imprescindibile, in quanto garante del rispetto delle posizioni di interesse che si appuntano naturalmente in capo ai soci, titolari ultimi dell'iniziativa economica e delle dotazioni patrimoniali e, dunque, destinatari ultimi dei risultati gestionali³⁹.

L'assemblea dei soci, ferme restando le proprie competenze di legge e statutarie, potrà intervenire, dunque, in tutte le situazioni afferenti alla gestione dell'impresa che vengano particolarmente ad incidere sui diritti di partecipazione e sugli interessi economico-patrimoniali degli azionisti, sul patrimonio della società, sulla struttura organizzativa aziendale e, l'ingerenza gestoria dei soci – e dunque dell'assemblea – è tanto più forte in quelle realtà societarie di grandi dimensioni ove una molteplicità di interessi eterogenei e la conseguente necessità di ponderazione rispetto ad alcune importanti decisioni da assumere, fanno sì che il controllo di fatto dell'impresa sociale sia nelle mani di azionisti-imprenditori che al contempo siedono e deliberano sia in seno all'assemblea che al consiglio di amministrazione. In tale contesto la sede principale od operativa delle grandi società diviene luogo dell'incontro e dello scontro tra i vari interessi coinvolti, in cui si vivono relazioni industriali fortemente contrapposte ed in cui il controllo societario e, dunque, della gestione dell'impresa è conteso tra soci-imprenditori e spesso ottenuto grazie a specifiche intese tra gli stessi⁴⁰.

(38) L'assetto proprietario di una società per azioni è da considerarsi come una variabile da analizzare tenendo conto della concentrazione azionaria (intesa come l'entità delle quote del capitale possedute dai principali azionisti dell'impresa sociale) e dell'identità dei soggetti che detengono le maggiori quote azionarie dell'impresa. La prima di tali componenti definisce il potere degli azionisti di influenzare le decisioni dell'impresa ed incentiva gli stessi a controllare il *management* aziendale; la seconda influenza il tipo di obiettivi e di risultati perseguiti dalla società.

(39) In tale ambito deve rilevarsi come, nella diffusa prassi societaria, è del tutto naturale la presenza di un certo numero di azionisti di rilievo, anche estranei al gruppo di comando, interessati a rendersi interlocutori degli amministratori nelle principali decisioni gestionali: cfr., in argomento, P. ABBADESSA - A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea*, cit., pp. 288-290, 292, 308; V. CALANDRA BUONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 538; S.A. CERRATO, *Il ruolo dell'assemblea nella gestione dell'impresa*, cit., p. 146 ss.

(40) Cfr., sul punto, M. SCIUTO - P. SPADA, *Il tipo della società per azioni*, cit., p. 65.

COMMENTI A SENTENZE

ASSEMBLEA: COMPETENZE GESTORIE

8. Conclusioni

Alla luce delle osservazioni sopra esposte, la ripartizione di competenze tra organo amministrativo ed assemblea operata dalla vigente disciplina societaria se, da un lato, non esclude il dovere degli amministratori di tenere informati i soci sull'andamento dell'attività sociale⁴¹, dall'altro, sicuramente non vieta all'assemblea di indirizzare agli amministratori raccomandazioni e agli amministratori di interpellare i soci, raccogliendone indicazioni e suggerimenti preziosi o di richiedere all'assemblea pareri, beninteso non vincolanti, determinando un dibattito assembleare che possa consentire loro una più ponderata decisione.

Si deve rilevare altresì che, al di là delle eventuali previsioni statutarie o parasociali che attribuiscono poteri gestori più o meno ampi all'assemblea, nella realtà propria delle società per azioni gli amministratori sono pur sempre assoggettati ai segnali e alle indicazioni provenienti dagli azionisti di riferimento che spesso manifestano la loro volontà di intervenire nella gestione dell'impresa proprio in ambito assembleare, fermo restando che le determinazioni assunte dall'organo di amministrazione, nell'ambito dei poteri a lui riservati per legge e per statuto, restano pur sempre frutto di un'autonomia decisionale intimamente connessa al regime di responsabilità per *mala gestio* cui sono sottoposti gli amministratori. Del resto, a sostegno di quanto detto, non si rinvengono nell'attuale ordinamento societario disposizioni normative che precludano *tout court* ai soci di impartire indirizzi e direttive agli amministratori, fermo restando il potere-dovere di quest'ultimi di agire secondo la prescritta diligenza professionale, e, quindi, di disattendere le direttive ricevute qualora ritengano che queste siano in contrasto con l'interesse sociale⁴².

Peraltro – è doveroso aggiungere – per i principi di diligenza e buona fede che regolano l'esecuzione del «mandato» amministrativo, gli amministratori, in presenza di una delibera assembleare non possono puramente e semplicemente non tenerne conto, ma saranno tenuti a considerarla attentamente ed a motivare l'eventuale scelta di un diverso percorso; con la conseguenza, di sicuro rilievo, che, qualora essi si discostino

(41) L'adeguata circolazione delle informazioni tra gli organi sociali è considerata dalla vigente normativa societaria una condizione essenziale alla realizzazione degli obiettivi di efficienza e correttezza della gestione e di efficacia dei controlli. In questa prospettiva di valorizzazione e consolidamento della componente informativa, la predisposizione di efficienti canali di comunicazione deve essere pertanto concepita come necessaria al fine di valorizzare i diversi livelli di responsabilità all'interno dell'organizzazione aziendale.

(42) In questi stessi termini, R. TORINO, *Tutela in via d'urgenza di pattuizioni parasociali*, cit., p. 838.

COMMENTI A SENTENZE

ASSEMBLEA: COMPETENZE GESTORIE

dalle decisioni assembleari, il grado di diligenza da essi prestata nell'adempimento dei loro doveri dovrà essere valutato con maggiore attenzione⁴³.

E' da sottolineare ancora al riguardo come il principio di esclusiva responsabilità degli amministratori per la gestione ex art. 2380-bis c.c. non confligge con la possibilità di riservare, in ambito gestorio, alcune sfere decisionali all'assemblea dei soci, dato che anche in questo caso resta fermo il potere-dovere degli amministratori di rifiutare l'esecuzione delle delibere illegittime o lesive dell'integrità patrimoniale⁴⁴.

Gli amministratori, dunque, possono affidare spontaneamente all'assemblea la decisione sul compimento di attività ad essi riservate. Prima di eseguire la delibera assembleare, però, l'organo amministrativo deve valutarne la legittimità, verificando la sussistenza dei requisiti di validità e valutando, in base a criteri di professionale diligenza ex art. 2392, co. 1, c.c., che essa non comprometta l'integrità del patrimonio sociale o non arrechi in generale danni alla società e/o ai terzi.

(43) Cfr., P. ABBADESSA, *L'assemblea nella s.p.a.*, cit., p. 544; A. BARTALENA, *Le competenze dell'assemblea*, in *Società*, 2005, p. 1097.

(44) In questo senso, P. ABBADESSA - A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea*, cit., p. 274.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

CONSOB

Procedimento sanzionatorio – Il *Regolamento sul procedimento sanzionatorio* della Consob, adottato con la Delibera n. 18750 del 19 dicembre 2013 (vds. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 1/2014 di questa *Rivista*), è stato pubblicato in *Gazzetta ufficiale* dell'8 gennaio 2014, n. 5.

Azioni a voto multiplo – La Consob ha diffuso il *Quaderno giuridico n. 5*, nel quale si approfondiscono “*La deviazione dal principio «un’azione-un voto» e le azioni a voto multiplo*”, esaminando “*i vantaggi e i costi che deriverebbero dall’introduzione nel nostro ordinamento delle azioni a voto plurimo*”, la quale dovrebbe essere affiancata da adeguati “*vincoli e da maggiori presidi a tutela dei soci di minoranza*”. Lo studio, pubblicato il 13 gennaio 2014, è interamente disponibile sul sito www.consob.it.

OIC

Aggiornamento principi contabili nazionali – L’Organismo Italiano di Contabilità ha avviato la consultazione sul principio contabile OIC 28, concernente *Il patrimonio netto*, nel quale sono poste in risalto la formazione e la variazione delle voci che costituiscono il “*capitale di pieno rischio*”.

Le osservazioni possono essere formulate sino al 17 febbraio 2014.

La bozza in consultazione è pubblicata sul sito www.fondazioneoic.eu.

GIURISPRUDENZA

Atti da annotare nel Registro delle imprese ed art. 2470 c.c. – Il Giudice del Registro delle imprese del Tribunale di Napoli ha stabilito che, stante la *ratio* sottesa all’art. 2470 c.c., destinato a “*regolamentare il conflitto tra più acquirenti di una quota di s.r.l. privilegiando quello che abbia iscritto per primo e che, tuttavia, sia in buona fede*”, non

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

rientra “*nel novero delle domande iscrivibili*” l’azione revocatoria di un conferimento promossa da un debitore del socio conferente. Viceversa, può esser trascritta la domanda di simulazione da questi proposta, essendo “*consentanea all’obiettivo di rendere ostensibile ai terzi le vicende del bene e, quindi, di possibili atti prodromici ad un suo successivo trasferimento*”.

Tribunale di Napoli, Giudice del Registro delle imprese, decreto del 15 ottobre 2013.

Rinuncia al diritto di opzione – Il Tribunale di Napoli ha precisato che “*la rinuncia o il mancato esercizio del diritto di opzione relativo all’aumento di capitale di una società non è suscettibile di revoca, ai sensi dell’art. 2901 c.c., al fine di consentire al creditore di sostituirsi al debitore nell’esercizio dell’opzione stessa*”; e ciò in quanto “*effetto della revoca è la declaratoria di inefficacia dell’atto revocato e il conseguente assoggettamento del bene oggetto della rinuncia all’azione esecutiva*”. Ragion per cui, in relazione ad una s.r.l., “*la revoca è subordinata alla dimostrazione che il diritto di opzione sia suscettibile di alienazione secondo la legge di circolazione delle quote stabilita dallo statuto sociale*”.

Tribunale di Napoli, provvedimento del 15 ottobre 2013.

Denuncia ex art. 2409 c.c. e legittimazione attiva – Non può esser accolto il ricorso presentato ai sensi dell’art. 2409 c.c. dal collegio sindacale di una s.p.a. in liquidazione che si sia dimesso il giorno antecedente al deposito della denuncia *de qua*, poiché – in tali circostanze – “*l’istanza è stata depositata da due soggetti decaduti e da uno solo in carica*”, non sostituito dai due sindaci supplenti, automaticamente subentrati. Inoltre, nel caso di specie, non vi è stata “*reiterazione della domanda da parte dei componenti dell’organo di controllo*” successivamente nominati dall’assemblea della società per azioni.

Tribunale di Napoli, ordinanza del 23 ottobre 2013.

Cancellazione dal Registro delle imprese – Il Giudice del Registro delle imprese del Tribunale di Napoli è recentemente intervenuto sul tema della cancellazione delle società e sui conseguenti sviluppi che ad essa possono, eventualmente, seguire.

In primis, la cancellazione d’ufficio prevista all’art. 3 del D.P.R. 23 luglio 2004, n. 247, per le società di persone non può trovare applicazione – si è affermato – in caso di società di capitali, “*neppure in via analogica*”; (Tribunale di Napoli, Giudice del Registro delle imprese, decreto del 7 novembre 2013).

In una seconda decisione, sulla scorta delle recenti sentenze a Sezioni Unite della Cassazione relative alla cd. cancellazione della cancellazione dal Registro delle imprese (vds. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 6/2013 di questa *Rivista*), si è precisato che “*una volta intervenuta la cancellazione [...] la prova contraria rispetto*

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

all'estinzione della società non può vertere più sul solo dato statico della pendenza di rapporti non ancora definiti facenti capo alla medesima società”, bensì occorre “la prova di un fatto dinamico: cioè che la società abbia continuato in realtà ad operare – e dunque ad esistere – pur dopo l'avvenuta cancellazione dal Registro”. Sicché, “la questione della presunta falsità dei bilanci non può costituire elemento fondante la revoca da parte del Giudice del Registro di una cancellazione apparentemente corretta”; (Tribunale di Napoli, Giudice del Registro delle imprese, decreto del 5 novembre 2013).

Infine, in una di poco successiva decisione, il Giudice ha rigettato il ricorso promosso dai soci di una s.r.l. finalizzato ad ottenere “*la cancellazione d'ufficio dell'iscrizione della revoca della cancellazione della società*”, in quanto, egli “*esercita il solo controllo di legittimità formale dell'atto della cui iscrizione si tratta [nel caso di specie, il decreto di revoca della cancellazione, n.d.r.] con esclusione d'indagine sulla legittimità sostanziale*”. Pertanto, essendo stata eseguita la cancellazione della cancellazione “*conformemente (e ritualmente) rispetto a quanto previsto dagli artt. 2191 c.c. e 17, 2° co., D.P.R. 581/1995*”, non sussistono i presupposti per revocare quest'ultimo provvedimento; (Tribunale di Napoli, Giudice del Registro delle imprese, decreto del 14 novembre 2013).

Fallimento di una società in house providing – Per il Tribunale di Verona, una società *in house providing*, per la quale ricorrano tutti i requisiti indicati dalle Sezioni Unite nella sentenza del 25 novembre 2013, n. 26283 (vds. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 1/2014 di questa *Rivista*), è totalmente riconducibile “*alla struttura degli enti pubblici partecipanti*”. Conseguentemente, ai sensi dell'art. 1, 1° co., L.F., deve respingersi l'istanza per la dichiarazione di fallimento presentata dalla società stessa.

La decisione del Tribunale di Verona del 19 dicembre 2013 è consultabile sul sito www.ilcaso.it.

Società cancellata e legittimazione processuale del liquidatore – La Corte di Cassazione ha chiarito che “*la domanda giudiziale introdotta dal liquidatore di una società di capitali cancellata dal Registro delle imprese è improponibile*”, aggiungendo, nondimeno, che “*in virtù del principio costituzionale del diritto alla difesa, posto che un soggetto venga attinto da un provvedimento in astratto pregiudizievole, in proprio o nella qualità di legale rappresentante di un ente ormai inesistente – come accaduto nel caso di specie – qualunque atto che costituisca opposizione nell'ambito dell'esercizio del diritto medesimo, non può essergli denegato*”.

La sentenza della Corte di Cassazione del 17 dicembre 2013, n. 28187, è disponibile sul sito www.ilcaso.it.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

Omessa comunicazione del conflitto di interessi – Non concorrono nel reato di cui all’art. 2629 *bis* c.c. – che punisce, tra gli altri, l’amministratore di un istituto di credito che violi gli obblighi di cui all’art. 2391, 1° co., c.c., cagionando un danno alla società o ai terzi – gli altri amministratori ed i sindaci che, sebbene consapevoli del conflitto di interessi in cui si trovava l’amministratore, non ne hanno impedito la partecipazione alle delibere consiliari. Per la Suprema Corte, invero, “*il mero atteggiamento passivo degli altri amministratori o dei sindaci interviene come fatto susseguente ed in sé non rappresentativo di un sostegno anche solo di carattere morale alla violazione*” commessa dall’amministratore in conflitto.

Corte di Cassazione penale, 8 gennaio 2014, n. 563.

Bancarotta fraudolenta per distrazione – Non commette distrazione ai danni della società successivamente fallita l’amministratore che, pochi giorni prima di dismettere il proprio incarico, conceda una procura a vendere alcuni beni sociali, poiché tale “*iniziativa commerciale*” non può reputarsi “*intrinsecamente anomala, atteso che il tentativo di liquidare beni strumentali dell’azienda divenuti obsoleti potrebbe in astratto anche corrispondere all’interesse dei creditori*”. Inoltre, nel caso di specie, non può ritenersi che “*la forma giuridica eletta per realizzare [l’operazione di cessione] abbia determinato l’effettivo distacco dei beni dal patrimonio della fallita in assenza di contropartita, in quanto ovviamente fino alla loro eventuale vendita la società ne è rimasta proprietaria*”. La Corte di Cassazione, al riguardo, conclude osservando che per riscontrare una distrazione nella vicenda in questione “*deve potersi dimostrare che quello della procura a vendere è stato un mero escamotage fraudolento finalizzato a coprire una distrazione realizzatasi già al momento della fisica asportazione dei veicoli dalla sede societaria*”.

Corte di Cassazione penale, 16 gennaio 2014, n. 1713.

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

NORMATIVA

Quotazioni delle valute estere per il mese di novembre 2013

Sul sito Internet dell'Agenzia delle entrate (www.agenziaentrate.it – Provvedimenti soggetti a pubblicità legale) è stato pubblicato, con relative tabelle allegate, il Provvedimento recante - ai sensi dell'art. 10, comma 9, del Tuir e agli effetti degli articoli dei Titoli I e II, dello stesso Tuir, che vi fanno riferimento - l'accertamento del cambio delle valute estere per il mese di novembre 2013.

(Agenzia delle entrate, Provvedimento del 13 dicembre 2013)

Nel 2014 elevato il tetto per compensazioni e rimborsi Iva

Dal 1° 01.14 il tetto delle compensazioni dei rimborsi semplificati passa da 516.456,90 a 700.000,00 euro.

Rimane invece invariato il maggior limite di un milione di euro a favore dei subappaltatori in edilizia che nell'anno precedente hanno realizzato operazioni in regime d'inversione contabile per oltre l'80% del volume d'affari.

(Art. 9, c. 2, del dl n. 35/13, convertito dalla Legge n. 64/13)

Le detrazioni Irpef/Ires per le sovvenzioni ai partiti

E' stato pubblicato in G.U. il dl n. 149/2013 che tra l'altro prevede:

- 1) che le erogazioni liberali che i cittadini intendono effettuare a favore dei partiti politici possano godere di un regime molto favorevole di detrazione fiscale. In particolare, dall'imposta lorda sul reddito delle persone fisiche si potrà detrarre il 37% per erogazioni comprese tra un minimo di 30 euro e un massimo di 20.000, ovvero il 26% per importi tra 20.001 e 70.000 euro. Per quanto riguarda le società, la stessa disposizione prevede la possibilità di detrarre dall'Ires il 26% dell'importo erogato a favore dei partiti politici, per importi compresi tra 50 e 100 mila euro. Tutte le detrazioni saranno consentite a patto che le erogazioni siano eseguite con pagamenti tramite sportello bancario o postale o con altri strumenti che rendano tracciabile la transazione, soprattutto in relazione all'esatta identificazione del suo autore, così da permettere all'amministrazione finanziaria lo svolgimento dei relativi controlli;
- 2) che sarà altresì possibile:
 - detrarre il 75% delle spese sostenute per la frequenza di corsi di formazione politica, se organizzate dagli stessi partiti e movimenti politici;

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

- versare contributi via sms o chiamate telefoniche. In questi casi, gli addebiti delle compagnie telefoniche sono da considerarsi esclusi da campo di applicazione Iva.

(Decreto legge n. 149 del 28 dic. 2013 in G.U. n. 303 del 28 dic. 2013)

PRASSI

Non imponibile la vendite di beni già all'estero

L'Agenzia delle entrate ha precisato:

- che il cedente, all'atto della vendita di beni preventivamente stoccati all'estero senza trasferimento della proprietà, può emettere fattura per cessione all'esportazione non imponibile ai sensi dell'art. 8 del dpr 633/72, utile alla costituzione del plafond per gli acquisti in sospensione d'Iva, qualora vi sia con il cessionario, fin dall'origine, un impegno contrattuale alla compravendita;
- che tale soluzione è valida anche al di fuori dell'ipotesi del consignment stock, per la quale la risoluzione n. 58/05 ha già riconosciuto l'unitarietà dell'operazione, ancorché realizzata in due fasi distinte, la prima, l'invio dei beni all'estero nella disponibilità del futuro acquirente, la seconda il trasferimento della proprietà al momento del prelievo, e ammesso la fatturazione in regime di non imponibilità;
- che, a garanzia della tempestività della fornitura, l'impresa deve però costituire un deposito nello Stato estero (nel caso di specie Usa) ove inviare preventivamente i beni, i quali sarebbero pertanto esportati con la procedura doganale franco valuta (senza vendita).

(Agenzia delle entrate, ris. n. 94 del 13 dic. 2013)

Quote di ammortamento imputate a conto economico, svalutazione di bene immateriale

L'Agenzia delle entrate fornito chiarimenti in merito alla problematica, già trattata nella circolare 26/2012, delle modalità di "riassorbimento", ai fini Ires e Irap, della svalutazione delle immobilizzazioni materiali avente rilevanza solo civilistica, chiarendo che se le quote di ammortamento imputate a conto economico sono inferiori a quelle massime previste dalla norma, la svalutazione di un bene materiale con rilevanza solo civilistica deve essere "recuperata" attraverso variazioni in diminuzione (articolo 9, comma 4, lettera a), Tuir).

(Agenzia delle entrate, ris. n. 98 del 19 dic. 2013)

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

LEGGE DISTABILITÀ 2014 IN PILLOLE (LEGGE 27 DICEMBRE 2013 N. 147)

Deduzione Irap neoassunti

Dal 2014 le imprese potranno dedurre dal valore della produzione netta ai fini Irap fino a 15 mila euro annui per ciascun nuovo dipendente assunto a tempo indeterminato, purché questo incrementi l'organico rispetto all'anno precedente

Ace

Incrementata la quota di rendimento nazionale del nuovo capitale proprio deducibile dal reddito imponibile: dall'attuale 3% l'incentivo sale al 4% nel 2014, al 4,5% nel 2015 e al 4,75% nel 2016

Inail

Riduzione dei contributi Inail dal 1°.01.14, con modalità e misure da definire con apposito dm attuativo

Rivalutazione beni d'impresa

Possibilità per i soggetti Ires di rivalutare i beni d'impresa e le partecipazioni risultanti dal bilancio dell'esercizio in corso al 31.12.12, attraverso il pagamento di un'imposta sostitutiva: 16% per i beni ammortizzabili, 12% per i beni non ammortizzabili; 10% per l'affrancamento del saldo attivo della rivalutazione

Affrancamento maggiori valori contabili

Messe a regime le disposizioni in materia d'affrancamento fiscale dei maggiori valori contabili emersi in seguito a operazioni straordinarie recate dal dl n. 185/08

Incremento del fondo di sviluppo e coesione

Assegnati 54,8 miliardi di euro per il periodo di programmazione 2014-2020, da utilizzare all'80% nel Mezzogiorno e al 20% nel Centronord, anche per investimenti ambientali

Call center

Incentivi alle aziende operanti nel settore dei call center che stabilizzano collaboratori a progetto: per 36 mesi sarà erogato dal datore di lavoro un contributo pari a 1/10 della retribuzione mensile lorda per ogni lavoratore assunto

Contratti di sviluppo

Assegnati 200 milioni di euro per il triennio 2014-2016 per l'erogazione di finanziamenti agevolati

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

Export

Assegnati 200 milioni di euro per l'erogazione di credito all'esportazione e internazionalizzazione del sistema produttivo

Web tax

Introdotta l'obbligo di partita iva italiana per le aziende che vendono pubblicità su internet. Introdotte nuove regole per la determinazione dei prezzi di trasferimento nelle operazioni con la casa madre estera (N.B. il successivo "decreto Milleproroghe" ne ha differito l'entrata in vigore al 1°.07.14)

Penale antidelocalizzazione

Le imprese che ricevono contributi pubblici in conto capitale non potranno spostare la produzione fuori dalla Ue per almeno tre anni, pena la decadenza del beneficio e l'obbligo della restituzione dei fondi

Bonus per la ricerca informatica

Stanziate 5 milioni di euro per ciascuno degli anni 2014 e 2015 destinati al sostegno delle imprese che si uniscono in associazione o in raggruppamento temporaneo (Ati o Rti) per sviluppare software e hardware

Perdite su crediti banche e assicurazione

Possibilità per le banche e assicurazioni di dedurre in cinque anni dalla base imponibile Ires e Irap le perdite e le riprese di valore nette per deterioramento dei crediti verso clienti o assicurati iscritti in bilancio

Leasing

Modificata la disciplina per la deducibilità dei canoni di leasing. Possibilità per l'impresa utilizzatrice che imputa a conto economico i canoni di locazione finanziaria di operare la deduzione per un periodo non inferiore alla metà del periodo d'ammortamento (in luogo dei 2/3 prima previsti). Nel caso degli immobili la deduzione sarà ammessa per un periodo non inferiore a 12 anni, invece che 18

Deferred tax assets banche

Estesa al sistema bancario la normativa che consente di qualificare come crediti d'imposta le attività per imposte anticipate iscritte in bilancio

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

Transfer pricing

Precisato che la normativa sui prezzi di trasferimento, di cui al c. 7 dell'art. 100 del Tuir, è applicabile anche ai fini Irap, con effetti a partire dal 2008. Nessuna sanzione sugli accertamenti già emessi e non divenuti definitivi per le annualità pregresse

Compensazioni imposte dirette

La compensazione orizzontale di crediti e debiti fiscali di importo superiore a 15 mila euro annui in materia di imposte sui redditi e Irap richiederà il visto di conformità, come già previsto per l'Iva

Taglio crediti e agevolazioni d'imposta

Previsti tagli per una ventina di crediti e di agevolazioni d'imposta attualmente vigenti (si veda al riguardo il c. 583 dell'art. 1) . Il restyling sarà attuato con un dpcm entro il 31.01.14, in caso contrario scatterà un taglio lineare del 15%

Deducibilità Imu

L'Imu sui capannoni industriali diventa deducibile al 20% ai fini Irpef/Ires (non anche per l'Irap). Per il solo periodo d'imposta in corso al 31.12.13 la deducibilità sarà del 30%.

VARIE

Pubblicate le bozze di Unico Società di capitali e Cnm 2014

Sul sito internet dell'Agenzia delle entrate sono disponibili le bozze del modello Unico Società di capitali (Sc) e del modello Consolidato nazionale e mondiale (Cnm), aggiornati in base alle ultime novità normative.

Al riguardo si segnala:

Errate imputazioni di componenti del reddito

Un nuovo prospetto del quadro Rs del modello Unico Sc e la nuova casella del quadro Cs del modello Cnm compilando i quali le società di capitali e le società partecipanti al consolidato possono correggere gli errori di imputazione dei componenti di reddito nell'esercizio di competenza.

Interventi su edifici produttivi in zone sismiche

La possibilità, per le società di capitali e per quelle partecipanti al consolidato, di indicare rispettivamente nei quadri Rs e Cs le spese sostenute per gli interventi su edifici destinati ad attività produttive situati nelle zone sismiche ad alta pericolosità.

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

Entrambi i modelli recepiscono la proroga della detrazione per le spese legate al risparmio energetico, innalzata dal 55% al 65% per gli interventi sostenuti dal 6 giugno al 31 dicembre 2013.

Investimenti in Start-up innovative

La presenza, nei quadri Nx e Mx del modello Consolidato nazionale e mondiale e nel quadro Rs del modello Unico Sc, di appositi prospetti per le società che intendono usufruire delle agevolazioni fiscali previste per gli investimenti in Start-up innovative, introdotte dal Dl n.179/2012.

Minusvalenze e variazione criteri di valutazione beni in Unico Sc 2014

Una nuova specifica casella del quadro Rs del modello Unico Sc 2014 per l'indicazione dei dati relativi alle minusvalenze di ammontare complessivo superiore a 5 milioni di euro scaturite da cessioni di partecipazioni che costituiscono immobilizzazioni finanziarie realizzate anche a seguito di più atti di disposizione e le minusvalenze di importo superiore a 50mila euro derivanti da operazioni su azioni o altri titoli negoziati in mercati regolamentati italiani o esteri; con conseguente venuta meno dell'obbligo di comunicare detti dati all'Agenzia

Lo stesso vale anche per le società che hanno intenzione di comunicare eventuali variazioni dei criteri di valutazione dei beni d'impresa, stante la previsione di un nuovo prospetto dedicato a questi dati.

Elenco aggiornato dei richiedenti la disapplicazione black list.

Sul sito internet dell'Agenzia delle entrate è disponibile, aggiornato al 30.12.13, l'elenco dei soggetti localizzati in Stati o territori con i quali non sono in vigore accordi per lo scambio di informazioni o per l'assistenza al recupero dei crediti, che hanno richiesto la disapplicazione della regola "black list".

MODALITÀ DI ABBONAMENTO

La rivista *Il Nuovo Diritto delle Società* viene distribuita previa sottoscrizione di un abbonamento annuale, che comprende 24 numeri al costo di 120,00 euro.

In seguito alla sottoscrizione, all'abbonato vengono assegnati una *username* ed una *password*, che consentono di accedere all'archivio storico della *Rivista* nonché alle banche dati di *Italia Oggi* (www.italiaoggi.it).

L'abbonamento può essere richiesto:

- telefonando al numero verde 800-822195
- inviando un *fax* al numero verde 800-822196.

In entrambi i casi, è necessario allegare alla richiesta di abbonamento i dati anagrafici e un indirizzo di posta elettronica al quale inviare i numeri della *Rivista* più:

- la fotocopia dell'assegno non trasferibile intestato a: ItaliaOggi Editori - Erinne srl - via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano;
- oppure fotocopia del bonifico bancario intestato a Banca Popolare di Milano, agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano – IBAN IT58N0558401700000000047380

Distribuzione: ItaliaOggi Editori Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano, numero verde 800-822195.

Per informazioni e/o segnalazioni contattare il Servizio Clienti al numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196.

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

ItaliaOggi

ItaliaOggi Editori - Erinne srl – Via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano
Telefono 02/58219.1 – Telefax 02/58317598 – email: 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: ItaliaOggi Editori - Erinne srl –
via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano,
oppure fotocopia del bonifico bancario
intestato a Banca Popolare di Milano,
agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano –
IBAN IT58N0558401700000000047380

Distribuzione: ItaliaOggi Editori - Erinne
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: Angelo Sajeva -
Deputy Chairman Digital: Gianalberto
Zapponini.

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 ItaliaOggi Editori - Erinne 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 ItaliaOggi Editori - Erinne srl.