

RIVISTA DELLE SOCIETÀ

Anno LIV Fasc. 2-3 - 2009

Andrea Niutta

**MODELLI DI *GOVERNANCE*:
AMMINISTRAZIONE E CONTROLLO
NELLE PICCOLE E MEDIE IMPRESE
ITALIANE**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

ANDREA NIUTTA

Modelli di *governance*: amministrazione e controllo nelle piccole e medie imprese italiane

SOMMARIO: Introduzione. — 1. Una considerazione preliminare: si attenua il « peso » (formale) del capitale minimo... e diventano più rilevanti aspetti personali anche nelle società di capitali. — 2. Il controllo contabile e quello interno: distinzione dei soggetti, distinzione delle funzioni e distinzione della responsabilità nelle società per azioni... — 3. (*Segue*): ...e nella s.r.l. Quando la flessibilità della struttura può interferire con il merito di credito. — 4. Distinzione dei ruoli, in ragione delle differenti operazioni (ed esigenze) nella vita dell'impresa: profili funzionali e concorsuali. — 5. L'indipendenza dei revisori e di almeno una parte dei componenti l'organo di controllo interno: requisito per la regolarità della nomina e condizione (negativa) per la responsabilità. — 6. La « separazione dei poteri » (e quindi delle responsabilità) come regola per governare la complessità. — 7. L'eccezione dei gruppi e la conferma nei patrimoni destinati: la violazione delle regole che presiedono la separazione e il principio « si salvi chi può » come soluzione di « default ».

La prospettiva da cui un giurista può considerare il tema relativo ad « amministrazione e controllo nelle piccole e medie imprese » ⁽¹⁾ — presuppone che si abbia ben chiaro il diverso peso che riveste il binomio in ciascuno dei tipi sociali previsti nella riforma del diritto societario e disponibili alle PMI ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Questo scritto riprende, rielabora e intende portare a compimento (con l'aggiunta del necessario corredo d'indicazioni bibliografiche) una riflessione sui modelli organizzativi e la *Governance* delle PMI, iniziata in occasione di una relazione, con il medesimo titolo, tenuta — con gli amici N. Abriani ed E. Zigiotti — in occasione di un convegno organizzato a Bolzano (il 21-23 settembre 2006), dall'UNGDC (cioè, l'Unione Nazionale dei Giovani Dottori Commercialisti).

⁽²⁾ A livello normativo, la definizione delle PMI corrisponde alla piccola impresa di cui alla Raccomandazione della Commissione Europea n. 2003/361/CE del 6 maggio 2003 (recepita dall'art. 9 del d.l. n. 35/2005; cfr. S. BARTOLOMUCCI, *Modelli organizzativi obbligatori ed autovalidati: evoluzione eteronoma del D.Lgs. n. 215/2001*, in *Società*, 2008, 407 ss., spec.

Infatti, si può muovere da considerazioni generali — circa l'impianto della riforma, volta ad offrire un ampio ventaglio di soluzioni organizzative alle imprese (e, in particolare, alle PMI che di esse costituiscono il numero più cospicuo in Italia) — per verificare poi da un lato che nel passaggio da un tipo sociale ad un altro (oppure, da un modello organizzativo ad uno diverso) il ruolo e, conseguentemente, il profilo della possibile responsabilità del titolare di funzioni di controllo sembra non modificarsi. D'altro canto, si constaterà che è preferibile, di fatto, adottare una più rigorosa distinzione dei ruoli — e quindi delle responsabilità — tra le varie « figure » organizzative (proprie di ogni modello di *governance*) rispetto al recente passato, anche perché è ora indubitabile l'affermazione per cui — nel diritto societario riformato — ciascuno risponde solo per fatto proprio⁽³⁾.

1. Un primo dato normativo che incide in modo sensibile sull'ambito dell'indagine concerne l'ampiezza del contesto cui riferire il tema dei modelli di *governance*: il cospicuo abbassamento del valore economico sostanzialmente⁽⁴⁾ attribuibile al livello di capitale sociale⁽⁵⁾ minimo (considerato

413) che non coincide affatto né con la fattispecie del piccolo imprenditore, che si ricava dall'art. 2083 c.c., né all'altra, adoperata dall'art. 1 l. fall. (così come novellato dai d.lgs. n. 5/2006 e n. 169/2007; cfr. G. FERRI jr. *In tema di piccola impresa tra codice civile e legge fallimentare*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 735 ss.) e relativa — quanto al comma 2 — alle imprese cui non si applicano le disposizioni su fallimento e concordato preventivo. Sono, infatti, differenti i parametri applicati dalle varie previsioni per definire le diverse fattispecie, nonché la *ratio* delle discipline che le adoperano, cosicché le difformità si spiegano sul piano funzionale.

⁽³⁾ In questo lavoro, chiaramente, ci si riferisce in modo esclusivo alla responsabilità civile, non anche a quella penale o amministrativa (cfr. P. SFAMENI, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in questa *Rivista*, 2007, 154). Tuttavia, il principio — che informa, in particolare, i rapporti tra gli organi e tra i componenti di ciascun organo — mi pare possa costituire anche lo sfondo per l'innovazione — segnalata dall'Autore dello scritto appena citato (159) — relativa al passaggio dal dolo eventuale al dolo specifico, per una serie di reati tipici del diritto penale societario.

⁽⁴⁾ Oltre alla riduzione riscontrabile in termini assoluti — 10.000 Euro non corrispondono esattamente ai 20 milioni di lire, che costituivano l'importo del capitale minimo della s.r.l., ma a maggior ragione 120.000 Euro rappresentano un valore decisamente più consistente dei duecento milioni di vecchie lire, già previste come capitale minimo per la s.p.a. — è abbastanza evidente che, a fronte di un fenomeno quasi secolare di erosione del valore economico del denaro denominato in lire (svalutazione) e della dinamica dei prezzi nel nostro Paese (*trend* indicato come inflazione) — è evidente la riduzione d'importanza del capitale nominale, in rapporto al complesso delle voci del patrimonio netto (G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo-G.B. Portale, I^{**}, Torino, 2004, 24).

⁽⁵⁾ In generale, per una disamina completa delle innovazioni recate dalla riforma delle

in termini assoluti) — già prescritto in precedenza per s.r.l. e s.p.a.⁽⁶⁾ — rende di fatto ancor più accessibili alle PMI i modelli che rientrano nel novero delle società di capitali e cooperative.

Se si coniuga questo aspetto, tratto dalla normativa in tema di capitale⁽⁷⁾, con l'altro, relativo alla possibilità (in precedenza esclusa, almeno in buona parte⁽⁸⁾) di trasformazione da un modello societario ad un altro, ma addirittura delle cc. dd. trasformazioni eterogenee (cioè da un modello organizzativo non societario ad uno societario, e viceversa⁽⁹⁾), si rileva agevolmente che la distanza tipologica⁽¹⁰⁾ — cioè concettuale e normativa — tra i differenti modelli organizzativi suscettibili d'impiego per l'impresa si è attenuata, mentre gli steccati lasciati dalla disciplina⁽¹¹⁾ valgono solo a conservare l'eventuale destinazione pubblica o di liberalità data alle

società di capitali proprio a proposito della disciplina del capitale, v. M. MIOLA, *Capitale sociale e conferimenti nella «nuova» società a responsabilità limitata*, in questa *Rivista*, 2004, 657; G. OLIVIERI, *Capitale e patrimonio nella riforma delle società*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 257.

⁽⁶⁾ La rilevanza della previsione relativa al capitale minimo in ordine ai modelli organizzativi delle società di capitali è stata a suo tempo sottolineata nel lavoro di G. NICCOLINI, *Il capitale sociale minimo*, Milano, 1981, 3 e 28, in relazione alle prescrizioni della normativa previgente (per un'applicazione specifica cfr. L. BENATTI, *Il capitale minimo nella disciplina degli intermediari finanziari*, Milano, 1998, 2, ove un'accurata ricostruzione anche del dibattito sul tema generale). Non mi pare che — sul punto — debbano essere rimarcate novità sostanziali nel diritto delle società riformato.

⁽⁷⁾ M. MIOLA (nt. 5), 686, nota 76, dove evidenzia che, comunque, « i diversi ammon-tare del capitale sociale minimo richiesti per i due tipi di società non costituiscono criterio identificativo delle dimensioni dell'impresa, né sono idonei a selezionare l'adozione in concreto dell'uno o dell'altro tipo ».

⁽⁸⁾ Ci si riferisce alla trasformazione delle cooperative in società di capitali.

⁽⁹⁾ Di cui agli artt. 2500-septies e 2500-octies, c.c.: cfr. F. GUERRERA, *Trasformazione, fusione e scissione*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*¹, Milano, 2003, 313.

⁽¹⁰⁾ Cfr. P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, 189, nonché ID., *Dalla nozione al tipo società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, 129 e ID., *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla «nuova» società a responsabilità limitata)*, ivi, 2003, I, 489; v., da ultimo, M. SCIUTO-P. SPADA, *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo-G.B. Portale, I^{*}, Torino, 2004, 4.

⁽¹¹⁾ Cfr. A. NIUTTA-A. POLICE, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 477; sulle società miste, v. C. ANGELICI, *L'autonomia della disciplina societaria delle società «privatizzate»*, ora in *Attività ed organizzazione. Studi di diritto delle società*, Torino, 2007, 45; da ultimo, F. GHEZZI-M. VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, in questa *Rivista*, 2008, 668 nonché M. COSSU, *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 627.

risorse finanziarie⁽¹²⁾ già impiegate nell'attività svolta con determinati modelli organizzativi⁽¹³⁾.

L'affermazione è verificabile sicuramente a proposito delle società di persone — dove il rilievo riconosciuto in generale ai profili più propriamente personalistici e di matrice contrattuale non esclude affatto la possibilità che i soci adottino un modello organizzativo sostanzialmente conforme a quello della s.p.a.⁽¹⁴⁾ o della s.r.l. È altresì possibile, pure per le società di persone, l'indicazione di un capitale sociale, ma escluderei che per lo stesso richiamo sia applicabile — a quel capitale sociale — tutta la disciplina dettata in proposito per la s.p.a.⁽¹⁵⁾.

(12) Si parla qui di risorse finanziarie — e non di risorse *tout court* — per richiamare l'idea (ormai pacifica per la migliore dottrina; v. P. FERRO-LUZZI, *Riflessioni sulla riforma, 1: la società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 673) che nella società (in particolare, la s.p.a.) si tratta sempre — anche quando ci si riferisce all'investimento dei soci nel capitale — di risorse finanziarie, cioè di per se quanto meno « misurabili » in denaro (il « numerario » di cui da sempre parlano gli studiosi di diritto bancario) nonché da restituire (sia pure con i caratteri peculiari per cui è ormai acquisita — anche nella manualistica; cfr. B. LIBONATI, *Diritto commerciale. Impresa e società*, Milano, 2005, 242 — la definizione dei soci come « residual claimants » o titolari di pretese residuali).

Non mi pare, però, che si possa riferire l'espressione solo alla s.p.a., dal momento che tutti i modelli organizzativi delle società di capitali risentono sia del fatto d'essere funzionali a « vestire » il centro d'imputazione di un'attività d'impresa (cfr., da ultimo, P. SFAMENI, nt. 3, 154), nonché dell'ormai acquisita consapevolezza che l'imprenditore, almeno tendenzialmente, finisce per corrispondere all'immagine di chi fa affari... con i soldi degli altri.

Altra questione è se questa terminologia e i medesimi criteri possano essere impiegati per le società di capitali partecipate da enti pubblici; in proposito, tuttavia, è da sottolineare che la rilevanza della fonte pubblica delle risorse — proprio quando impiegate per una partecipazione nel capitale di una società — è tale da generare soprattutto una responsabilità ulteriore a carico degli amministratori di quella società (cfr. G. ROMAGNOLI, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche fra dritto amministrativo e commerciale*, in *Società*, 2008, 441).

(13) V. gli artt. 2500-*octies*, comma 3 (seconda parte), e 2545-*undecies*, comma 1, c. c. (cfr. D.U. SANTOSUOSSO, sub art. 2500-*octies*, in *AA.Vv.*, *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES, III, Napoli, 2004, 1928; G. BONFANTE, sub art. 2545-*undecies*, in *AA.Vv.*, *Il nuovo diritto societario. Commentario* diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, III, Bologna, 2004, 2656). Da ultimo, v. A. PISANI MASSAMORMILE, *Trasformazione e circolazione dei modelli organizzativi*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 65.

(14) Adottando, ad esempio, il metodo assembleare per assumere le decisioni dei soci, ovvero prevedendo organi sociali per l'amministrazione e il controllo coincidenti con quelli destinati alla s.p.a.; cfr. C. ANGELICI, *Note in tema di procedimento assembleare*, ora in *Attività ed organizzazione* (nt. 11), 71.

(15) Ad esempio, il codice prevede espressamente — all'art. 2306 c.c. — una disciplina della riduzione di capitale nella s.n.c. che si discosta in modo significativo dalle previsioni degli

Tuttavia, pare sostanzialmente corrispondente la possibilità d'includere — a vario titolo e secondo le modalità più diverse (ad esempio, anche con la procedura per introdurre modifiche nell'atto costitutivo o, eventualmente, nello statuto) — elementi personalistici e profili di tipo convenzionale⁽¹⁶⁾ anche nel modello organizzativo che corrisponde al tipo sociale s.r.l., talché resta plausibile la stessa definizione come « società di persone a responsabilità limitata⁽¹⁷⁾ » (che parte della dottrina include — con s.p.a. e s.a.p.a. — nel *genus* delle società non di capitali ma « a rischio limitato⁽¹⁸⁾ »).

Pertanto, sembra non revocabile in dubbio l'affermazione di una tensione⁽¹⁹⁾ — sul piano sistematico — tra elementi personalistici ed elementi capitalistici, che caratterizza oggi non solo la s.r.l., ma anche s.p.a. e s.a.p.a., in misura differente in funzione sia delle scelte espresse dai soci con l'autonomia statutaria, che per effetto di norme imperative, dettate a protezione di interessi generali⁽²⁰⁾.

artt. 2445-2447 e 2482-2482-*quater* c.c. È evidente la necessità di ricostruire oggi il sistema postulando che — fino a prova contraria — ogni modello organizzativo possa trovare una disciplina di per sé completa e autosufficiente.

(16) Cfr. P. MONTALENTI, *La riforma del diritto societario: profili generali*, in *AA.Vv.*, *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura di S. AMBROSINI, Torino, 2003, 4; M. STELLA RICHTER jr, *La società a responsabilità limitata. Disposizioni generali. Conferimenti. Quote*, in *AA.Vv.*, *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*¹, Milano, 2003, 187.

(17) V. G. GUIZZI, *L'assemblea: ovvero, delle competenze dei soci e del modo di esercitarle nelle società a responsabilità limitata riformata (Due esperienze a confronto)*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, n. 1, 28; M. STELLA RICHTER jr (nt. 16), 185; in precedenza, v. già F. DI SABATO, *La società a responsabilità limitata come tipo intermedio tra società di persone e società di capitali*, in *AA.Vv.*, « Progetto Mironi » e modelli organizzativi per la piccola e media impresa, a cura di V. AFFERNI e L. DE ANGELIS, Milano, 2001, I, nonché G. ZANARONE, *L'accentuazione dell'autonomia statutaria nella nuova società a responsabilità limitata*, *ivi*, 15.

(18) Cfr. G. OLIVIERI (nt. 5), 259. Focalizzare la categoria non sul capitale, ma sul rischio limitato, mi pare che possa anche significare di per sé rinunciare a mettere al centro del modello organizzativo un dato che può sembrare connotato solo di una rilevanza contabile, se non fosse che la posizione del socio nell'organizzazione risulta ancora commisurata — fatte salve le peculiarità caratteristiche di ciascun modello societario preso in esame — sulla quota di capitale riferibile ad un singolo socio. D'altro lato, però, è chiaro come la posizione di ciascun socio — come investitore — è definita non solo dall'aliquota di capitale, a lui riferibile, ma anche da altre poste del patrimonio netto, il che di per sé può rendere giustificata la scelta della nuova denominazione: il singolo socio (di s.p.a. e di s.r.l., dal momento che per la s.a.p.a. la cosa vale solo per gli accomandanti), in quanto tale, rischia unicamente per la quota investita, nel capitale e nelle riserve, nonché negli utili « portati a nuovo ».

(19) M. MIOLA (nt. 5), 657.

(20) Come quello di creditori e finanziatori (e che si esprime, ad esempio, nella disciplina dettata dal codice per la contabilità e i bilanci, da applicare a tutte le imprese commer-

Peraltro, è chiaro che pure la scelta del tipo s.p.a. — da parte di una PMI — non è di per sé del tutto determinante rispetto all'adozione di un modello organizzativo unico o immodificabile: a parte la possibilità — prevista in termini generali — di successive operazioni non solo di trasformazione⁽²¹⁾, fusione e scissione, nonché di modifica dello statuto (e quindi eventualmente anche del capitale⁽²²⁾, o del modello di amministrazione e controllo), sembra che nella s.p.a. sia ora possibile fare finanza straordinaria anche semplicemente adottando deliberazioni dell'organo amministrativo, che può decidere autonomamente⁽²³⁾ d'emettere obbligazioni, di costituire patrimoni destinati, di ottenere finanziamenti dedicati, ecc., con ciò incidendo profondamente anche la struttura finanziaria dell'impresa sociale.

Inoltre, la circostanza che del modello-organizzativo corrispondente alla s.p.a. sia adottata la versione della società chiusa o della società aperta, che fa ricorso al mercato del capitale di rischio — di cui all'art. 2325-bis, c.c. ed alla specifica disciplina disseminata per tutto il Capo V, Titolo V, Libro V, c.c. — è meramente fattuale⁽²⁴⁾, dipendendo solo da

ciali) o — quanto meno a proposito delle società emittenti strumenti finanziari quotati — quello generalmente indicato come interesse del mercato, rappresentato dalla regolazione — di fonte primaria e secondaria — delle imprese operanti negli ordinamenti settoriali.

⁽²¹⁾ Anche eterogenea; cfr. L. DE ANGELIS, *Trasformazione, fusione e scissione: alcune questioni particolari*, in AA.Vv. (nt. 17), 89.

⁽²²⁾ Sulle operazioni di aumento di capitale a pagamento (che, in una prospettiva economico-aziendale, costituiscono tipiche operazioni di finanza straordinaria), v. da ultimo — con specifico riferimento alle questioni sulla determinazione del prezzo e del sovrapprezzo delle azioni — E. ZIGOTTI, *La determinazione del prezzo e del sovrapprezzo negli aumenti di capitale sociale a pagamento*, in *Riv. dott. comm.*, 2008, 685.

⁽²³⁾ Fatta salva, ai sensi degli artt. 2410, comma 1, e 2447-ter, comma 2, c.c. la possibilità di una diversa previsione dello statuto o di leggi speciali, che dispongano in senso diverso (ad esempio, attribuendo la competenza all'organo assembleare, in seduta straordinaria).

⁽²⁴⁾ Anche se da quel fatto — la diffusione degli strumenti finanziari, corrispondenti alle azioni della società, tra il pubblico nei termini di cui agli artt. 2325-bis c.c. e 116, comma 1, T.U.F. e reg. Consob n. 11971 del 14 maggio 1999 e successive modificazioni (in particolare, all'art. 2-bis del predetto Regolamento Emittenti, che ne ha dato attuazione) — deriva poi l'applicazione della disciplina di cui alla Parte IV (art. 91 ss.; cfr. A. BLANDINI, *Emittenti strumenti finanziari diffusi tra il pubblico in misura rilevante*, in *Società*, 2004, 227) del medesimo T.U.F. Peraltro, lo stesso art. 2-bis, impone che a dati fattuali (la presenza di almeno 200 soci «esterni» e il fatto che agli stessi sia complessivamente imputabile non meno del 5% del capitale sociale) si aggiunga, da un lato il requisito normativo di cui alla lett. b) della stessa norma, cioè che l'impresa sociale — non riscontrandosi i presupposti per l'applicazione dell'art. 2435-bis, comma 1, c.c. — non possa redigere il bilancio in forma abbreviata, mentre d'altro canto gli strumenti finanziari azionari emessi dalla società presentino almeno uno dei caratteri fattuali indicati dallo stesso art. 2-bis Reg. Emittenti come indicatori di una rilevanza

una diffusione delle azioni della società tra il pubblico che abbia superato il livello qualificato dalla disciplina speciale come «rilevante»⁽²⁵⁾.

«di mercato» dei medesimi titoli. Così, si tratta di caratteri degli strumenti finanziari azionari che possono sussistere alternativamente perché i titoli siano considerati diffusi in misura rilevante, qualora:

— siano stati oggetto di una sollecitazione all'investimento, o abbiano rappresentato il corrispettivo di una OpSc;

— abbiano costituito l'oggetto di un collocamento, anche se riservato solo agli investitori professionali di cui all'art. 100 T.U.F.;

— risultino negoziati su mercati regolamentati, con il consenso dell'emittente medesimo o del socio di controllo;

— siano emessi da banche ovvero acquistati o sottoscritti presso le sedi o dipendenze di queste.

Peraltro, dal momento che l'art. 33 del medesimo Regolamento Emittenti dispone l'inapplicabilità delle disposizioni contenute nel Capo I del Titolo II della Parte IV del T.U.F. e nello stesso titolo di quel Regolamento (norme tutte relative alla disciplina della sollecitazione all'investimento) a quelle operazioni che siano rivolte a meno di 100 soggetti, per un ammontare complessivo di non più di 2.500.000 Euro, aventi ad oggetto prodotti finanziari di valore unitario minimo superiore a 50.000 Euro (e comunque per un corrispettivo totale di almeno 50.000 euro per investitore e per ogni offerta separata), è da ritenere che quelle medesime condizioni possano valere — chiaramente, se trasformate in negativo — come criteri ulteriori, al fine di individuare la diffusione degli strumenti finanziari (cfr. M. CAMPOBASSO, *I titoli di debito delle s.r.l. tra autonomia privata e tutela del risparmio*, in AA.Vv., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, Torino, 2006, 776).

È da ritenere, ad ogni modo, che almeno uno di questi requisiti, in particolare, quello circa la consistenza economica (la disposizione parla di «valore unitario minimo») dello strumento finanziario cui ci si riferisce esclude sostanzialmente che possa trattarsi di azioni (salvo che in casi molto particolari, come quello indicato da F. PICONE, *Diritti diversi e categorie di azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 755).

Infine, si consideri che — come evidenziato in dottrina (G. FERRI jr, *La nuova disciplina dei conferimenti in natura in società per azioni: prime considerazioni*, in questa *Rivista*, 2009, sub par. 4.5) — la rilevanza della categoria, sul piano della disciplina applicabile, per quanto attiene al diritto delle società, si rinviene pure nella soggezione dei bilanci alla revisione contabile da parte di una società di revisione (ai sensi dell'art. 4, comma 1, d.lgs. 28 febbraio 2005, n. 38, di attuazione del reg. CE 1606/2002), in modo analogo alle imprese finanziarie ed assicurative, ma anche alle cc. dd. «società miste»: cfr. A. NIUTTA-A. POLICE (nt. 11), 477.

⁽²⁵⁾ È diverso, invece, il caso delle società quotate, come *species* inserita nel *genus* delle società aperte: in quella fattispecie — cui s'applica integralmente il *corpus* di norme ricavabili sia dal T.U.F., che dal c.d. «regolamento emittenti» adottato dalla Consob con la delibera n. 11971 del 14 maggio 1999 e successive modifiche ed integrazioni (in specie, introdotte con le delibere n. 12475 del 6 aprile 2000, n. 13086 del 18 aprile 2001, n. 13106 del 3 maggio 2001, n. 13130 del 22 maggio 2001, n. 13605 del 5 giugno 2002, n. 13616 del 12 giugno 2002, n. 13924 del 4 febbraio 2003, n. 14002 del 27 marzo 2003, n. 14372 del 23 dicembre 2003, n. 14692 del 11 agosto 2004, n. 14743 del 13 ottobre 2004, n. 14990 del 14 aprile 2005, n. 15232 del 29 novembre 2005, n. 15510 del 20 luglio 2006, n. 15520 del 27 luglio

Certo, il modello statutario adottato in concreto da una s.p.a. chiusa può prevedere una serie di peculiarità — ad esempio, già al livello dei limiti alla circolazione delle azioni⁽²⁶⁾, o dell'emissione di strumenti finanziari partecipativi anche a fronte di prestazioni d'opera (ai sensi degli artt. 2346, comma 6, 2349, comma 2 e 2351, comma 4, c.c.) — che determinano l'applicazione di una disciplina *ad hoc*, incidente sui diritti del socio-investitore. Tuttavia è da escludere che si tratti da un lato, di norme specifiche per le società che non fanno appello al risparmio diffuso⁽²⁷⁾, mentre — d'altro canto — non risulta plausibile che l'adozione di uno statuto sociale più sensibile alla rilevanza di elementi personali (corrispondenti a caratteri propri di ciascun socio) debba riferirsi unicamente alle società chiuse⁽²⁸⁾. L'atten-

2006, n. 15586 del 12 ottobre 2006, n. 15915 del 3 maggio 2007 e n. 15960 del 30 maggio 2007) — rileva anche la conformità dello statuto sociale alle previsioni del regolamento del mercato dove gli stessi strumenti finanziari sono quotati. Ciò implica un duplice livello di disposizioni — rispettivamente, di origine pubblica e privata — cui il modello organizzativo espresso dallo statuto della società quotata deve conformarsi e un triplice livello di sanzioni, cioè civili ed amministrative nonché penali, predisposto per l'eventuale difformità (cfr., ad esempio, per la regolazione dell'organizzazione interna delle s.p.a. quotate, M. STELLA RICHTER jr, *I comitati interni all'organo amministrativo*, in questa *Rivista*, 2007, 260; cfr. R. LENER, *Comitati interni e consiglieri « non sorveglianti »*, in *AGE*, 2007, 369; per una ricostruzione sensibile alle implicazioni penalistiche delle opzioni organizzative v. N. PISANI, *Controlli societari e responsabilità da reato negli enti*, in *Banca borsa*, 2008, I, 100).

⁽²⁶⁾ Cfr. S. GATTI, *La disciplina della circolazione delle partecipazioni sociali secondo il D.Lgs. n. 6 del 2003*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 1; v. anche F. PICONE (nt. 24), 755.

⁽²⁷⁾ Che, piuttosto, sembra vero il contrario, sussistendo una disciplina speciale per le s.p.a. « aperte » (rinvenibile sia nel codice civile — a partire dall'art. 2325-bis c.c. — che nel T.U.F., lì dove esprime la disciplina degli emittenti strumenti finanziari quotati su mercati regolamentati). La disciplina codicistica relativa alle società aperte è da applicare alle quotate per quanto non espressamente previsto nel T.U.F. (e dai regolamenti Consob che lo specificano) ai sensi dall'art. 2325-bis, comma 2, c.c. È da dire, inoltre, che — per quanto attiene alle disposizioni non imperative — l'autonomia statutaria della singola s.p.a. ma, per quanto attiene alle quotate, i vari regolamenti di mercato adottati dalle diverse sgm, cui lo statuto delle singole emittenti deve conformarsi per poter cercare su un dato mercato i propri finanziatori ed investitori.

⁽²⁸⁾ La contrapposizione tra società chiuse ed aperte (elaborata in dottrina: cfr. C. FRIGERI, *Società chiusa e tutela del socio « oppresso »: esperienze estere*, in AA.Vv., *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002, 345; preferiscono la contrapposizione di società aperte a società « private », AA.Vv., *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di P. BENAZZO, S. PATRIARCA e G. PRESTI, Milano, 2005; ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE PER LO STUDIO DEL DIRITTO DELL'IMPRESA, *Rapporto sulla società aperta. Cento tesi per la riforma del governo societario in Italia*, Bologna, 1997) è stata fatta propria dal legislatore della riforma, inserendo il nuovo art. 2325-bis, c. c., dove le società aperte sono indicate come società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (sulla varietà tipologica delle società chiuse v., invece, G. BRUNETTI, *Il consiglio di amministrazione nelle medie imprese familiari chiuse: alcuni casi/esperienze*, in *AGE*, 2003, 37).

zione a caratteri personali del socio, poi, potrebbe rappresentare il presupposto di fatto all'origine di un'altra novità della riforma, lì dove ha inteso regolare espressamente quei cc. dd. patti parasociali (agli artt. 2341-bis e 2341-ter c.c.) o, quanto meno, quelli di un genere determinato⁽²⁹⁾.

Un chiaro esempio di elementi personalistici — astrattamente inseribili nello statuto di una s.p.a., ma concretamente incompatibili con la « species » delle s.p.a. quotate — è costituito dalle limitazioni alla circolazione delle azioni, di cui all'art. 2355-bis, c.c.: ai sensi dell'art. 2.1.3, comma 2, lett. c) del regolamento dei mercati di Borsa Italiana S.p.a., deliberato il 16 dicembre 2002, approvato dalla Consob (con delibera n. 14032 del 15 aprile 2003), sono inammissibili — in riferimento alle società quotate — limitazioni come le clausole di prelazione, di gradimento *et similia*; cfr. S. GATTI (nt. 26), 11; v. anche: V. MELI, sub art. 2355-bis, in G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES (nt. 13), I, 336 e 339-340; A. DENTAMARO, sub art. 2355-bis, in AA.Vv., (nt. 13), I, 380-382, ove ulteriori considerazioni, riferite alla disciplina comunitaria che consente limiti alla circolazione che non perturbino il mercato; D. VATTERMOLI, sub art. 2355-bis, in AA.Vv. *La riforma delle società. Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, I, Torino, 2003, 176, ricorda che la libera trasferibilità degli strumenti finanziari costituisce condizione per l'ammissione alle negoziazioni su quei mercati; da ultimo, cfr. anche P. DAL SOGLIO, sub art. 2325-bis, in AA.Vv., *Il nuovo diritto delle società. Commento sistematico*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, I, Padova, 2005, 329.

Sembra indiscutibile, per le s.p.a., il *trade off* tra la possibilità di accedere agevolmente sul mercato alle risorse finanziarie disponibili come capitale di rischio e un certo coefficiente di « rigidità » della struttura organizzativa, legato all'applicazione di norme imperative — di fonte diversa — cui corrisponde, ovviamente, la rinuncia implicita a quella flessibilità del modello che potrebbe essere apportata da varie previsioni statutarie (flessibilità, tuttavia, che pure non risulta del tutto azzerata; cfr. M. STELLA RICHTER jr (nt. 25), 266).

Più avanti — sub par. 3 — si intende acclarare se, di fatto, le politiche gestionali (ma soprattutto le impostazioni organizzative espresse nella redazione dell'atto costitutivo o nelle sue modifiche successive) delle imprese bancarie (indotte anche dalla normativa di settore, espressione persino di prescrizioni internazionali, come « Basilea 2 ») finiscono col condizionare anche per le s.r.l. l'accesso al credito ad una riduzione della variabilità dei modelli organizzativi; v., sul punto, M. SCIUTO, *Organizzazione e merito di credito delle società a responsabilità limitata, alla luce di « Basilea 2 »*, in *Banca borsa*, 2007, I, 702; cfr. G. FERRI jr-G.D. Mosco, *Basilea 2 e PMI: nuova vita per il consiglio di amministrazione?*, in *AGE*, 2003, 47, dove (56) — tra l'altro — ribadisce la sussistenza di tre modelli normativi, rispettivamente corrispondenti alla s.p.a. chiusa, a quella « aperta » (cioè, che fa ricorso al mercato del capitale di rischio) e a quella emittente strumenti finanziari quotati su mercati regolamentati.

⁽²⁹⁾ Come noto, l'inserimento di una Sezione III-bis nel Capo V, Titolo V, Libro V c.c., riferita ai patti di sindacato « di maggioranza », non ha escluso la possibilità di patti di sindacato « di minoranza », che anzi in quelle previsioni e, in particolare, nel comma 1 dell'art. 2341-bis, trovano un'implicita legittimazione. Sia consentito rinviare alle considerazioni già espresse in A. NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui all'art. 2497-sexies c.c.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 988.

Per concludere, infine, sull'attenuazione del ruolo sostanziale del capitale sociale nella struttura finanziaria delle nuove società di capitali, è da rimarcare che sia l'emissione di obbligazioni, che la costituzione di patrimoni destinati (da cui può discendere la successiva emissione di strumenti finanziari di partecipazione⁽³⁰⁾) non si riferiscono più al capitale, ma a *quidditas* che corrispondono più o meno al patrimonio netto⁽³¹⁾, sì da esprimere un precetto di sostanziale equilibrio finanziario dell'impresa sociale⁽³²⁾, la cui opportunità e ragionevolezza — dopo la recente stagione di scandali e crisi che ha segnato i mercati finanziari nell'ambito sia interno che internazionale — è a questo punto indubitabile⁽³³⁾.

Dunque, sembra ora estremamente rilevante — ancor più che in un passato pure abbastanza recente — ai fini della distinzione delle società di capitali e cooperative tra loro e dalle società di persone il momento organizzativo e la relativa disciplina, talché è al concreto atteggiarsi dei rapporti tra le funzioni di amministrazione e controllo e gli organi cui esse sono riconosciute che occorre guardare.

Le brevi considerazioni appena proposte valgono a chiarire perché si possa ora ritenere di fatto ampliato l'ambito dove il dottore commercialista (o, ancor più, il revisore contabile) può essere chiamato a svolgere il suo ruolo non solo di consulente aziendale e fiscale, ma anche di esperto delle strutture societarie e di modelli organizzativi da applicare all'impresa.

2. Il tema del rapporto tra l'amministrazione e il controllo costituisce — fin dai tempi degli studi di Montesquieu sulla c.d. divisione dei poteri⁽³⁴⁾

(30) A. NIUTTA, *Strumenti finanziari nei patrimoni destinati ex art. 2447-bis, I comma, lett. a): un nuovo mezzo di finanziamento nel diritto delle società per azioni e un nuovo prodotto finanziario per il mercato?*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 235; sul tema v. anche L. SALAMONE, *Il finanziamento dei patrimoni destinati a specifici affari*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 244.

(31) Il limite all'emissione di strumenti finanziari con carattere di titoli di debito si ricava dall'art. 2412 c.c.; cfr. A. NIUTTA (nt. 30), 265.

(32) V. P. FERRO-LUZZI, *Il limite alla emissione di obbligazioni (art. 11, comma 1, lett. a), l. n. 262 del 2005*, in questa *Rivista*, 2007, 252.

(33) L'istanza di equilibrio finanziario — inteso come un *mix* adeguato (specie per quanto attiene alla sostenibilità, per l'impresa, degli impegni finanziari assunti) di mezzi propri e risorse finanziarie da restituire a terzi e remunerare — dell'impresa sociale, mi pare possa essere desunta da una serie di norme che fanno parte oggi del diritto delle società di capitali, in particolare dal nuovo testo degli artt. 2412 e 2483 c.c. (cfr. M. CAMPOBASSO (nt. 24), 767), che pongono una tensione dialettica tra società, intermediari finanziari e mercato dei capitali. Cercherò di rendere espliciti i presupposti di diritto e di fatto di quest'affermazione — che, allo stato, potrebbe pure apparire piuttosto apodittica — nel prosieguo del lavoro.

(34) CH.-L. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, libro XI, Parigi, 1758.

— un *topos* proprio sia delle analisi di filosofia del diritto che nelle indagini più meditate sulle organizzazioni umane.

La rilevanza del tema nella riforma del diritto societario potrebbe essere legata pure alla scelta di regolare distintamente la funzione di controllo contabile⁽³⁵⁾ da quella di controllo interno nella s.p.a., di modo che la possibilità di attribuire al medesimo organo le due funzioni sembra oggi posta in una posizione quasi residuale o quanto meno « recessiva », dipendendo non solo dall'adozione⁽³⁶⁾ del c.d. modello tradizionale, ma anche (oltre che da una apposita previsione statutaria, ai sensi dell'art. 2409-bis, comma 3, c.c.⁽³⁷⁾) da una certa composizione del collegio sindacale (o, meglio, dal possesso di una determinata qualificazione professionale in capo a tutti i suoi componenti⁽³⁸⁾). Inoltre, se si considera che pure in que-

(35) La scelta di continuare a parlare di controllo contabile — invece di adottare da subito l'espressione (che costituisce apparentemente un sinonimo) « revisione contabile » — si spiega tanto sul versante logico-linguistico, dove costituisce il « significante », quanto su quello contenutistico, cioè del significato. Quest'ultimo, in quanto parte della nostra analisi giuridica, comporta l'applicazione della disciplina specifica per quell'attività (G. FERRI jr (nt. 2), 22, spec. alla nota 44). Specificamente, dal primo canto è innegabile che sia gli artt. 2409-bis ss. che l'art. 2477 c.c. parlano — almeno attualmente, cioè fino a che non viene data attuazione alla direttiva 2006/43/CE del 17 maggio 2006 (cfr. N. ABRIANI, *Il nuovo regime dei conferimenti in natura senza relazione di stima*, in *Riv. notar.*, 2009, al par. 4) — gli uni del controllo contabile e l'altro di controllo legale dei conti (preferendo entrambi una dizione più ampia rispetto al termine — evidentemente specifico, in rapporto all'altro — « revisione »), talché risulta logicamente corretto adoperare — per entrambi — una denominazione che enfatizzi l'aspetto comune del controllo sui conti e la loro documentazione. Pare d'altro canto innegabile che il momento unificante, per le varie ipotesi di controllo contabile, possa essere la distanza dalla funzione di amministrazione-gestione, mentre invece l'elemento caratterizzante — per una serie di altri e specifici aspetti — pare riferibile al carattere « esterno » di chi compie il controllo dei conti rispetto a chi fa parte della struttura organizzativa interna dell'impresa sociale. Questo carattere, inoltre, è da porre in relazione con il requisito d'indipendenza del soggetto cui i controlli vengono riferiti, che risulta funzionale a porre i presupposti per l'efficiente realizzazione dell'impresa e un suo buon rapporto col mercato delle risorse finanziarie.

(36) Nel caso delle società costituite prima del 2005, si tratterà di solito del semplice « mantenimento » del modello organizzativo preesistente, già recepito a livello statutario.

(37) V. S. FORTUNATO, sub art. 2409-bis, in G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES (nt. 13), II, 800; adde C. SASSO, sub art. 2409-bis, in A. MAFFEI ALBERTI (nt. 28), II, 1022-1023; M. SPIOTTA, sub art. 2409-bis, in AA.VV. (nt. 13), II, 972.

(38) V. l'art. 2397, comma 2, c. c., sui requisiti professionali richiesti ai componenti il collegio sindacale, dove almeno uno dei membri effettivi e dei supplenti deve essere revisore contabile (S. AMBROSINI, sub artt. 2397-2399, in AA.VV. (nt. 13), I, 865; G. DOMENICHINI, sub art. 2397, in G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES, (nt. 13), II, 725-726; v. anche L. BENATTI, sub artt. 2397-2406, in A. MAFFEI ALBERTI (nt. 28), II, 895). Si consideri che, nel c.d. sistema dualistico l'art. 2409-duodecies, comma 4, c. c. dispone che almeno uno dei membri del consiglio di sorveglianza sia iscritto nell'albo dei revisori dei conti tenuto presso il Mini-

sti casi si richiede la scelta come sindaci di iscritti all'albo dei revisori di conti, diventa assolutamente evidente la centralità che si riconosce alla funzione e alla figura professionale cui la stessa si affida. Da ultimo, è da sottolineare che l'opzione appena indicata è disponibile — sempre in base all'*incipit* del comma 3 appena citato — solo per le s.p.a. chiuse⁽³⁹⁾, mentre nelle società quotate⁽⁴⁰⁾ — che costituiscono una *species* nel *genus* di

stero della Giustizia (A. GUACCERO, sub art. 2409-octies-2409-quinquiesdecies, in G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES (nt. 13), II, 898-899; E. SANTI, sub art. 2409-duodecies, in A. MAFFEI ALBERTI (nt. 28), II, 1158; v. anche M.C. BREIDA, sub art. 2409-duodecies, in AA.VV. (nt. 13), II, 1163, nonché V. CARIELLO, *Organizzazione « strutturale » ed organizzazione « procedimentale » del consiglio di sorveglianza*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, n. 1, 262). Analoga previsione è dettata dall'art. 2409-octiesdecies c.c., in relazione ad uno dei componenti il comitato di controllo nel sistema monistico (A. GUACCERO, sub art. 2409-sexiesdecies-2409-noviesdecies, in G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES (nt. 13), II, 911; v. anche F. SALINAS, sub art. 2409-octiesdecies, in AA.VV. (nt. 13), II, 1225, nonché A. MAGNANI, sub art. 2409-sexiesdecies-2409-noviesdecies, in A. MAFFEI ALBERTI (nt. 28), II, 1206-1208).

⁽³⁹⁾ Che, quindi, dovranno rinunciare ad essa non appena si apprestino a mettersi in relazione con il mercato del capitale di rischio (ad esempio, emettendo quantità di strumenti finanziari che possano successivamente risultare diffusi in misura rilevante ai sensi dell'art. 2325-bis c.c., del T.U.F. e del Regolamento Emittenti a suo tempo adottato e successivamente implementato dalla Consob; cfr. la nota 25 che precede).

È da chiedersi se — anche a proposito della s.p.a. — possa essere riscontrato il *trade off* tra flessibilità del modello organizzativo e facilità dell'accesso alle risorse finanziarie provenienti dal sistema creditizio e/o dal mercato dei capitali, che è riscontrabile nella s.r.l. (v. *infra*, sub par. 3).

Se è agevolmente constatabile che la disciplina prevista oggi per le s.p.a. risulta più rigida rispetto a quella dettata per le s.r.l. (cfr. S. GATTI (nt. 26), 1), è comunque riscontrabile sia la permanenza di norme dispositive (quindi di per sé derogabili dall'autonomia statutaria), nonché l'incremento degli spazi lasciati a quell'autonomia, soprattutto nelle società chiuse (dal momento che la presenza di norme imperative ed inderogabili si accentua nella disciplina delle società emittenti strumenti finanziari quotati o diffusi tra il pubblico in misura rilevante). Inoltre, è da sottolineare che, in un'ottica di *Law and Economics* (e, quindi, di analisi economica del diritto), l'individuazione delle ragioni economiche della scelta del legislatore per una revisione contabile esterna serve a comprendere perché lo statuto delle società che emettono azioni (oppure, l'atto costitutivo di una s.r.l.) non dovrebbe in genere derogare a tale opzione normativa, dal momento che la credibilità di una revisione esterna — che si sottrae, perciò, alle logiche dei vari « *interna corporis* » e quindi ad ogni « *pressione di conformità* » rispetto alle scelte più discutibili operate (a livello contabile e di bilancio) dall'organo amministrativo — resta comunque superiore a quella del collegio sindacale; cfr. P. MONTALENTI, *Conflitto d'interessi e funzioni di controllo: collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, revisori*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 555.

⁽⁴⁰⁾ Le società quotate, a differenza delle società chiuse, soggette esclusivamente alla disciplina codicistica, sono sottoposte sia alla disciplina dell'art. 119 T.U.F. e del Regolamento Emittenti adottato dalla Consob con delibera n. 11971 del 14 maggio 1999 e successive modifiche, anche alla disciplina dettata dalla sgm (in specie, il regolamento del mercato, come

quelle aperte⁽⁴¹⁾ — non solo il controllo contabile è soggetto ad un'ulteriore e specifica disciplina⁽⁴²⁾, ma la funzione di amministrazione viene distinta anche da quella di direzione (o, meglio, gestione⁽⁴³⁾), oltre che dal controllo⁽⁴⁴⁾.

quelli adottati da Borsa Italiana S.p.a. per l'MTA e i suoi vari segmenti, come, ad esempio, il segmento STAR; v. S. BARTOLOMUCCI (nt. 2), 407), nonché ai codici di comportamento (cfr. R. ROSAPEPE, *Corretta amministrazione, codici di comportamento ed informazione*, in questa *Rivista*, 2008, 181, nonché P. FABBIO, *I codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali sleali*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 706; da ultima, su un tema contiguo, S. ROSSI, *Luci e ombre dei codici etici d'impresa*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, n. 1, 23), dettati dalle stesse sgm come dalle varie associazioni di categoria degli emittenti (i cc. dd. « *codes of best practice* », di cui parla la dottrina da qualche anno; cfr. S. GATTI, *Evoluzione della domanda e dell'offerta di attività finanziarie nella prospettiva dell'Euro, e rilevanza dei codes of best practice*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1999, 1), o codici di autodisciplina (M. STELLA RICHTER jr, *I comitati interni all'organo amministrativo*, in questa *Rivista*, 2007, 267-268; v. anche C. ALVISI, *Autoregolamentazione e corporate governance nella riforma del diritto societario*, in *Contr. e impr.*, 2002, III, 1046; N. BRUTTI, *Rilevanza giuridica dei codici di autoregolamentazione: osservazioni sui « codici di comportamento » delle società quotate*, in *Società*, 2007, 1217, nonché Id., *Codici di comportamento e società quotate*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 328; M.C. CARDARELLI, sub art. 14, lett. m) d.lgs. n. 303/2006, in AA.VV., *La tutela del risparmio*, a cura di A. NIGRO-V. SANTORO, Torino, 2007, 252; M. DE MARI, *Il Codice di autodisciplina delle società quotate in materia di corporate governance*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 141; A. GAMBINO, *Etica dell'impresa e codici di comportamento*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 881; N. IRTI, *Due temi di governo societario: (responsabilità « amministrativa » - codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 693; G. PRESTI, *Tutela del risparmio e Codice di Autodisciplina delle società quotate*, in *AGE*, 2006, I, 47). In riferimento al tema specifico della regolazione dei controlli interni nelle quotate, v. da ultimo, G. OLIVIERI, *I controlli « interni » nelle società quotate dopo la legge sulla tutela del risparmio*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 409.

⁽⁴¹⁾ Di cui all'art. 2325-bis c.c.

Da ultimo, impiega la categoria delle società aperte L. DE ANGELIS, *I battelli del Reno, le navi vichinghe e le locuste del capitalismo. Note minime a margine della scalata ad ABN-Amro*, in *Contr. e impr.*, 2008, 1299.

⁽⁴²⁾ V. S. FORTUNATO (nt. 37), 806.

⁽⁴³⁾ In linea di massima, la funzione di direzione (forse sarebbe preferibile parlare di gestione) è espressa, nelle s.p.a. quotate, dall'alta dirigenza della società (corrispondente al direttore generale) o — nelle imprese strutturate in una pluralità di divisioni — nei direttori generali (potendone essere previsto uno per ciascuna divisione). È anche possibile che l'ufficio di direzione (cui si riferisce anzitutto il T.U.F., quando espressamente, all'art. 13, comma 1, come modificato con d.lgs. n. 37/2004, ss. distingue tra « *amministrazione, direzione e controllo* », ma anche l'art. 2396, che sottopone l'esercizio dell'attività di direzione, quando svolta da soggetti di nomina assembleare, alla responsabilità di cui agli art. 2392 ss.) si articoli in una pluralità di funzioni, ma allora i vari direttori tendono — fatte salve le eccezioni previste da norme imperative di legge, come l'O.d.V. di cui al d.lgs. n. 231/2007 (già previsto dal d.lgs. n. 231/2001; cfr. D. GALLETTI, *I modelli organizzativi nel d.lgs. n. 231 del 2001: le implicazioni per la corporate governance*, in *Banca borsa*, 2006, I, 132) — ad essere gerarchicamente sottoposti al d.g.

In sostanza, l'interesse alla base della segnalata distinzione delle funzioni e delle strutture organizzative cui le stesse afferiscono (nonché dei

Nel testo si preferisce impiegare il termine gestione — in luogo di quello « direzione », adoperato a livello normativo (all'art. 11, lett. e), d.lgs. n. 164/2007, che attuando la Direttiva 2004/39/CE modifica il T.U.F. anche inserendo un comma 6-bis all'art. 61 — perché meno equivoco: direzione, infatti, può richiamare pure l'endiadi « direzione e coordinamenti » (cui ricorre il legislatore nella rubrica e nell'articolato del Capo IX corrispondente agli artt. 2497-2497-septies c.c.), nonché implicare la necessità di distinguere sempre e comunque alta direzione ed amministrazione, il che potrebbe anche risultare eccessivamente arduo in concreto.

(44) Anche la funzione di controllo, nelle società quotate, si « ramifica » e si specifica in modo notevolissimo, quasi parossistico... cfr. S. FORTUNATO, *Il dirigente preposto ai documenti contabili nel sistema dei controlli societari*, in *Società*, 2008, 401. In particolare, il controllo della contabilità, è rimesso:

1) All'organo di controllo interno (collegio sindacale o consiglio di sorveglianza);
2) Ad articolazioni interne dello stesso organo amministrativo (cfr. M. STELLA RICHTER jr (nt. 25), 261 s.);

3) ad una società di revisione (mentre nelle società chiuse, purché non appartengono a gruppi tenuti a redigere un bilancio consolidato — gruppi di cui facciano parte anche società aperte ma non quotate — la funzione può essere svolta da un revisore esterno; cfr. M. BUSSOLETTI, *Revisori contabili: alle volte, più reticenze che informazione. Una risposta in cerca di smentita*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2007, 749);

4) alla funzione di *Internal Audit*, competente al controllo interno sull'osservanza delle procedure interne e delle norme eteronome (primarie e secondarie), nonché dei regolamenti del mercato dove sono quotati i titoli emessi dalla società;

5) al dirigente preposto ai documenti contabili, che sia previsto dalle normative predette, nonché dalle norme convenzionali delle associazioni di categoria cui la società emittente abbia spontaneamente deciso di associarsi (cfr. L. DE ANGELIS, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in *Società*, 2006, 401; R. ROSAPEPE (nt. 40), 181; v. anche D. VATTERMOLI, sub art. 14, lett. n), in A. NIGRO-V. SANTORO (nt. 40), 270);

6) al dirigente preposto alla prevenzione dei reati societari e finanziari, nonché all'O.D.V. (l'acronimo sta per « Organismo di Vigilanza », cioè la struttura — prevista dal d.lgs. n. 231/2001, in particolare, all'art. 6, comma 1, lett. b) e d), nonché al comma 2, lett. d) — nell'organizzazione interna dell'impresa sociale, ma con un cospicuo coefficiente di autonomia (intesa come sottrazione al potere gerarchico della dirigenza; v. N. PISANI (nt. 25), 107).

Ritengo opportuno precisare che altro è il controllo interno espresso da un vero e proprio organo societario — che si colloca nella funzione di controllo di cui agli artt. 2380 ss. (nella Sezione VI-bis, del Capo V, Titolo V, Libro V « Del lavoro », c.c.) — altro è il controllo interno espresso, nell'ambito della funzione gestoria, dalla struttura dirigenziale dell'impresa (sulle differenze e le affinità tra le varie manifestazioni della tipologia dei controlli interni, nei vari modelli organizzativi disponibili per la s.p.a., v. G. FERRARINI, *Controlli interni e strutture di governo societario*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, Torino, 2007, 5). In tal caso si tratta del *feedback* della struttura organizzativa, necessario per controllare che la gestione si svolga

soggetti ivi incardinati), pare essere riferibile *in primis* alla necessaria posizione di terzietà da attribuire a chi esercita funzioni di controllo⁽⁴⁵⁾ rispetto a quanti svolgono compiti gestionali e redigono le scritture contabili, ma poi anche alla prescritta indipendenza⁽⁴⁶⁾ rispetto a chi esprime un ruolo

secondo le direttive dell'organo amministrativo e in modo da consentire le verifiche di legalità e di conformità ai principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria da parte dell'organo di controllo interno (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza o comitato di controllo).

(45) Una peculiare posizione è espressa, in proposito, da M. BUSSOLETTI (nt. 44), 550 s.: dopo aver evidenziato che la riforma ha previsto (all'art. 2399 c.c.) nuove ipotesi d'incompatibilità a carico di tutti i componenti del collegio, passa ad esaminare il ruolo dei sindaci « di minoranza », che si configurerebbero come una sorta di consulente del socio di minoranza (da questi pure adeguatamente remunerato, a prescindere dall'onorario di sindaco), quanto meno nelle società chiuse, mentre nelle società aperte l'esercizio dei loro poteri — come quello di cui all'art. 2367, comma 2, c.c. (cfr. C. MONTAGNANI sub art. 2367, in G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES (nt. 13), I, 479) — rimarrebbe legato alla scelta organizzativa di una dimensione del collegio (di cinque e non solo tre membri effettivi) tale da permettere che una pluralità dei suoi componenti eserciti quell'attribuzione.

(46) Sulla distinzione tra l'indipendenza e la nomina da parte della minoranza (o, comunque, di soggetti terzi rispetto a chi governa l'impresa sociale), v. G. FERRARINI-P. GIUDICI, *La legge sul risparmio, ovvero un pot-pourri della corporate governance*, in questa *Rivista*, 2006, 587. In termini critici circa il ricorso alla categoria dell'indipendenza, v. P. FERRO-LUZZI, *Indipendenti: da chi; da cosa?*, in questa *Rivista*, 2008, 204, che stigmatizza l'abuso di definizioni « in negativo », del tutto incapaci — di per sé — di esprimere contenuti concettualmente rilevanti. Per tentare un approccio al problema in termini positivi, l'A. (207), propone di riferire l'indipendenza al possesso di un requisito corrispondente ad un « valore di reputazione », come valore professionale e personale proprio del singolo come componente di organi societari, o incaricato di funzioni sociali o di mercato. È condivisibile sia la « boutade » (per cui è plausibile configurare l'indipendenza come « totalmente altro » rispetto all'indipendenza dalla maggioranza come a quella dalla minoranza; 205) che il « caveat » dell'illustre A. (per cui c'è il rischio di reputare indipendente solo chi non ha avuto precedenti esperienze e contatti col mondo degli affari; 209). Tuttavia, in chiave di politica del diritto, non pare discutibile che — con un approccio che valorizzi sia il « Case Method » caro all'esperienza giuridica di *Common Law* che lo strumentario concettuale e dogmatico proprio delle indagini svolte secondo la modalità sistematica propria dei giuristi « continentali » (la c.d. *Civil Law*) — si possa dare un contenuto al requisito d'indipendenza con un certo sincretismo. È così utile sia configurare — ad esempio, già al livello della normativa professionale, ma forse anche sul piano del regolamento dei mercati mobiliari dove sono quotati i titoli azionari delle società — limiti al cumulo degli incarichi, regole sui rischi di conflitto d'interessi, nonché regole *ad hoc* circa il requisito d'indipendenza, ecc. (in concreto, ciò è avvenuto con l'art. 148-bis, T.U.F., dettato per regolare il cumulo degli incarichi). Sul tema, cfr. M. LIBERTINI, *Sui requisiti di indipendenza del sindaco di società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 237; in riferimento alle quotate, cfr. P. MONTALENTI, *Amministrazione, controllo, minoranze, nella legge sul risparmio*, in questa *Rivista*, 2006, I, 975; da ultimo D. CATERINO, *Autodisciplina societaria e doveri del collegio sindacale nella legge sul risparmio*, in *Banca borsa*, 2008, I, 475.

proprietario nell'impresa⁽⁴⁷⁾, nonché al possesso di specifiche qualità professionali. Insomma, si tratta di un insieme di requisiti professionali⁽⁴⁸⁾ tali da consentire al mercato e ai finanziatori (che siano intermediari finanziari o investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale) di esprimere un sostanziale — ancorché implicito⁽⁴⁹⁾ — giudizio di affidabilità sulle risultanze delle scritture contabili e del bilancio sottoposto al « vaglio » di quel controllo⁽⁵⁰⁾. Sembra che la credibilità sul mercato⁽⁵¹⁾ dell'impresa sociale — come destinataria di risorse finanziarie, di credito commerciale, d'investimenti, ecc. — possa essere corroborata se le sue scritture contabili e il suo bilancio vengono apprezzati come conformi alle regole (e redatti secondo i principi di un'ordinata contabilità) da organi di controllo esterni, sulla cui terzietà e competenza professionale il mercato possa fare ragionevole affidamento⁽⁵²⁾.

(47) È evidente che questo tipo d'indipendenza risulti necessariamente molto tenue nel caso dei componenti degli organi interni della società, destinati ad essere sempre nominati — almeno in maggioranza — dagli stessi soci che nominano l'organo competente a svolgere funzioni gestionali, fatta salva l'adozione nello statuto del c.d. « voto di lista » (cfr. C. MALBERTI-E. SIRONI, *L'adeguamento delle società quotate al procedimento di nomina del consiglio di amministrazione mediante voto di lista: un'analisi empirica*, in questa *Rivista*, 2008, 721; per un'applicazione, cfr. M. STELLA RICHTER jr (nt. 25), 266-268. nonché D. VATTERMOLI (nt. 44), 9. Cfr. anche Court of Chancery of Delaware — in re LEAR CORPORATION SHAREHOLDER LITIGATION, C.A. n. 2728-Vcs — con nota di C. MALBERTI, *Recenti evoluzioni giurisprudenziali in materia di doveri fiduciari degli amministratori nel diritto degli Stati Uniti d'America*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, n. 2, 90; su una questione limitrofa cfr. App. Roma, 12 giugno 2006, con nota di M. BASSANI, *Profili di responsabilità dei consiglieri di amministrazione non esecutivi di banche: doveri di vigilanza e d'intervento e prova dell'immunità da colpa da parte dei singoli consiglieri*, *ivi*, 327).

(48) Vedremo — *infra*, sub par. 5 — che anche l'indipendenza, in fondo, potrebbe essere considerata come requisito professionale, ove prescritta.

(49) La valutazione si desume dal fatto che sul mercato l'impresa ha un certo credito.

(50) C. RABITTI BEDOGNI, *L'attuazione del principio d'indipendenza nell'esercizio della revisione*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2002, I, 20, parla di una « garanzia di sostanziale conformità » del bilancio ai principi contabili (nonché alle risultanze delle scritture contabili della società), il che costituisce sicuramente il valore su cui si fonda l'affidamento del mercato (v. la nota che segue).

(51) Cfr. R. VENTURINI, *Esigenze del mercato e tutela dei soci nell'operazione di azzeramento del capitale*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, 773.

(52) Per le società emittenti valori mobiliari quotati, peraltro, l'affidamento del mercato riposa sulla circostanza che sussiste una pluralità di livelli di controllo, per cui l'attività dei controllori è — a sua volta — soggetta al controllo di altri, in particolare di un'Autorità indipendente chiamata a vigilare su di essi. È quanto avviene, ad esempio, per le società di revisione, soggette alla vigilanza della Consob, che è tenuta anche a verificare se e come queste esercitano le attribuzioni relative ai propri incarichi. Per questo, ad esempio, è plausibile la soluzione proposta da M. BUSSOLETTI (nt. 44), 553, lì dove ipotizza che — quando nel corso della redazione

La considerazione spiega probabilmente la ragione per cui al controllo interno — che è prescritto in tutti i modelli societari, anche nelle società di persone⁽⁵³⁾ — si aggiunge il controllo contabile nella s.p.a. e nelle organizzazioni societarie più complesse, come i gruppi di società (soggetti all'obbligo del bilancio consolidato) o nelle s.p.a. che — avendo costituito patrimoni destinati ed emesso strumenti finanziari di partecipazione⁽⁵⁴⁾ — versano, nelle condizioni di cui all'art. 2447-ter, comma 1, lett. f), c.c.⁽⁵⁵⁾.

Per questa via rientrano nell'area del controllo contabile obbligatorio anche un gran numero di s.r.l. e di società di persone, che — in quanto strutturalmente inserite in gruppi di società e soggette al consolidamento dei conti⁽⁵⁶⁾ — non possono evitare il controllo di un revisore o di una società di revisione⁽⁵⁷⁾.

L'interesse generale a presidio del quale è disposto tale genere di controllo⁽⁵⁸⁾ è riferibile in entrambi i casi — cioè, sia per le s.p.a. che per i gruppi soggetti al consolidamento dei conti — a quello del mercato⁽⁵⁹⁾ (cioè, sostanzialmente dei soggetti che operano sullo stesso, come investi-

della pre-bozza di bilancio — la dialettica tra amministratori e società di revisione comporti « aggiustamenti » della stesura originaria richiesti da quest'ultima, la stessa possa (ma è da ritenere che si tratti di potere ad esercizio doveroso) segnalare la circostanza nel libro della revisione. In mancanza, infatti, l'Authority non avrebbe modo di verificare l'esercizio della funzione di controllo contabile da parte della società di revisione (cfr. M. BUSSOLETTI (nt. 44), 558).

(53) V. le prescrizioni degli artt. 2261 e 2320 c. c.

(54) V. A. NIUTTA (nt. 30), 248.

(55) A. NIUTTA, *I patrimoni e finanziamenti destinati*, Milano, 2006, 60-62.

(56) In ordine al rapporto tra la definizione dell'area del consolidamento, la nozione di controllo e le varie serie di disposizioni da applicare, cfr. ancora M. LAMANDINI, *Qualche spunto esegetico sulla nozione di controllo ai fini del consolidamento integrale*, in *AA.Vv.*, *I gruppi di società*, Milano, 1996, II, 1453.

(57) Chiaramente, secondo i casi, si tratterà di una revisione contabile o di una società di revisione iscritti nell'albo tenuto presso il Ministero della Giustizia o esclusivamente di una società di revisione iscritta nell'albo Consob. Cfr. S. FORTUNATO (nt. 37), 804 s. Propone una ricostruzione del sistema italiano — per come risulta dopo la riforma — in termini critici secondo argomenti di tipo comparatistico M. LA ROSA, *Black-out nei controlli: stato dell'arte e prospettive di riforma in tema di revisione contabile*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 188.

(58) V., già nel contesto della riforma, V. CARRIERO, *Revisione contabile ed interessi in conflitto*, in *Società*, 2003, 1602; v. ancora S. FORTUNATO, *Fallimento del mercato e revisione contabile*, in *AA.Vv.*, *Nuove prospettive della tutela del risparmio*, Milano, 2006, 85; dello stesso Autore v. anche *La revisione contabile nella tutela del risparmio*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, n. 1, 37.

(59) Cfr. G. FERRARINI-P. GIUDICI, *I revisori e la teoria dei Gatekeepers* in *AA.Vv.*, *Nuove prospettive della tutela del risparmio*, Milano, 2006, 115.

tori, finanziatori o comunque terzi coinvolti nell'attività d'impresa⁽⁶⁰⁾, vale a dire fornitori, dipendenti, intermediari nel collocamento dei relativi prodotti o servizi) a fare affidamento sulla regolarità, conoscibilità e confrontabilità dei conti, secondo un criterio di trasparenza⁽⁶¹⁾.

Questa funzione di vigilanza sulla regolarità ed affidabilità dei conti s'impone quale che sia il modello di amministrazione e controllo adottato dalla società per azioni: sia essa soggetta al controllo interno di un collegio sindacale (nel sistema tradizionale), di un consiglio di sorveglianza (avendo adottato il sistema dualistico), o di un comitato di controllo (nel sistema monistico), la funzione di revisione dei conti sembra dover essere svolta comunque, secondo i commi 1 e 2 dell'art. 2409-bis c.c.

Anche quando la società sia soggetta a revisione in quanto inserita in un gruppo di società tenute al consolidamento dei bilanci è possibile che si debba conciliare la funzione (e il relativo potere) del revisore esterno — o della società di revisione⁽⁶²⁾ — con il potere di controllo interno. In quel

⁽⁶⁰⁾ Si tratta degli « stakeholders » di cui da tempo si occupa la dottrina più sensibile alle suggestioni del metodo indicato come « *Law and Economics* ». V. *infra*, sub nota 66.

⁽⁶¹⁾ Mi sia consentito rinviare alle considerazioni già proposte altrove; v. A. NIUTTA, *I gruppi di società nella Legge-delega n. 366 del 3 ottobre 2001*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 357. È da dire che attualmente il presidio della finalità di trasparenza — già a suo tempo espressa nel T.U.F. all'art. 5, comma 3, esteso (per effetto della c.d. « legge sul risparmio » e successive modificazioni; v. A. NIUTTA, *L'abrogazione dell'art. 100, comma 1, lett. f) e le previsioni del nuovo art. 100/bis T.u.f. nella c.d. « legge sul risparmio » (l. 28 dicembre 2005, n. 262): una proposta di ricostruzione sistematica*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2007, I, 26) all'ordinamento bancario — è oggi rafforzato per effetto dell'adozione del d.lgs. n. 195 del 6 novembre 2007 (rubricato « Trasparenza »). È da sottolineare, da parte mia, che il lessico giuridico e lo strumentario concettuale — italiano e comunitario — sembrano tuttora più poveri di quello statunitense: non è solo una questione linguistica quella che impone di rimarcare che la disciplina dei mercati abbisogna di trasparenza come « Disclosure », piuttosto che come semplice e formale « Transparency ». Adopera correttamente il termine « disclosure » (collegandolo al *Sarbanes-Oxley Act*, in vigore negli USA), da ultima, D. CATERINO (nt. 46), 474, alla nota 2. V. anche S. AMOROSINO, *Funzioni e poteri della Consob « nouvelle »*, in *Banca borsa*, 2008, I, 137.

⁽⁶²⁾ L'affidamento della funzione di controllo contabile ad una società di revisione piuttosto che ad un revisore contabile è prescritto per le società emittenti strumenti finanziari diffusi dall'art. 116 T.U.F., tenute a sottoporre a revisione sia il bilancio d'esercizio che un eventuale bilancio consolidato che fossero tenute a redigere; in tal senso l'obbligo di depositare — insieme al bilancio d'esercizio e consolidato — anche la relazione della società di revisione è espressamente disposto dall'art. 154-ter, comma 1, nonché espressamente dall'art. 165 T.U.F. (che regola la revisione contabile del bilancio d'esercizio della capogruppo quotata e del bilancio consolidato relativo al gruppo, imponendo anche obblighi di comunicazione e collaborazione alle società di revisione incaricate del controllo contabile delle società appartenenti al gruppo medesimo).

caso, allora, è opportuno tentare di fondare su dati obiettivi — in maniera del tutto analoga a quanto fatto nell'art. 2409-ter, comma 1, lett. a-c), c.c.⁽⁶³⁾ — la distinzione tra la funzione di controllo contabile e quella di controllo interno.

In uno scritto recente⁽⁶⁴⁾ evidenziavo sì la distinzione, ma rilevavo anche l'esigua distanza tra il controllo interno e il controllo contabile. Si tratta ora di « dettagliare » e spiegare un'affermazione che rischiava anche d'apparire apodittica... e, per farlo, sarebbe opportuno instaurare un raffronto con i modelli organizzativi corrispondenti ai tipi sociali su base personale.

In limine, però, è il caso di notare che — nella s.p.a. — il controllo contabile attiene alla regolarità formale e sostanziale delle scritture (intesa come rispondenza alla legge⁽⁶⁵⁾ della rilevazione e rappresentazione contabile dei fatti aziendali), nonché alla corrispondenza del bilancio a quelle scritture, e all'osservanza (nella sua redazione) dei principi contabili. Questa regolarità si traduce nella piena intelleggibilità delle scritture, nella possibilità di confronto con quelle delle altre imprese del settore, e permette un fondato giudizio sull'impresa e la sua struttura aziendale da parte di ciascuno dei soggetti interessati (o « stakeholders »⁽⁶⁶⁾), cioè finanziatori, investitori, dipendenti, fornitori, ecc.

Nell'ipotesi in cui la società emittente strumenti finanziari quotati sia soggetta a controllo di una società non quotata, il seguente art. 165-bis assoggetta al controllo contabile della medesima società di revisione anche la controllante e le altre società soggette al medesimo controllo della quotata. Inoltre, ai sensi dell'art. 165-ter, sono sottoposte alle previsioni dell'intera Sezione VI-bis le quotate e le emittenti strumenti finanziari diffusi su mercati regolamentati italiani che controllano (o sono controllate da o collegate a) società straniere soggette ad ordinamenti che non garantiscono adeguata trasparenza dei conti (indicati da un regolamento adottato dal Ministero della Giustizia d'intesa con quello dell'Economia).

⁽⁶³⁾ V. S. FORTUNATO (nt. 37), 813; v. anche M. MAGGIOLINO, sub art. 2409-ter, in *Collegio sindacale. Controllo contabile*, a cura di F. GHEZZI, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi e M. Notari, Milano 2005, 393.

⁽⁶⁴⁾ A. NIUTTA, *La nuova disciplina delle società controllate: aspetti normativi dell'organizzazione del gruppo di società*, in questa *Rivista*, 2003, 791.

⁽⁶⁵⁾ Ci si riferisce sia alla normativa di fonte primaria che a quella di matrice secondaria; si tratta di una verifica relativa alla « compliance », cioè alla conformità della rappresentazione contabile rispetto alle norme applicabili: cfr. G. FERRARINI (nt. 44), 18.

⁽⁶⁶⁾ La « Stakeholders' Theory » ha la sua genesi in un lavoro di qualche anno fa di un economista statunitense: v. R.E. FREEMAN, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Boston, 1984.

La migliore dottrina italiana ha recepito da tempo questo concetto, inquadrato ora in un'impostazione sistematica nuova, alle luce della riforma: v. C. ANGELICI, *Società, persona e impresa*, ora in *Attività ed organizzazione* (nt. 11), 339.

Il controllo interno, invece, si riferisce per lo più alla regolarità dell'attività sociale, intesa come attività dei vari organi, ma anche al controllo circa l'efficienza, la funzionalità e la coerenza rispetto ai principi economico-aziendali dell'organizzazione in cui si struttura l'impresa sociale (o il gruppo di società)⁽⁶⁷⁾: in questo risiedono sia l'aspetto di somiglianza⁽⁶⁸⁾ che il contenuto della sostanziale distinzione dal controllo contabile⁽⁶⁹⁾.

È raro⁽⁷⁰⁾, per questo, che si preveda la potestà — per un organo — di surrogarsi ad un altro⁽⁷¹⁾, anche in caso d'irregolarità nel funzionamento. Rinviando al paragrafo che segue il raffronto con le modalità di esercizio del controllo nella s.r.l., si può già da ora rilevare che nelle società di persone il fondamento del potere di controllo — riconosciuto ai soci che non amministrano — pare da rinvenire nel (almeno tendenziale) riconoscimento a tutti i soci del potere di amministrare⁽⁷²⁾, che consente (nel c.d. sistema d'amministrazione disgiuntiva⁽⁷³⁾) a ciascuno di bloccare — con la propria opposizione — la realizzazione di un atto di gestione da parte di un altro (con l'effetto, però, di rimettere la decisione alla maggioranza⁽⁷⁴⁾). Per quanto attiene poi, più specificamente, al potere di controllo riconosciuto ai soci non amministratori dall'art. 2261 c.c., i suoi risultati possono determinare la revoca degli amministratori (ai sensi dell'art. 2259 c.c.), il recesso del socio per giusta causa (in base all'art. 2285,

(67) A. NIUTTA (nt. 64), 781-787.

(68) Perché anche qui la verifica muove dal rispetto della normativa nella gestione.

(69) Dal momento che il controllo interno, a differenza del controllo contabile, vuole verificare se la gestione dell'impresa si è svolta secondo le linee dell'alta direzione della società.

(70) Prima della riforma, un'ipotesi — oggi non più presente nel nostro ordinamento — era quella prevista dall'originaria stesura dell'art. 2386, comma 4, c.c.; v. A. NIUTTA, *La funzione di amministrazione attiva del collegio sindacale*, in *Dir. fall.*, 1994, I, 432. Un'ipotesi mi pare ora individuabile nella legittimazione del collegio sindacale — nel sistema tradizionale di amministrazione e controllo — a promuovere l'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori, ai sensi dell'art. 2393, comma 3, c.c. (cfr., da ultimo, A. PASCOLIN, *La legittimazione del collegio sindacale di società a responsabilità limitata all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 106 s.), o a convocare l'assemblea, ad esempio, ai sensi dell'art. 2447 c.c., per i provvedimenti previsti; cfr. M. BUSSOLETTI (nt. 44), 551.

(71) Cfr. A. NIUTTA (nt. 70), 432.

(72) V. l'art. 2257, comma 1, c.c.

(73) L'amministrazione è congiuntiva, invece, occorrendo di norma — ai sensi dell'art. 2258, comma 1, c.c. — il consenso di tutti i soci amministratori, a ciascuno di essi spetterà una sorta di potere di veto, salvo che lo statuto sociale, magari solo per un certo genere di decisioni, richieda il consenso della maggioranza (che verrà calcolato, allora, per quote d'interessi, ai sensi dell'art. 2257, comma 3, c.c.).

(74) Anche se si tratta di quella calcolata in base alla quota di partecipazione agli utili (v. l'art. 2257, comma 3, c.c.).

comma 2, c.c.), o anche l'esclusione del socio-amministratore responsabile di una *mala gestio* che si sia tradotta anche in irregolarità nella tenuta delle scritture contabili o in falsità del bilancio. Questo perché l'irregolarità della gestione o delle scritture rileva in quanto realizza una lesione funzionale del rapporto sociale, causa di rottura della c.d. *affectedio societatis*.

Nella s.p.a., invece, dove la rilevanza del fatto organizzativo e di mercato prevale⁽⁷⁵⁾ sul fondamento negoziale della società, anche la funzione di controllo contabile resta ben distinta da quella di controllo interno. La circostanza per cui la partecipazione si esprime in un certo numero di strumenti finanziari — almeno tendenzialmente — liberamente trasferibili esprime in modo evidente che la società si configura come un tipico mezzo di finanziamento dell'impresa, dove gli azionisti, come soci, sono generalmente del tutto disinteressati alla gestione, se non per il fatto d'essere — per un verso — « residual claimants⁽⁷⁶⁾ » (ovvero, titolari di pretese residuali nei confronti della società⁽⁷⁷⁾), per quanto attiene sia all'aspettativa del dividendo, che di una quota dell'eventuale residuo attivo di liquidazione (entrambi incidenti — anche se non in modo del tutto determinante — sul valore di scambio dell'azione).

Ne deriva l'assoluta ragionevolezza della prescrizione di cui all'art. 2409-*sexies*, c.c.⁽⁷⁸⁾: i soggetti (società di revisione, revisore contabile o collegio sindacale) cui è attribuita la funzione di revisione contabile rispondono — verso la società, i soci e i terzi — ma solo dei danni derivanti dall'inadempimento ai loro doveri. E non è chi non veda che, oggi, i doveri direttamente riferibili al revisore contabile, o alla società di revisione sono definiti in modo assolutamente preciso, a differenza di quanto si poteva dire in precedenza (cioè prima della riforma) per doveri del collegio sindacale, sostanzialmente « disegnati » per sovrapposizione su quelli degli amministratori.

3. Il « controllo legale dei conti », nella s.r.l., è regolato dall'art. 2477 c.c.⁽⁷⁹⁾, che lega la necessità della previsione — nell'atto costitutivo — del

(75) Per tutti, cfr. B. LIBONATI (nt. 12), 209.

(76) L. ENRIQUES, *Quartum non datur: appunti in tema di « strumenti finanziari partecipativi » in Inghilterra, negli Stati Uniti e in Italia*, in *Banca borsa*, 2005, I, 178; B. LIBONATI (nt. 12), 242.

(77) M. SCIUTO, *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un'analisi comparatistica)*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 573 e 575.

(78) Cfr. S. FORTUNATO (nt. 37), 845; v. anche C. SASSO, *sub art. 2409-*sexies**, in A. MAFFEI ALBERTI (nt. 28), II, 1086; M. SPIOTTA, *sub art. 2409-*sexies**, in AA.VV., (nt. 13), II, 1058.

(79) G. RACUGNO, *sub art. 2477*, in G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES (nt. 13), III,

collegio sindacale o al superamento del livello di capitale minimo previsto per la s.p.a. (comma 2), ovvero di due dei livelli (relativi alla struttura e alla dimensione economica dell'attività d'impresa) disposti dall'art. 2435-bis, c.c. per la redazione del bilancio abbreviato (comma 3).

Chiaramente, la prima previsione sfrutta un dato quantitativo — utile a definire non tanto una dimensione economica dell'attività, quanto quella dell'investimento nella società — per configurare un livello minimo di controlli (interni, ma eventualmente anche esterni) da garantire a chi investe nella stessa.

L'altra previsione, invece, sembra più attenta alla dimensione economica dell'attività — incentrata com'è sulla sussistenza di almeno due dati (quello relativo al totale degli attivi risultanti dallo stato patrimoniale, piuttosto che al fatturato o al numero degli occupati) — considerata utile a cogliere la rilevanza del fenomeno e quindi a definire il controllo contabile come necessario in base ad una previsione di legge, che si riferisce a dati fattuali, relativi alla dimensione dell'attività d'impresa o della struttura aziendale che la esercita.

Ciò non esclude — anzi, si ammette espressamente tale possibilità — che in sede di predisposizione originaria dell'atto costitutivo (ovvero, all'interno di una sua modifica successiva)⁽⁸⁰⁾ — si possa prevedere un controllo legale dei conti della società ad opera di un collegio sindacale o di un revisore. Anzi, ritengo pure ammissibile che — ad opera dell'atto costitutivo — sia disegnato un modello organizzativo dei controlli «bi-partito», in tutto analogo⁽⁸¹⁾ a quello previsto per una s.p.a.⁽⁸²⁾

1611; v. anche C. SASSO, sub art. 2477, in A. MAFFEI ALBERTI (nt. 28), III, 1996; L. QUATTROCCIO, sub art. 2477 c.c., in AA.VV. (nt. 13), II, 1893.

Da ultimo, D. CORRADO, sub art. 2477 c.c., in *Società a responsabilità limitata*, a cura di L.A. BIANCHI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2008, 807.

⁽⁸⁰⁾ Salvo verificare, poi, l'incidenza di una modificazione statutaria del genere sul diritto dei soci (e dei terzi), anche quanto ai mezzi di reazione offerti loro per tutelarne l'interesse all'informazione (v. B. LIBONATI, *L'informazione societaria e i documenti contabili*, in AA.VV., *L'informazione societaria*, Milano, 1982, vol. II, 1019 ss.). In generale, sull'interesse dei soci all'informazione nella nuova s.r.l., v. C. MONTAGNANI, *Informazione e controlli nelle nuove s.r.l.*, Padova, 2008, spec. 206 ss.

⁽⁸¹⁾ È noto — e, in linea di massima, del tutto condivisibile — l'orientamento per cui l'applicazione analogica delle norme del nuovo diritto societario deve seguire criteri molto rigorosi, per il fatto che la riforma ha definito due modelli destinatari di una disciplina «ad hoc» e tendenzialmente impermeabili, quanto meno in relazione alla regolazione del fatto organizzativo (ad esempio, cfr. S. ROSSI, *Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, in AA.VV., *Scritti in onore di V. Buonocore*, Milano, 2005, 3709, nota 32). Del resto, tale posizione è del tutto coerente con l'impostazione per cui la nuova disci-

Per comprendere quale possa essere il perché di una simile previsione — apparentemente, tale da ingenerare una sorta di «superfetazione» dei controlli⁽⁸³⁾ e un incremento di complessità nell'attività sociale — è il caso di riferirsi ad almeno due ordini di possibili ragioni.

plina della s.r.l. muove dalla rinuncia — almeno fino a una diversa opzione espressa dai soci nell'atto costitutivo — ad un modello organizzativo della società costruito in base «ad un'impostazione di tipo organico e ad un'idea di specializzazione funzionale»: v. G. GUIZZI (nt. 17), 28; cfr. M. RESCIGNO, *Le regole organizzative della gestione della s.r.l.*, in G. CIAN (a cura di), *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, Padova, 2004, 325; P. SPADA (nt. 10), 503, evidenzia che nella s.r.l. una rigida articolazione interna per uffici assume solo carattere eventuale, di per sé inidoneo ad assumere rilievo per una tipizzazione.

Tuttavia, è da ritenere che il modello corrispondente alla s.r.l. possa più facilmente essere «piegato» dai soci, con l'introduzione nell'atto costitutivo di regole statutarie sostanzialmente coincidenti ad aspetti della disciplina della s.p.a. (in questo senso C. SASSO (nt. 79), 2003; *contra* G. RACUGNO (nt. 79), 1616, che esclude la possibilità di prevedere, nell'atto costitutivo di una s.r.l., sia il collegio sindacale che il revisore esterno, argomentando che il controllo del collegio sindacale non possa essere così privato del controllo contabile e sul bilancio, proprio per non ledere l'affidamento di terzi) e che il finanziatore possa «suggerire» l'adozione di tali regole — più garantiste per il suo interesse alla prevedibilità e stabilità delle decisioni dell'impresa finanziata, condizionando implicitamente l'an e il quantum del finanziamento a quei fatti organizzativi.

Né può sembrare un'indebita interferenza sui caratteri strutturali dell'impresa destinataria delle risorse finanziarie: nella misura in cui la sicurezza del rimborso e della remunerazione per il finanziamento risente in genere del merito di credito relativo al destinatario delle risorse finanziarie e questo viene certamente influenzato dalla razionalità e prevedibilità delle sue decisioni economiche e queste — a loro volta — risentono del modello organizzativo in concreto adoperato o formalmente adottato: cfr. M. SCIUTO (nt. 28), 715.

⁽⁸²⁾ È ormai acquisita — in dottrina, ma anche in giurisprudenza — la consapevolezza che, nel diritto delle società di capitali novellato, la s.r.l. non è più considerata alla stregua di una piccola s.p.a., ma diventa una società di persone (v. S. DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 286) «a responsabilità limitata» (M. STELLA RICHTER jr, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*², Milano, 2005, 274).

⁽⁸³⁾ Di cui si duole — in riferimento alle s.p.a. quotate — S. FORTUNATO (nt. 44), 402. Si potrebbe concludere che l'esigenza «liberista» (per cui sarebbe opportuno rimuovere «lacci e laccioli») che ostacolano il libero sviluppo dell'iniziativa economica privata, secondo l'insegnamento di L. Einaudi) sia ancora più avvertita per le s.r.l., cui è precluso peraltro il collocamento di prodotti finanziari ed ogni forma di sollecitazione all'investimento. Tuttavia, se ciò comporta un ruolo più forte dell'autonomia negoziale — da esprimere sia in sede di redazione originaria dell'atto costitutivo, che di approvazione di modifiche successive — non si può trascurare che, proprio in funzione delle necessità finanziarie dell'impresa sociale (da soddisfare appunto per la s.r.l. senza ricorrere al mercato, quindi ricorrendo o al finanziamento dei soci e a quello bancario), il sistema dei controlli (più o meno efficienti e credibili che siano) potrebbe condizionare la facilità di accesso al finanziamento esterno. Ciò potrebbe indurre l'adozione di soluzioni che il finanziatore consideri più garantiste per il proprio interesse a monitorare l'impresa sociale.

Da un lato, una società che si assoggetta *sua sponte* a revisione potrebbe trovare con maggiore facilità credito in ambito bancario (a parità di condizioni) rispetto ad un'altra, potenziale debitrice ma meno trasparente⁽⁸⁴⁾. E la cosa potrebbe non essere irrilevante, ove l'impresa fosse poco dotata di mezzi propri.

D'altro canto, poi, assoggettarsi ad un più intenso livello di controlli potrebbe anche rendere più trasparente l'impresa sociale, e quindi forse più agevole la ricerca di potenziali acquirenti per le quote, cioè più liquido l'investimento nella società⁽⁸⁵⁾. Con ulteriori vantaggi allorché l'ingresso di nuovi soci, magari in posizione di controllo, potesse risultare utile (o fosse addirittura indispensabile) per l'eventuale ristrutturazione aziendale di un'impresa che fosse incorsa in una crisi imprevista⁽⁸⁶⁾.

Dunque, per una s.r.l. la soggezione a revisione contabile obbligatoria può dipendere: *a*) dall'inserimento in un gruppo di società tenuto a redigere un bilancio consolidato; *b*) se il capitale sociale è superiore al minimo legale previsto per la s.p.a. (120.000 Euro); *c*) dal superamento — per due esercizi successivi — di almeno due dei limiti indicati dall'art. 2435-bis c.c.⁽⁸⁷⁾.

Anche se l'atto costitutivo prevede espressamente questa funzione, la revisione contabile diviene, in un certo senso, obbligatoria a livello statutario, cioè non rinunciabile per gli amministratori della società, a meno di non promuovere⁽⁸⁸⁾ — ed ottenere — una modifica in tal senso dell'atto costitutivo⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁴⁾ Del resto, questa ragione è coerente con quella che, storicamente, ha rappresentato la ragione per il ricorso alla revisione facoltativa quando ancora non era prevista quella obbligatoria: v. M. LA ROSA (nt. 57), 191.

⁽⁸⁵⁾ La previsione nell'atto costitutivo, allora, incide sia sulla definizione del valore della quota che sulla liquidabilità dell'investimento tramite la circolabilità della medesima quota (cfr. G. FERRI jr, *Investimento e conferimento*, Milano, 2001, 404). Si ricorda, però, l'ammissibilità di limitazioni statutarie alla circolazione (v. S. GATTI (nt. 26), e le norme regolamentari citate *supra*, alla nota 28).

⁽⁸⁶⁾ Da ultimo, per una disamina dei rapporti ed interferenze tra le fattispecie di insolvenza e crisi d'impresa, F. MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in questa *Rivista*, 2008, 102.

⁽⁸⁷⁾ V. M. BUSSOLETTI-P. DE BIASI, sub art. 2435-bis, in G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES (nt. 13), II, 1094.

⁽⁸⁸⁾ Salvo il caso di un socio che corrisponda ad una persona giuridica, nella s.r.l. l'amministratore corrisponde ad uno dei soci. In ogni caso, una modifica dell'atto costitutivo è oggetto di una decisione dei soci (ai sensi dell'art. 2479, comma 2, c.c.; v. A. NUZZO, sub art. 2479, in G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES (nt. 13), III, 1622), che può essere sottoposta all'approvazione dei soci da uno o più amministratori, in base al comma 1 della medesima disposizione.

V. anche M. DE PAOLI, sub art. 2479 c.c., in L.A. BIANCHI (nt. 79), 879.

⁽⁸⁹⁾ V. *supra*.

La rassegna d'ipotesi (di revisione contabile nella s.r.l.) appena proposta mostra come tutto il sistema condiziona la sussistenza della revisione contabile — come forma specifica di tutela — a precise scelte dei soci, in ordine alla dimensione dell'investimento. Infatti, basterà che il capitale sociale non superi i 120.000 Euro perché non occorra la revisione, a meno che per due esercizi la dimensione economica dell'attività non raggiunga due dei limiti indicati dall'art. 2435-bis c.c.

D'altro canto, se l'atto costitutivo (anche a seguito di una modifica) preveda la necessità della funzione di revisione contabile — pur in mancanza dei presupposti di cui all'art. 2477, commi 2 e 3, c.c. (o del 2409-bis, comma 3, c.c.)⁽⁹⁰⁾, il relativo controllo appartiene in concreto al modello organizzativo adottato da quella società e deve essere svolto secondo le regole dettate dal § 4 del Capo V, Titolo V c.c.⁽⁹¹⁾.

È da chiarire, infine, la previsione del comma 4 dell'art. 2477 appena citato, vale a dire le ragioni per cui l'atto costitutivo potrebbe prevedere — derogando a quella norma dispositiva — che il controllo contabile spetti ad un revisore contabile esterno, e non venga svolto dal collegio sindacale.

Peraltro, il ruolo del revisore — in questo caso, nelle vesti del consulente finanziario o di esperto nei modelli organizzativi disponibili per le PMI — diventa nuovamente rilevante lì dove possa essere utile una riorganizzazione dell'impresa (tramite operazioni di trasformazione, fusione e scissione), ovvero altre operazioni di finanza straordinaria, da realizzare o meno tramite modifiche dell'atto costitutivo⁽⁹²⁾. In effetti, la fattibilità

⁽⁹⁰⁾ Per quanto concerne l'art. 2477, commi 2 e 3.

Anche la previsione dell'art. 2409-bis, c.c. è stata oggetto di numerosi commenti: M. MAGGIOLINO, sub art. 2409-bis, in F. GHEZZI (nt. 63), 339; C. SASSO (nt. 37), 15; M. SPIOTTA (nt. 37), 965.

⁽⁹¹⁾ Per l'interferenza tra tale clausola e il diritto dei soci, la sua rimozione non sembra poter essere affatto agevole... la tutela dei terzi (soci, creditori, ecc.) pare costituire un interesse generale e prevalente rispetto a quello della maggioranza.

⁽⁹²⁾ Il pensiero va all'emissione di titoli di debito, di cui all'art. 2483 c.c.; cfr. M. CAMPOBASSO (nt. 24), 764: l'atto costitutivo — nel prevedere la possibilità per la s.r.l. di emettere titoli di debito — potrà attribuirne la relativa competenza agli amministratori o ai soci.

È chiaro che (stante la previsione dell'art. 2483, comma 2, che attribuisce ai soli investitori professionali la possibilità di sottoscriverli) l'emissione dei suddetti titoli corrisponde all'acquisizione di risorse finanziarie da parte della s.r.l.: è ipotizzabile, ad esempio, che quando la società richiede un finanziamento bancario, l'istituto erogante richieda un'emissione di titoli di debito a proprio favore e che — quando l'atto costitutivo non preveda già tale possibilità — i soci provvedano a modificarlo in tal senso. Chiaramente, allora, l'emissione presuppone che la società emittente goda del merito di credito (767).

Per la banca erogante l'acquisizione dei titoli consente di negoziarli (con altri investitori professionali), in modo da rendere più « liquido » l'impiego corrispondente al finanziamento,

ed utilizzabilità del piano (per uscire da fasi contrassegnate da criticità e che comportino non solo immissioni di nuove risorse finanziarie, ma anche una revisione del modello organizzativo), possono imporre l'apporto di professionalità esterne, non presenti nell'organigramma dell'impresa, che sappiano indirizzare verso soluzioni adeguate delle problematiche finanziarie, aziendali, giuridiche, contabili e fiscali.

Infine, è da considerare che nella nuova s.r.l. è ora prevista — oltre alla funzione di controllo dei conti espressa dal revisore contabile ed, eventualmente, al controllo interno di un collegio sindacale (che sia o meno in alternativa al primo) — la possibilità di un potere di controllo espresso dai soci non amministratori⁽⁹³⁾, ai sensi dell'art. 2476, comma 2 ss., c.c.⁽⁹⁴⁾.

Ciò si traduce anche nella legittimazione riconosciuta ai soci « controllori » dall'art. 2476, comma 3 ss., c.c. utile per consentire loro di promuovere un'azione di responsabilità verso i soci che hanno gestito male la società⁽⁹⁵⁾, ma anche — in base al comma 7 del medesimo articolo — verso quei soci « che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato » il compimento di atti dannosi da parte dei soci-amministratori.

È da credere che in tal senso rilevi anche il semplice concorso — chiaramente, espresso nei termini di un esplicito consenso⁽⁹⁶⁾ — nella decisione.

senza rischiare la responsabilità solidale con l'emittente di cui all'art. 2483, comma 2 (seconda parte) c.c.

⁽⁹³⁾ Cfr. F. CIAMPI, *Novità della Novella per le azioni di responsabilità nelle s.r.l.*, in *Società*, 2006, 289; M. MAUGERI, *Quali diritti particolari per il socio a responsabilità limitata?*, in questa *Rivista*, 2004, 512; cfr. anche M. MOZZARELLI, *Decisioni dei soci e profitti di responsabilità degli amministratori nei confronti della s.r.l.*, in questa *Rivista*, 2008, 409, nonché C.A. PROTO, *Le azioni di responsabilità contro gli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2004, 1133; M. RESCIGNO, *Soci e responsabilità nella nuova s.r.l.*, in *AGE*, 2003, 297; in giurisprudenza cfr. Trib. Udine 11 febbraio 2005, in *Dir. fall.*, 2005, II, 808, con nota di M. BIANCA, *La responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata*.

È da evidenziare che questa diversa posizione del socio nell'organizzazione sociale rappresenta l'ovvia conseguenza delle differenze che si riscontrano, ad esempio, al livello della disciplina dei conferimenti nei due tipi sociali (v. C. ANGELICI, *Il socio nella riforma*, ora in *Attività ed organizzazione* (nt.11), 184, per una spiegazione dei presupposti concettuali e normativi di quelle diversità).

⁽⁹⁴⁾ S. AMBROSINI, sub art. 2476, in G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES (nt. 13), III, 1586; O. CAGNASSO, sub art. 2476 c.c., in AA.VV. (nt. 13), II, 1875; v. anche F. PASQUARIELLO, sub art. 2476, in A. MAFFEI ALBERTI (nt. 28), III, 1972 nonché, da ultimi, A. ANGELLIS e G. SANDRELLI, sub art. 2476 c.c., in L.A. BIANCHI (nt. 79), 665.

⁽⁹⁵⁾ Nonché, di chiederne contestualmente la revoca; v. F. BRIOLINI, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 783; G.U. TEDESCHI, *Responsabilità e revoca degli amministratori di s.r.l.*, in *Contr. e impr.*, 2008, 1273.

⁽⁹⁶⁾ È evidente perché non può bastare un'astensione: occorre un atto univocamente

Con ciò è ulteriormente evidente la vicinanza della nuova s.r.l. al modello organizzativo previsto per le società di persone, ma questo non esclude la possibilità che l'atto costitutivo preveda modelli organizzativi simmetrici rispetto a quello disposto in generale per la s.p.a. L'affermazione si giustifica proprio a partire dalla constatazione iniziale relativa al capitale sociale: se è possibile costituire la s.r.l. (o, comunque, conformare successivamente la stessa) anche con una dotazione di capitale del tutto insufficiente rispetto alle necessità delle imprese sociali, ciò è evidentemente consentito perché quella stessa società può ottenere risorse finanziarie dal sistema bancario o finanziario. Quest'ultimo, tuttavia, erogherà il credito — proprio sulle basi di quanto previsto dagli accordi comunemente indicati con l'espressione « Basilea 2 » — più che sulla base delle sole garanzie personali (eventualmente concesse dai soci di quella società, che con ciò di fatto rinunciano al beneficio della responsabilità limitata rispetto ai creditori « forti »⁽⁹⁷⁾), in funzione della prevedibilità delle scelte economiche che verranno adottate dai gestori, nonché per la sussistenza di un modello organizzativo che non lasci le decisioni imprenditoriali della s.r.l. rimesse alle bizzie del singolo amministratore, o alle paturnie dei soci controllori. Ciò, alla fine, fa sì che una s.r.l. bisognosa del sostegno finanziario del sistema bancario « spontaneamente » adotti un modello organizzativo meno flessibile di quello consentito alla s.r.l. come alle società di persone e, sostanzialmente, più vicino al parametro costituito dalla disciplina della società per azioni.

4. La distinzione dei ruoli appena evidenziata, nella struttura dei vari modelli organizzativi societari, tra organi e funzioni⁽⁹⁸⁾, di controllo inter-

interpretabile come adesione o autorizzazione della decisione assunta da altri (nel caso di specie, i soci-amministratori); F. BRIOLINI (nt. 95), 790.

⁽⁹⁷⁾ Si tratta, in questo caso, di una strategia da sempre attuata dalle imprese — come debitori — nei riguardi del ceto creditorio: diversificare i trattamenti riservati ai vari creditori in funzione del carattere più o meno essenziale del credito e del rapporto con il creditore, nonché del differente « peso » del creditore (cfr. G. Bozzi, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, Napoli, 1990, 36, dove descrive il progressivo attenuarsi della *par condicio*, per valorizzare il ruolo dei creditori forti, che apportano risorse essenziali allo sviluppo e alla permanenza dell'impresa sul mercato) rispetto al soggetto o all'attività finanziata. Di ciò ha tenuto conto il legislatore per la riforma del diritto fallimentare, dove ha consentito la suddivisione dei creditori in classi e la previsione di trattamenti differenziati (cfr. M. SCIUTO (nt. 77), 566, con ulteriori riferimenti bibliografici).

⁽⁹⁸⁾ L'impiego di questa espressione (cioè, « organi e funzioni », riferita al controllo interno, serve a precisare che oltre alle varianti organizzative direttamente ricavabili dalla riforma del diritto societario per cui la funzione di controllo, nella s.p.a., può essere rimessa o

no e controllo contabile, riluce in modo altrettanto evidente anche in vista dei differenti momenti che possono ricorrere nella vita della società (e delle istanze o necessità) che trovano espressione nelle varie operazioni realizzabili per incidere sulla struttura dell'impresa sociale.

Infatti, un'altra rilevante attribuzione — che implica di per sé la convinzione fondata di poter contare sulla professionalità dei dottori commercialisti e dei revisori contabili, nonché delle società di revisione, come elemento su cui basare l'affidamento del mercato⁽⁹⁹⁾ — si rinviene nella fase di *start-up* dell'impresa, quando — accertate le buone prospettive di andamento ed esito, definita la struttura patrimoniale, economica e finanziaria per far partire e sviluppare l'iniziativa economica privata — si tratta di realizzare un conferimento di beni in natura o di crediti nella stessa s.r.l.⁽¹⁰⁰⁾,

ad un organo «*ad hoc*» (come nei sistema tradizionale e dualistico di amministrazione e controllo) o ad un'articolazione interna del medesimo organo (il comitato per il controllo sulla gestione), altre fonti normative — di rango sia primario che secondario — ma persino dei codici di comportamento (cfr. R. ROSAPEPE (nt. 40)), impongono che tale funzione sia assolta anche da «organismi» (come l'O.d.V., previsto dal d.lgs. n. 213/2001), da intendere come articolazioni della struttura dirigenziale dell'impresa, dotata — come prevede oggi espressamente anche la disciplina degli emittenti recata dal T.U.F. (cfr. S. FORTUNATO (nt. 44), 401) — di autonomia organizzativa, finanziaria e gerarchica rispetto ai vertici (il direttore generale) dell'impresa medesima (v. anche G. FERRARINI (nt. 44), 12).

Ritengo che sia proprio delle organizzazioni più complesse, per la tutela di una pluralità di interessi coinvolti, predisporre strutture organizzative capaci di assicurare a chi gestisce una serie di strumenti utili a verificare: 1) se gli «*input*» trasmessi dal vertice ai vari livelli della struttura organizzativa, in relazione alla gestione dell'impresa, sono stati attuati correttamente e verificarne il risultato economico e gestionale; 2) se la rilevazione contabile di questi fatti di gestione è corretta; 3) se la gestione è conforme alle regole proprie dei vari ordinamenti settoriali coinvolti oppure, nel caso si riscontrino irregolarità, quali comportamenti debbano essere posti in atto per attenuare il rischio di un'eventuale responsabilità civile, amministrativa o penale della società e dei suoi esponenti aziendali.

In sostanza, si tratta di articolazioni della struttura organizzativa che non sembrano di per sé tali da aumentarne in modo irrazionale la complessità. Che, anzi, possono consentire un logico «*feed back*», indispensabile per verificare l'efficacia di una politica gestionale, valutarne adeguatamente risultati e criticità, apportare eventuali correttivi che si reputino necessari.

Da ultimo, sulle funzioni di controllo espresse da articolazioni della struttura organizzativa aziendale, v. anche. F. DI GIROLAMO, *I compliance programs: un tema di governo societario da svolgere a cura dell'assemblea?*, in questa *Rivista*, 2008, 958; P. MANES, *Prime considerazioni sulla responsabilità del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in *Contr. e impr.*, 2008, 1119.

Cfr. C. AMATUCCI, *L'efficienza dell'«insider control sistem» e l'informazione «derivata» destinata al consiglio di sorveglianza*, in *AGE*, 2007, 395.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. M. BUSSOLETTI (nt. 44), 558.

⁽¹⁰⁰⁾ La disciplina della s.r.l., nel prevedere anche i conferimenti d'opera e servizi — si «*colora*» di istituti particolari, come le garanzie che non solo asseverano il valore dei possibili

come nella s.p.a. che si fosse scelta per dare forma giuridica al soggetto cui è imputata l'impresa.

Gli artt. 2343-2343-*quater*⁽¹⁰¹⁾ e l'art. 2465⁽¹⁰²⁾ c.c., prevedono che la valutazione, oltre che accettata dalla società (quindi dagli amministratori),

oggetti di conferimento, ma assicurano che la società acquisisca comunque quel valore, a prescindere dalla cooperazione del socio conferente. È chiara — mi pare — la correlazione tra tale regolazione e la responsabilità limitata, che «*specifica*» gli effetti di quei conferimenti nel caso delle società «*a rischio limitato*» rispetto alle società di persone — che godono sempre (in linea di massima) della responsabilità illimitata dei soci.

La distanza dei due modelli di società a rischio limitato è attualmente incrementata, in modo ulteriore dalla specifica disciplina sui conferimenti in natura e di crediti introdotta con i nuovi artt. 2343-*ter* e 2343-*quater*, a proposito solo delle società per azioni (v. *infra*, nt. 101 che segue).

⁽¹⁰¹⁾ M. CASSOTTANA, sub art. 2343, in G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES (nt. 13), I, 224; v. anche F. TASSINARI, sub art. 2343, in A. MAFFEI ALBERTI (nt. 28), I, 136; A. BERTOLLOTTI, sub art. 2343 c.c., in AA.VV. (nt. 13), I, 179.

Occorre tener conto — a proposito dei conferimenti in natura e di crediti in sede di costituzione della s.p.a. — la novità normativa di cui agli artt. 2343-*ter*-2343-*quater* c.c., che hanno introdotto procedimenti alternativi, disponibili eventualmente in sede di costituzione della società (cfr. N. ABRIANI (nt. 35); G. FERRI jr (nt. 24); C. IBBA, *Osservazioni sulla stima dei così detti conferimenti senza stima*, Conclusioni svolte alla Giornata di studio su «*I conferimenti in natura, l'acquisto di azioni proprie e l'assistenza finanziaria nel d.lgs. 142/2008*», organizzata dai Consigli notarili di Cassino, Frosinone e Latina (Arce, 16 gennaio 2009); M. NOTARI, *Il regime alternativo della valutazione dei conferimenti in natura in società per azioni*, in questa *Rivista*, 2009, 54; G. PERONE, *La nuova disciplina dei conferimenti in natura in società per azioni*, in corso di pubblicazione su *Riv. dir. comm.*, 2009, I; L. SALAMONE, *Le verifiche successive al conferimento* (Relazione alla citata Giornata di studio su «*I conferimenti in natura, l'acquisto di azioni proprie e l'assistenza finanziaria nel d.lgs. 142/2008*» (Arce, 16 gennaio 2009), ora in corso di pubblicazione su *Giur. comm.*, 2009, I; M.S. SPOLIDORO, *Attuazione della direttiva 2006/68/CE su conferimenti non in contanti, acquisto di azioni proprie e assistenza finanziaria*, in *Notariato*, 2009, 64. I procedimenti alternativi prevedono una serie d'ipotesi che consentono di sostituire la stima dell'esperto designato dal tribunale con valori determinati secondo metodi obiettivi, che si riferiscono cioè a dati comunemente noti — ricavati dalle strutture informative di almeno un mercato regolamentato (il riferimento è al «*prezzo medio ponderato*», ricavato dalle quotazioni dell'ultimo semestre) — ovvero, almeno conoscibili per gli «*stakeholders*», in quanto desunti da bilanci iscritti regolarmente nel registro delle imprese e almeno relativamente affidabili — in quanto certificati da società di revisione iscritte all'albo tenuto dalla Consob (il riferimento è, rispettivamente, alle disposizioni dei due commi dell'art. 2343-*ter*, c.c.).

Un'altra possibilità di evitare la relazione peritale di cui all'art. 2343 è attualmente indicata dall'art. 2343-*ter*, comma 2, lett. b), che consente di suffragare il valore equo del conferimento quando sussista una relazione di un esperto indipendente — precedente il conferimento non più di sei mesi — e suscettibile d'essere verificata dagli amministratori della società ai sensi dell'art. 2343-*quater* (cfr. M.S. SPOLIDORO, *cit.*, 66).

⁽¹⁰²⁾ P. MASI, sub art. 2465, in G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES (nt. 13), III, 1437; v. anche F. TASSINARI, sub art. 2465, in A. MAFFEI ALBERTI (nt. 28), III, 1794; A. BERTOLLOTTI, sub

debba essere « suffragata » dalla relazione (eventualmente⁽¹⁰³⁾, anche giurata) di un esperto (iscritto all'albo, presumibilmente un dottore commercialista, un revisore contabile, o — ad esempio quando oggetto della perizia sia un bene immobile — un ingegnere, un perito agrario⁽¹⁰⁴⁾ o (soprattutto nel caso di beni mobili d'uso tecnico ed industriale) un perito tecnico o industriale⁽¹⁰⁵⁾).

È da ritenere che — per quanto attiene alla possibilità di configurare in modo unitario la categoria delle società di capitali — il ruolo dell'esperto non si modifica nella sostanza se si passa dall'ambito d'applicazione dell'art. 2343 a quello dei procedimenti alternativi e poi all'altro (individuato dall'art. 2465 c.c.). In tutte queste ipotesi occorre che l'esperto sia indipendente⁽¹⁰⁶⁾, a prescindere dalla circostanza che la sua nomina venga deman-

art. 2465 c.c., in AA.VV. (nt. 13), II, 1765; da ultimo, cfr. S. CACCHI PESSANI, sub art. 2465 c.c., in L.A. BIANCHI (nt. 79), 169.

⁽¹⁰³⁾ Ci si riferisce alle ipotesi in cui o si adotti fin dall'inizio il procedimento fissato dall'art. 2343 c.c., ovvero non siano in concreto applicabili le previsioni relative ai conferimenti alternativi (cfr. G. FERRI jr (nt. 24), par. 5.3.), oppure gli amministratori della società ritengano preferibile — nel caso concreto — rivedere sia il prezzo medio ponderato che il valore medio risultanti dall'applicazione dei criteri alternativi, adottando per conseguenza la relazione giurata dell'esperto nominato dal Tribunale: cfr. M.S. SPOLIDORO (nt. 101), 71.

In tutti questi casi, la perizia deve provenire da un esperto iscritto negli elenchi del Tribunale ed essere giurata.

⁽¹⁰⁴⁾ Se l'immobile fosse costituito, ad esempio, da un terreno agricolo, sul quale insiste una piantagione di alberi, la competenza di un agronomo consente di « prezzare » il terreno nell'attuale destinazione agricola, anche se non è detto che la società per cui è operato il conferimento non possa mutare la destinazione d'uso del terreno (v. M.S. SPOLIDORO (nt. 101), 70).

⁽¹⁰⁵⁾ Un perito industriale, ad esempio, potrebbe valutare l'efficienza di macchinari, i tempi, nonché il costo prevedibile per rimmetterli in condizioni di uso efficiente, quindi consentire una attendibile valutazione delle dotazioni di uno stabilimento industriale. Ritengo più probabile, tuttavia, che un perito industriale — piuttosto che assumere in proprio il compito di valutare le dotazioni tecniche di uno stabilimento industriale o di un capannone — magari collocato nell'area industriale di uno dei « distretti manifatturieri » dislocati quasi in tutto il territorio nazionale, possa rientrare nello « staff » di chi assume l'incarico della valutazione.

⁽¹⁰⁶⁾ L'aspetto viene sottolineato da N. ABRIANI (nt. 35), par. 2; in senso contrario, mi pare, M.S. SPOLIDORO (nt. 101), 65, lì dove sostiene che l'art. 2465 di fatti permette di rimettere la stima di conferimenti in natura e crediti nella s.r.l. anche ad esperti non indipendenti. Occorre che sussista indipendenza dell'esperto — presumibilmente, nei termini definiti preventivamente con regolamento dal rispettivo consiglio dell'ordine (v. infra, sub nt. 134; cfr. C. GOLINO, *Gli ordini e i collegi professionali nel mercato*, Padova, 2008, 327, sullo status del professionista, anche in rapporto al cliente e all'ordinamento giuridico) — sia nei riguardi del socio conferente che della società conferitaria. Mi pare, comunque, che essendo controinteressati alla valutazione gli altri soci, sia opportuno richiedere indipendenza anche nei loro confronti, quanto meno nelle s.p.a. chiuse.

data al tribunale, al socio conferente o alla società. Del resto, è evidente che se la distanza tra le varie ipotesi risiede esclusivamente nella possibilità — sussistente solo se si segue la disciplina di cui all'art. 2343 c.c. — d'invocare contro l'esperto infedele (o, comunque, non indipendente) nominato tra i professionisti di cui agli elenchi del Tribunale territorialmente competente) la responsabilità penale ai sensi dell'art. 64 c.p.c.⁽¹⁰⁷⁾, la funzione dell'esperto resta quella di « confermare » — in modo attendibile per il mercato⁽¹⁰⁸⁾ — il valore attribuito al conferimento. Non è da escludere — a proposito dell'esperto *de quo* — che si possa trattare anche di una relazione proveniente da una società di revisione⁽¹⁰⁹⁾.

Dunque, non solo in fase di costituzione di una s.p.a. o di una s.r.l., ma anche in sede di aumento di capitale con nuovi conferimenti (artt. 2440-2440-bis⁽¹¹⁰⁾ e 2481-bis⁽¹¹¹⁾) è da ritenere che si debba fare ricorso al parere di un esperto o alla valutazione di una società di revisione. Inoltre, non sussistono ostacoli né logici né normativi a che la stessa relazione possa utilmente essere impiegata nell'ipotesi di riduzione del capitale per perdite e successivo aumento (di cui agli artt. 2447⁽¹¹²⁾ e 2482-ter, comma 1, c.c.⁽¹¹³⁾).

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. N. ABRIANI (nt. 35), par. 6.

⁽¹⁰⁸⁾ Si adopera qui il termine mercato non nella sua accezione tecnico-giuridica espressa nel T.U.F. (lì dove indica l'organizzazione funzionale a consentire l'incontro fra domanda ed offerta di prodotti finanziari) ma come espressione riassuntiva non solo dei portatori d'interessi (o *stakeholders*) coinvolti nell'attività della società, ma anche di coloro che potrebbero — magari in un prossimo futuro — fare affidamento sulla struttura patrimoniale e finanziaria della società, sulle risultanze delle sue scritture contabili, ecc.

⁽¹⁰⁹⁾ Se, ad esempio, il conferimento riguarda aziende pubbliche, da far acquisire a società miste (cfr. A. NIUTTA-A. POLICE (nt. 11), 556), oppure se la società destinataria del conferimento è già soggetta al controllo contabile di una società di revisione, per una delle ragioni già indicate in precedenza.

⁽¹¹⁰⁾ F. GUERRERA, sub art. 2440, in G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES (nt. 13), II, 1163.

La disciplina — intervenuta a modificare pure il dettato dell'art. 2440 c.c. — sia pure con le lacune evidenziate da M.S. SPOLIDORO (nt. 101), 71 e 73 si è arricchita — sempre per effetto del d.lgs. 142/2008 — dell'art. 2440-bis, che applica l'innovazione dei procedimenti alternativi all'ipotesi dei conferimenti in natura e di crediti in sede di aumento di capitale (G. FERRI jr (nt. 24), par. 2.2, 4 e 5).

⁽¹¹¹⁾ A. BARTALENA, sub art. 2481-bis, in G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES (nt. 13), III, 1661; v. anche G. PINNA, sub art. 2481-bis, in A. MAFFEI ALBERTI (nt. 28), III, 2083; S.A. CERRATO, sub art. 2481-2481-ter c.c., in AA.VV. (nt. 13), II, 1945. nonché G. DE MARCHI, A. SANTUS, L. STUCCHI, sub art. 2481-bis, in L.A. BIANCHI (nt. 79), 1178.

⁽¹¹²⁾ F. GUERRERA, sub artt. 2446-2447, in G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES (nt. 13), II, 1200.

⁽¹¹³⁾ V. A. BARTALENA (nt. 111), 1685; D. CORRADO, sub art. 2482-ter, in L.A. BIANCHI (nt. 79), 1313; M. PINNARÒ, sub art. 2482-ter, in AA.VV. *La riforma delle società. Società a re-*

In tal caso, infatti, se risulta generalmente plausibile che l'aumento di capitale sia in concreto effettuato in denaro⁽¹¹⁴⁾, non è possibile escludere nessuna delle modalità ora previste per i conferimenti imputati a capitale nelle società a rischio limitato⁽¹¹⁵⁾. Se, poi, si tratta non di una semplice perdita che impone una riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, ma addirittura di situazione da inquadrare in una crisi dell'impresa e quindi tale da richiedere interventi straordinari, l'attitudine dei rimedi prospettati a risolvere la crisi dovrà essere asseverata, allora, proprio con la relazione di un esperto⁽¹¹⁶⁾.

Analogamente, un ruolo di verifica circa l'attendibilità di una valutazione operata dagli amministratori in ordine alla sussistenza di perdite (che riducano il capitale di oltre un terzo ai sensi degli artt. 2446 e 2482-bis, comma 1, c.c.) viene riconosciuto al collegio sindacale o al revisore contabile di cui agli artt. 2409-bis ss. nonché 2477 c.c.

sponsabilità limitata. Liquidazione. Gruppi. Trasformazione. Fusione. Scissione, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, 3, Torino, 2003, 219.

⁽¹¹⁴⁾ In una situazione che non corrisponde alla crisi, i soci con i conferimenti in denaro mostrano di non avere, neppure a livello personale, problemi di liquidità.

⁽¹¹⁵⁾ Nel testo ci si riferisce, in particolare, alle ipotesi dei cc. dd. conferimenti senza stima, ora previsti per le s.p.a.

⁽¹¹⁶⁾ Si tratta della relazione di cui all'art. 161, comma 3, l. fall., presentata dal debitore in allegato alla proposta di concordato preventivo (v. G. VERNA, *La relazione che accompagna il piano di concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 231); peraltro, la stessa relazione, dovendo comprendere « un'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa » — di cui al precedente comma 2, lett. a) — nonché « uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco dei creditori » (nonché dei titolari di diritti reali e personali sui beni di proprietà o nel possesso dell'imprenditore; v. M. SANDULLI, sub art. 161, in *Aa.Vv.*, *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. NIGRO-M. SANDULLI, Torino, 2006, II, 989; D. GALLETTI, sub art. 161 l. fall., in *Aa.Vv.*, *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. JORIO, II, Bologna, 2006, 2322) è abbastanza logico che possa essere redatta da chi, tra l'altro, ha anche le competenze per svolgere la funzione di revisione. Inoltre, si prevede — al comma 3 del medesimo art. 161, l. fall. — che il piano e la documentazione relativi alla proposta di concordato debbano essere accompagnati dalla relazione di un professionista (avente i caratteri di cui all'art. 28 della stessa l. fall.), che attesti non solo la veridicità dei dati, ma anche la fattibilità del piano. Analogamente, nel caso degli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-bis l. fall., occorre la relazione di un professionista che asseveri l'attuabilità dell'accordo e, in particolare, la sua attitudine a garantire il pagamento dei creditori estranei. (S. AMBROSINI, sub art. 182-bis l. fall., in *Aa.Vv.*, *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. JORIO, II, Bologna, 2006, 2533; P. VALENSISE, sub art. 182-bis, in *Aa.Vv.*, *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. NIGRO-M. SANDULLI, II, Torino, 2006, 1081).

Oltre a questa, in ambito concorsuale sono previste altre relazioni (di varia tipologia), in genere di competenza di un professionista dotato dei requisiti di cui all'art. 28 della medesima l. fall., o di un revisore contabile o di una società di revisione (nel caso della proposta di concordato fallimentare, di cui all'art. 124, comma 3, ai sensi dell'art. 125, comma 2, l. fall.).

Anche in tal caso, che rappresenta una possibile evenienza nella vita dell'impresa sociale, il giudizio degli amministratori circa la sussistenza delle perdite e la loro rilevanza per una riduzione obbligatoria del capitale sociale ha da essere confermato dalla relazione di esperti esterni o del collegio sindacale⁽¹¹⁷⁾, i cui componenti rivestano almeno un certo carattere di indipendenza rispetto a chi gestisce l'impresa sociale⁽¹¹⁸⁾. Solo questa relazione rappresenta almeno un inizio di tutela e garanzia per le ragioni dei soci esterni che rischiano una non dovuta riduzione di valore della propria quota, ovvero di dover provvedere a ricostituire l'entità del capitale sociale.

Guardando ad un altro rilevante aspetto della vita delle società e della sua disciplina, la riorganizzazione — che corrisponde non solo alla trasformazione, con il passaggio da un modello-organizzativo (che sia o meno legato ad un tipo sociale) ad un altro⁽¹¹⁹⁾, con la relativa disciplina, ma anche alla fusione e alla scissione — non potrà essere realizzata senza l'intervento (che risulta — a seconda dei casi — necessario o almeno auspicabile) di un esperto rappresentato da un dottore commercialista, un revisore contabile o da una società di revisione. Infatti, ogni volta che occorre valutare la società come complesso aziendale (il « going concern », per adoperare una felice espressione anglosassone da tempo penetrata nello strumentario concettuale e nel lessico della migliore dottrina commercialistica⁽¹²⁰⁾), la parteci-

⁽¹¹⁷⁾ Chiaramente, se e quando il modello di *governance* concretamente adottato per l'impresa sociale preveda quest'organo (v. *supra*).

⁽¹¹⁸⁾ La presenza di almeno un sindaco effettivo ed un sindaco supplente « di minoranza » (nonché la previsione generale di un requisito d'indipendenza per tutti i componenti l'organo di controllo interno (ai sensi del successivo comma 3, lett. c) della stessa disposizione), risulta espressamente regolata dall'art. 148, commi 2, 2-bis T.U.F., per le società emittenti valori mobiliari quotati su mercati regolamentati (nonché dall'art. 144-octies del Regolamento emittenti); cfr. M. BUSSOLETTI (nt. 44), 550 s.; G. FERRARINI-P. GIUDICI (nt. 46), 587. Anche per il requisito di cui si tratta, tuttavia, può sussistere una clausola statutaria che imponga lo stesso quando — ad esempio, per le società chiuse o comunque non quotate, ma probabilmente (v. *infra*, sub par. 5) persino nelle s.r.l., se l'atto costitutivo lo preveda — non è prescritto da norme imperative, o con un contenuto più ricco di quello che dovrebbe essere esclusivamente sulla base delle norme inderogabili.

⁽¹¹⁹⁾ V. C. ANGELICI (nt. 66), 340. Cfr. A. PISANI MASSAMORMILE (nt. 13), 65.

⁽¹²⁰⁾ Adoperato persino nella manualistica: cfr. B. LIBONATI (nt. 12), 335.

È da sottolineare come la criticità delle vicende che rappresentano una discontinuità del *going concern* e perciò sono comunemente denominate operazioni straordinarie impone sovente anche l'impiego di valutazioni dei complessi aziendali, che allora debbono discostarsi magari anche molto dai criteri comunemente impiegati nel bilancio d'esercizio o ordinario (cfr. M. CARATTOZZOLO, *Il bilancio d'esercizio*, Milano, 2006; v. ancora B. LIBONATI, *Bilancio delle società*, in *Nuoviss. dig. it. App.*, Torino, 1980, 804; cfr. anche R. VENTURINI, *Riflessioni sulla funzione della situazione patrimoniale nella fusione*, in *Riv. dir. impr.*, 1996, 57).

pazione o il rapporto di cambio tra quella in una società ed un'altra, sarà opportuno suffragare la valutazione con il giudizio — espresso con una relazione scritta soggetta a deposito nelle sede sociale, quindi conoscibile per i soci e, quando occorre, per il mercato — di un esperto dotato di competenze economico-aziendali e giuridiche.

Infatti, l'art. 2501-*sexies* c.c. prevede che il progetto di fusione sia accompagnato dalle relazioni di esperti⁽¹²¹⁾ — nominati uno per ciascuna delle società partecipanti alla fusione — che devono valutare la congruità del rapporto di cambio, indicando il metodo (o i metodi) seguiti e i valori risultanti dall'applicazione di ciascuno, nonché eventuali difficoltà di valutazione.

D'altro canto, anche la trasformazione esprime un'analogia esigenza: è il caso, evidentemente, non solo di chiarirne (a beneficio dei soci chiamati a votarla) i motivi — di utilità sul piano organizzativo — ma soprattutto di evidenziare l'equivalenza economica delle quote riconosciute nella nuova realtà societaria — rispetto a quelle caratteristiche dell'altra organizzazione imprenditoriale pre-esistente.

In proposito, è da notare l'art. 2500-*ter* (rubricato « trasformazione di società di persone »⁽¹²²⁾), che risulta relativo alla funzione del dottore commercialista come consulente per la valutazione dell'azienda sociale e delle quote da riconoscere ai vari soci (cfr. anche l'art. 2500-*quater*, c.c.⁽¹²³⁾).

Discontinuità del genere, mi pare, possono anche dare luogo ad uno di quei cc. dd. bilanci straordinari (M. CARATTOZZOLO, *I bilanci straordinari*, Milano, 1996), che rappresentano da tempo un *topos* classico della migliore dottrina (v. C. COSTA, *Le riserve nel diritto delle società*, Milano, 1984, 71; B. LIBONATI, *I bilanci straordinari*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 824; G.B. PORTALE, *I bilanci straordinari*, in *AA.VV.*, *Il bilancio d'esercizio. Problemi attuali*, Milano, 1978, 513; cfr. M.S. DESARIO, *Bilancio ordinario e bilanci di liquidazione nelle società per azioni. Profili funzionali e impugnative*, Milano, 1998, 1).

La congruità delle valutazioni rispetto non solo alla singola operazione programmata nonché la sua idoneità a fornire una soluzione adeguata alle problematiche che ne hanno costituito occasione o al rapporto dell'impresa con il mercato e la congiuntura economica, dev'essere suffragata dalla relazione dell'esperto (v., ad esempio, le norme citate *infra*, sub nt. 121-123).

(121) Ai sensi dell'art. 2501-*sexies*, comma 3, per altro, l'esperto — che, di norma, può anche coincidere con un revisore contabile iscritto all'albo — quando sia oggetto di valutazione il rapporto di cambio con azioni di una società quotata dev'essere una società di revisione: v. O. CAGNASSO, sub art. 2501-*sexies*, in *AA.VV.* (nt. 13), III, 2326; M. PERRINO, sub art. 2501-*ter*-2501-*septies*, in G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES (nt. 13), III, 1956.

(122) V. D.U. SANTOSUOSSO, sub art. 2500-*ter*, in G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES (nt. 13), III, 1916.

(123) O. CAGNASSO, sub art. 2500-*ter*-2500-*quinqies*, in *AA.VV.* (nt. 13), III, 2259-

Sembra del tutto coincidente anche la logica espressa della nuova legge fallimentare, per come risulta a seguito della Riforma recata dal d.lgs. n. 5/2006. Qui il ruolo riconosciuto al dottore commercialista — come esperto nominato dal Tribunale, ovvero come curatore, commissario giudiziale, ovvero straordinario o liquidatore — è analogo. Come esperto delle dinamiche imprenditoriali ed aziendali, eventualmente capace anche di considerare non solo la posizione dell'impresa sul mercato di riferimento, ma anche di valutare le prospettive legate a possibili evoluzioni di quel mercato, il professionista dotato di competenze economico-aziendali pare in grado di « selezionare » — all'interno del patrimonio soggetto alla procedura concorsuale — gli *asset* che paiono ancora suscettibili di utilizzazione a fini produttivi, e quindi capaci di attirare interesse sul mercato, nell'ottica di una possibile dismissione come ramo d'azienda, complesso di beni produttivi, ecc.

In sostanza, la valutazione in ordine alla possibile destinazione imprenditoriale, risulta di per sé capace di ottimizzare le prospettive di dismissione e valorizzazione del patrimonio soggetto a liquidazione⁽¹²⁴⁾ in sede concorsuale, quindi tale da coniugare l'esigenza di garantire la migliore soddisfazione possibile dell'interesse dei creditori, con quello alla conservazione/valorizzazione delle risorse produttive.

Sembra evidente che ciascuna valutazione tra quelle menzionate qui e nei paragrafi precedenti rappresenta non solo un fatto dovuto per realizzare una serie di operazioni societarie, ma anche, sul versante dell'esperto, una possibile fonte di responsabilità per i danni in cui fossero incorsi i terzi facendo affidamento sulla indipendenza, professionalità e ragionevolezza di quelle valutazioni. Tuttavia, mi pare assolutamente condivisibile la tesi che una responsabilità professionale di questo tipo non possa sussistere che in ipotesi di colpa grave⁽¹²⁵⁾ o addirittura di dolo come stato sogget-

2261; D.U. SANTOSUOSSO, sub art. 2500-*quater*, in G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES (nt. 13), III, 1919.

(124) Si adopera l'espressione liquidazione perché ci si riferisce al patrimonio, come oggetto dell'azione programmata. Non si esclude, con questa denominazione, che la procedura concorsuale possa invece aver sbocco nella riorganizzazione dell'impresa, realizzata come modifica strutturale del suo centro d'imputazione o dei rapporti obbligatori che ad essa si riferiscono; cfr. A. NIUTTA, *Patrimoni destinati e procedure concorsuali (a seguito della riforma che ha interessato il diritto fallimentare)*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 341-357.

(125) La scelta in favore della colpa grave si giustifica in ragione di una serie di considerazioni: *in primis*, perché si tratta di una responsabilità del professionista, per fatti che attengono alla sua prestazione professionale (cfr. C. GOLINO, *Gli ordini e i collegi professionali nel mercato*, Padova, 2008, 331); in secondo luogo, per il fatto che si tratta di una valutazione particolarmente complessa, talché sembra incongruo attribuire al professionista la responsabilità

tivo dell'esperto cui viene riferita la valutazione. Per di più, occorrerà comunque, affinché l'azione possa aspirare al successo, poter provare un nesso di causalità tra la valutazione dell'esperto e il danno che si ritiene di aver subito e di cui si richiede risarcimento.

Pertanto, potrà risultare abbastanza facile esimersi da una tale responsabilità adducendo a:

— un'evoluzione del mercato di riferimento imprevedibile, magari dovuta a fattori macroeconomici, geopolitici, ecc.;

— dinamiche interne all'impresa sociale, non note e non prevedibili per l'esperto (ad esempio *mala gestio* dell'impresa sociale⁽¹²⁶⁾ da parte degli organi amministrativi) sopravvenuta alla valutazione;

— conflittualità all'interno della compagine sociale, tale da pregiudicare il buon andamento dell'impresa; conflittualità, chiaramente, sopravvenuta alla valutazione o non nota all'esperto;

D'altro canto, si potrà risultare soggetti a responsabilità anche per la non rispondenza della valutazione ai comuni canoni proposti dalle scienze economico-aziendali e l'assenza di fatti che possano giustificare tale scostamento.

5. Per passare da un approccio meramente descrittivo — com'è quello sostanzialmente tenuto fino ad ora in quest'analisi — ad un tentativo di ricostruzione, avente ad oggetto l'inquadramento sistematico di alcuni dei poteri di controllo previsti nella *governance* delle società di capitali, è d'uopo ricercare se — ed, eventualmente, fino a che punto o in che misura — almeno alcuni dei requisiti prescritti per i titolari di quella funzione⁽¹²⁷⁾ so-

per danni che possono derivare da evoluzioni imprevedibili del mercato di riferimento in cui opera l'impresa, della normativa settoriale, eccetera.

⁽¹²⁶⁾ O di una sua articolazione; cfr. G. GUIZZI, *Mala gestio dello specifico affare e del patrimonio destinato e responsabilità degli amministratori. Profili sistematici*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 379.

⁽¹²⁷⁾ V., da ultimo, A. MANTOVANI, *Revisione contabile delle società quotate e «servizi proibiti» alla luce della riforma sul risparmio e delle recenti modifiche al Regolamento emittenti*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2008, I, 505; per tutti, v. ancora C. RABITTI BEDOGNI (nt. 50), 20; per una ricostruzione ancora attuale della funzione di una revisione contabile obbligatoria, cfr., da ultimo, A. IRACE, sub art. 18, lett. a)-c), *d.lgs. n. 305/2006*, in A. NIGRO-V. SANTORO (nt. 40), 330; F. GALGANO, *L'indipendenza dei revisori contabili*, in *Contr. e impr.*, 2008, 475.

Sembrirebbe che il requisito — della cui necessità ai fini dell'iscrizione nell'albo speciale delle società di revisione ai sensi della precedente stesura del T.U.F. si poteva anche dubitare, persino a proposito delle quotate (cfr. C. RABITTI BEDOGNI (nt. 50), 21) — attualmente sia prescritto solo a proposito delle società emittenti strumenti finanziari diffusi sul mercato (cfr.

no desumibili dai caratteri generali, utili, ad esempio, quando si tratti di definire le conseguenze in punto di responsabilità⁽¹²⁸⁾. Inoltre — quanto meno in relazione a società soggette ad uno degli ordinamenti settoriali caratteristici della regolazione di alcune specifiche attività d'impresa⁽¹²⁹⁾ — la sussistenza o meno di quei caratteri potrebbe interferire con i limiti disposti dalla legge e specificati da norme secondarie dalle *Authorities* ed essere sanzionabile anche sul piano dei rimedi specificamente previsti da quell'ordinamento settoriale⁽¹³⁰⁾.

il Capo 1-bis del Titolo VI, nel Regolamento Emittenti adottato da Consob con la delibera n. 11971/1999 e successive modificazioni). Tuttavia, non mi pare che possa essere condivisa una soluzione del genere, per la sua ridotta razionalità (v. *infra*, nel testo).

⁽¹²⁸⁾ V. P. GIUDICI, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2008, 65, per una ricostruzione della responsabilità civile come sistema sanzionatorio per il diritto dell'economia. In giurisprudenza, con specifico riferimento alle questioni in materia di responsabilità della società di revisione, v. App. Milano, 27 luglio 2001; App. Milano, 7 luglio 2000; Trib. Milano, 30 aprile 2001, in *Banca borsa*, 2003, II, con nota di P.F. MONDINI, *Osservazioni*, 342-350.

⁽¹²⁹⁾ Ci si riferisce specificamente agli ordinamenti del settore bancario e finanziario, nonché a quello assicurativo. Tuttavia, una regolazione specifica interessa anche il settore dell'energia e, in generale, quello dei servizi pubblici in rete (F. VETRO, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, 2005, 48), e numerosi comparti industriali del nostro Paese (cfr. anche F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, vol. VI del *Trattato di diritto dell'economia*, dir. E. PICOZZA-E. GABRIELLI, Padova, 2008).

⁽¹³⁰⁾ È noto, ad esempio, che il rimedio previsto in generale dall'art. 2409 c.c. per le s.p.a. (v. G. DOMENICHINI, sub artt. 2409, in G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES (nt. 13), II, 778; v. anche V. SALAFIA, sub art. 2409, in F. GHEZZI, (nt. 63), 299) viene sostituito — negli ordinamenti settoriali indicati nella parte iniziale della nota che precede — dall'amministrazione straordinaria, che costituisce il rimedio specificamente previsto (insieme con la liquidazione coatta amministrativa) per far fronte a crisi di legalità occorse ad imprese operanti in ordinamenti settoriali; cfr. S. ROSSI, sub §§ 1-8, in AA.VV., *Diritto fallimentare (Manuale breve)*, Milano, 2008, 6-11; per un inquadramento sistematico tuttora valido, ancorché precedente sia all'introduzione del T.U.B. che del T.U.F., v. A. NIGRO, *Crisi e risanamento delle imprese: il modello dell'amministrazione straordinaria delle banche*, Milano, 1985.

È poi da sottolineare che l'ordinamento settoriale potrebbe anche prevedere altri rimedi — in qualche modo «prodromici», in un'ideale graduatoria, sia rispetto all'azione di responsabilità che alle procedure di amministrazione straordinaria e di liquidazione coatta — per la perdita dei requisiti (come l'indipendenza, ma anche l'onorabilità e professionalità) degli esponenti aziendali, come ad esempio la decadenza di cui all'art. 13, comma 2, T.U.F. (v. *supra*, spec. sub nota 125). In quel caso, l'organo amministrativo dei soggetti abilitati e, in caso d'inerzia di quello, l'Autorità di settore devono intervenire per pronunciare la decadenza per la mancanza originaria, ovvero la perdita di un requisito che sia stata constatata o sia sopravvenuta successivamente alla nomina. Per un interessante inquadramento della funzione di regolazione dei mercati finanziari in ambito comunitario (con un'attenzione ai rapporti tra

Un primo elemento da evidenziare attiene all'indipendenza del revisore: il legislatore non menziona espressamente l'indipendenza all'interno degli artt. 2409-bis-2409-septies c.c., ma ciò avviene invece per la disciplina della funzione di revisione contabile obbligatoria relativa alle società quotate, dove l'art. 160 T.U.F., nella regolazione delle cause d'incompatibilità, indica invece esplicitamente⁽¹³¹⁾ tale elemento, ma pure alla revisione

efficienza del mercato e contendibilità del controllo) cfr. M. LAMANDINI, *Equity market efficiency and contestabilità of control in a trans-Atlantic perspective. The regulatory condrum of the ownership structure in an internationally integrated financial market in the wake of directive 2004/25/EC on takeover bids*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, n. 3, 384 ss.; dello stesso A., sul rapporto tra la regolazione riveniente dalle Authorities e la «self-regulation» riferibile ai medesimi investitori istituzionali, *Alternative Investment Vehicles & (Self)-Regulation*, ivi, IV, 386, in relazione al ruolo degli *hedge funds* nei mercati finanziari.

⁽¹³¹⁾ Al comma 1-bis, inserito dall'art. 18 della L. n. 262 del 28.12.2005 (c.d. legge sul risparmio), nonché dall'art. 145-bis, comma 1, del già citato Regolamento Emittenti della Consob (li dove si prescrive che il compenso del revisore sia adeguato, anche al fine di assicurarne l'indipendenza; cfr. C. RABITTI BEDOGNI (nt. 50), 36), dall'art. 149-ter, comma 1, del medesimo regolamento (che impone alle società di revisione di dotarsi delle procedure « idonee a prevenire e rilevare tempestivamente le situazioni di incompatibilità »), nonché l'art. 149-quater, comma 2 (dedicato al *vulnus* del requisito costituito dalla sussistenza di un interesse finanziario comune tra società di revisione e società soggetta a revisione) e l'art. 149-quinquies, comma 2 (per il quale è causa d'incompatibilità, allo stesso modo, la presenza di relazioni d'affari tra gli stessi soggetti; il comma 3 precisa che non v'è incompatibilità quando le relazioni d'affari risultano « regolate da condizioni di mercato normalmente praticate a terzi estranei, e che non abbiano una rilevanza economica tale da instaurare una dipendenza per una delle parti »). All'indipendenza come condizione essenziale per fondare l'affidamento del mercato sulla credibilità della revisione sono poi specificamente dedicate altre previsioni del medesimo regolamento emittenti: l'art. 149-septies, comma 2 (dove ci si riferisce ad ipotesi, ulteriori rispetto a quelle regolate al comma 1, in cui la prestazione di lavoro autonomo o subordinato risulti in concreto capace di compromettere l'indipendenza del revisore), l'art. 149-octies, comma 2 (che dispone l'incompatibilità quando sia la partecipazione alle cariche sociali dell'emittente a pregiudicare l'indipendenza del revisore), l'art. 149-novies, comma 2 (riferito, invero, alle cariche sociali e funzioni svolte dai familiari dei revisori — ovvero, dei soci ed esponenti aziendali della società di revisione — presso la società conferente).

L'art. 149-sexies, invece, si riferisce ad altre situazioni che, in quanto capaci d'esprimere una qualche influenza sul processo decisionale della società di revisione, costituiscono ulteriori cause d'incompatibilità, ritenute tali da pregiudicare la credibilità di una sua valutazione (in particolare, partecipazioni del conferente l'incarico nel capitale della società di revisione, ovvero di altra società del medesimo gruppo, ovvero la sussistenza di altre situazioni per le quali esponenti aziendali dell'emittente possano influenzare il processo decisionale del revisore).

Occorre rimarcare che il sistema sanziona sia la mancanza originaria che fatti sopravvenuti che pregiudicano il requisito d'indipendenza del revisore con una serie di sanzioni, per di più da applicarsi in modo adeguatamente graduato, che vanno dall'inibitoria dell'attività per la società (con durata fino a 2 anni), al divieto di accettare nuovi incarichi (per

contabile obbligatoria degli intermediari finanziari di cui all'art. 9 T.U.F. e delle banche⁽¹³²⁾ o delle imprese di assicurazione⁽¹³³⁾. Tuttavia, un presidio dell'indipendenza del revisore contabile è ricavabile dalla normativa del consiglio dell'ordine dei dottori commercialisti ed esperti contabili anche per le società non quotate e le s.r.l., lì dove impone che il valore degli introiti ricavati da ogni professionista per le prestazioni effettuate a ciascun cliente non ecceda il 15% del suo fatturato annuo⁽¹³⁴⁾, mentre — d'altro canto — si esclude che possano essere cumulate, dal medesimo professionista, il ruolo di revisore contabile con quello di componente dell'organo di controllo interno della società soggetta a revisione. Una disciplina generalmente applicabile ai dottori commercialisti e agli esperti contabili, a prescindere dal fatto che prestino la loro opera presso una s.r.l. o una s.p.a., presso società chiuse o aperte, risulta di fatto determinante anche rispetto al diritto delle società⁽¹³⁵⁾.

un massimo di un anno), fino alla cancellazione dall'albo speciale (C. RABITTI BEDOGNI (nt. 50), 24; v. anche P.P. FERRARO, sub art. 18, lett. d)-h), d.lgs. n. 303/2006, in A. NIGRO-V. SANTORO (nt. 40), 359).

È da sottolineare che non è casuale né occasionale la circostanza che le disposizioni appena indicate siano state inserite nella disciplina degli emittenti recata dal T.U.F. attraverso la c.d. legge sul risparmio che ha rappresentato la « risposta italiana » alla stagione degli scandali finanziari aperti dopo il 2001 (cfr., per un cenno, F. ANNUNZIATA, *Abusi di mercato e tutela del risparmio. Nuove prospettive di disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2006, 122). Infatti, si è correttamente ritenuto che l'uscita dalla crisi richiedesse dei « segnali normativi », che non potevano prescindere da una rinnovata attenzione alla regolazione della revisione contabile, che è poi sfociata nell'inserimento di un § 4 all'interno della Sezione VI-bis, del Capo V nel c.c.

⁽¹³²⁾ L'art. 52, comma 2 T.U.B., peraltro, pone in capo alle società incaricate della revisione dei bilanci delle banche l'obbligo di operare come « prima linea d'allarme » per la vigilanza bancaria, incaricata di comunicare senza indugio alla Banca d'Italia ogni fatto, rilevato nel corso della revisione, che possa costituire grave violazione delle norme che regolano l'attività bancaria, ovvero che possano pregiudicare l'attività d'impresa o che comportino un giudizio negativo o con riserva (o, addirittura l'impossibilità di dare alcun giudizio) sui conti ed il bilancio della banca. Cfr. V. TROIANO, sub art. 52, in AA.VV., *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*², a cura di F. CAPRIGLIONE, I, Padova, 2001, 392.

⁽¹³³⁾ V., per tutti, G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*⁸, Milano, 2006, 57.

⁽¹³⁴⁾ Cfr. la circolare n. 1/2005 (gennaio 2005) del Consiglio Nazionale Dottori Commercialisti (oggi denominato CNDEC), indicazione confermata dal documento — proveniente sempre dal CNDEC — del maggio 2008, emanato in risposta al documento di consultazione emesso dalla Consob (nel febbraio 2008).

⁽¹³⁵⁾ Nella misura in cui gli artt. 2397, comma 2 (li dove impone che almeno uno dei sindaci effettivi ed uno dei supplenti sia iscritto nel registro dei revisori contabili), 2409-duodecies, comma 4 (norma per cui uno dei componenti del consiglio di sorveglianza deve essere

Al contrario, per quanto attiene all'organo di controllo interno, per un verso il codice civile (all'art. 2399, comma 1, lett. c), norma da applicare per tutte le società, ma specificamente riferibile alle società chiuse) e il T.U.F. (all'art. 148, comma 3, norma riguardante invece le quotate) prevedono un requisito d'indipendenza per tutti i membri del collegio sindacale, ma poi si dispone anche — sempre per le società emittenti strumenti finanziari negoziati su mercati regolamentati — che i componenti siano eletti con il voto di lista, per cui almeno un sindaco effettivo sia nominato dalla minoranza⁽¹³⁶⁾ e, in particolare, gli venga conferita la presidenza del colle-

iscritto all'albo dei revisori contabili: v. P. MAGNANI, sub art. 2409-duodecies, in *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, a cura di F. GHEZZI, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2005, 121 s.; E. SANTI, sub art. 2409-duodecies, in A. MAFFEI ALBERTI (nt. 28), II, 1157), 2409-octiesdecies (norma dal contenuto sostanzialmente corrispondente a quella appena citata; cfr. F. GHEZZI e M. RIGOTTI, sub art. 2409-octiesdecies, in *Sistemi alternativi*, cit., 247). Sempre dall'art. 2397, comma 2, peraltro, si desume il riferimento al d.m. 9 dicembre 2004, n. 320 del M. della Giustizia, da cui discende — con riferimento al modello tradizionale — che gli altri sindaci possono essere avvocati o dottori commercialisti ed esperti contabili, periti commerciali e consulenti del lavoro (v. M. RIGOTTI, sub art. 2397, in F. GHEZZI (nt. 63), 22).

⁽¹³⁶⁾ Che debba trattarsi di una minoranza effettivamente « distinta » e « distante » dal gruppo di comando dell'impresa — quindi di fatto avvicinando il carattere « di minoranza » a quello proprio dei componenti « indipendenti » — lo impongono sia l'art. 147-ter, comma 3, che l'art. 148, comma 2, T.U.F., a proposito delle s.p.a. emittenti strumenti finanziari quotati su mercati regolamentati, lì dove dispone che l'amministratore e il sindaco « di minoranza » non siano collegati, neppure indirettamente, a quelli espressi dalla lista « di maggioranza ». Inoltre, si prevede (per le s.p.a. governate secondo il sistema monistico; cfr. P. GHIONNI, *Sistema monistico e tecniche di revoca dei sindaci*, nota a Trib. Napoli (ord.), 25 luglio 2006, in *Riv. dir. soc.*, 2008, n. 2, 114) che l'amministratore « di minoranza » sia in possesso del requisito d'indipendenza prescritto per i componenti del collegio sindacale (cfr. P. MONTALENTI (nt. 39), 559; M. STELLA RICHTER jr, *Voto di lista per la elezione delle cariche sociali e legittimazione dell'organo amministrativo alla presentazione di candidati*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, n. 4, 36; v. anche M. BELCREDI, *Amministratori indipendenti, amministratori di minoranza e dintorni*, in questa *Rivista*, 2005, 873, nonché E. FAZZUTTI, *La nomina dei sindaci nelle società « quotate » (e non)*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 26; da ultimo M. PERASSI, *Consiglieri indipendenti e di minoranza*, in *AGE*, 2007, 343).

Peraltro, il comma 4 dell'art. 147-ter medesimo impone che, quando il C.d'A. sia composto da almeno sette membri, due godano del requisito d'indipendenza (v. M. VENTORUZZO, *La composizione del consiglio di amministrazione nelle società quotate dopo il d.lgs. n. 305 del 2006: prime osservazioni*, in questa *Rivista*, 2007, 235), il che presuppone che possa risultare indipendente anche uno dei consiglieri espressione di una lista di maggioranza. Una disposizione analoga viene dettata dall'art. 147-quater T.U.F. a proposito del consiglio di gestione nel sistema dualistico: qualora l'organo sia composto da più di quattro membri, almeno uno deve esprimere i requisiti d'indipendenza previsti nel sistema tradizionale per i sindaci.

gio⁽¹³⁷⁾. In sostanza, se in generale si prescrive l'indipendenza come requisito soggettivo che deve sussistere — a pena di decadenza — in tutti i membri del collegio, nelle quotate non basta l'indipendenza, ma d'altro canto al membro « di minoranza » vengono garantiti anche i poteri d'impulso e l'autorevolezza (rilevante, evidentemente, anche nei termini di un potere di *moral suasion*) che appartengono al presidente dell'organo⁽¹³⁸⁾.

Per di più, pare sostanzialmente condivisibile la tesi per cui all'organo di controllo interno, nelle s.p.a. quotate, deve essere riconosciuta una vigilanza « di vertice » su tutto il sistema dei controlli interni, per garantire cioè che quel sistema sia nel suo complesso conforme alle prescrizioni di legge⁽¹³⁹⁾. Controllo che tende ad assumere il valore di un presupposto o, se si preferisce, una sorta di condizione per la regolarità della gestione. Infatti, se chi amministra non si preoccupa di predisporre un sistema di controlli interni conforme alla legge e chi controlla non verifica questa conformità, è difficile che eventuali danni conseguenti alla gestione risultino non imputabili in qualche misura a chi è venuto meno ai propri doveri nell'organizzare l'attività di gestione o i suoi controlli interni.

Se questo è l'assetto attuale del modello tradizionale di *governance*, è da osservare che — sempre a proposito delle quotate — anche per il consiglio di sorveglianza non solo deve sussistere il requisito d'indipendenza di cui all'art. 148, comma 3, T.U.F., ma viene prevista almeno una rappresentanza della lista di minoranza⁽¹⁴⁰⁾, mentre a proposito del comitato per il

⁽¹³⁷⁾ Cfr. G. FERRARINI-P. GIUDICI (nt. 46), 587.

⁽¹³⁸⁾ Peraltro, non si dubita del fatto che alcuni importanti poteri di controllo interno — come l'impugnazione di delibere assembleari non conformi alla legge o allo statuto, ai sensi dell'art. 2377, comma 2, c.c. — debbano essere esercitate dall'intero organo (conclusione che discende dall'univoco dettato della norma citata; v. G. GUERRIERI, sub art. 2377 c.c., in A. MAFFEI ALBERTI (nt. 28), I, 514; R. LENER, sub art. 2377 c.c., in G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES (nt. 13), I, 545; S. SANZO, sub art. 2377 c.c., in AA.VV. (nt. 13), I, 607; D. SPAGNUOLO, sub art. 2377 c.c., in M. SANDULLI e V. SANTORO (nt. 28), vol. 2, tomo I, 345) e non possano essere riferite al singolo sindaco, mentre altre attribuzioni possano essere riferite a ciascun sindaco (come il potere di effettuare ispezioni, di cui all'art. 2403-bis, comma 1, c.c.; v. G. OLIVIERI (nt. 49), 411) ovvero (magari su conforme previsione dello statuto) al presidente del collegio o ad una sua minoranza qualificata.

⁽¹³⁹⁾ G. OLIVIERI (nt. 40), 420.

⁽¹⁴⁰⁾ Per le quotate, ai sensi dell'art. 148, comma 4-bis, T.U.F. (v. P. MONTALENTI (nt. 39), 559 ss.).

Sull'argomento del voto di lista e del voto segreto, come tipiche questioni di *corporate governance*, v. A. BLANDINI, *Riforma del risparmio e società quotate: voto segreto, voto di lista e dintorni*, in *Società*, 2006, 209; F. CARBONETTI, *Amministratori e sindaci di minoranza e « rapporti di collegamento »*, ivi, 2007, 1186; F. DENOZZA, *L'« amministratore di minoranza » e i suoi critici*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 767; G. GUIZZI, *Il voto di lista per la nomina degli*

controllo della gestione si prevede sia l'elezione di almeno uno dei membri da parte di una lista « di minoranza », che il possesso — a pena di decadenza — dei requisiti di professionalità, onorabilità ed indipendenza di cui all'art. 148, nonché l'attribuzione dell'ufficio di presidenza⁽¹⁴¹⁾.

Se queste norme imperative valgono per le quotate, la disciplina codicistica — che resta la sola applicabile per le società chiuse — prevede che i requisiti d'onorabilità, professionalità ed indipendenza possano essere previsti nello statuto, a meno che la loro sussistenza non sia imposta da norme speciali, applicabili in dati ordinamenti settoriali⁽¹⁴²⁾, contesto dove la mancanza originaria, come anche la perdita successiva dei requisiti soggetti (tra i quali, appunto, l'indipendenza), trova — oltre alla sanzione civilistica della decadenza⁽¹⁴³⁾ — una graduazione di adeguate sanzioni nei provvedimenti delle *Authorities* (quindi, anche a prescindere da un'azione di responsabilità intentata da eventuali danneggiati).

Dunque, mentre per le quotate il presidio dell'indipendenza dell'organo di controllo interno e del revisore viene rafforzato dalle tutele poste

amministratori di minoranza nelle società quotate: spunti per una riflessione, in *Corr. giur.*, 2007, 301; M. NOTARI-M. STELLA RICHTER jr, *Adeguamenti statutari e voto a scrutinio segreto nella legge sul risparmio*, in *Società*, 2006, 533. Mi sia consentito rinviare tuttora — anche per un confronto con lo « stato dell'arte » prima delle riforme — ad un mio lavoro giovanile: A. NIUTTA, *La votazione a scrutinio segreto nelle delibere assembleari di società di capitali (e delle società cooperative in particolare)*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 868; adde G. LEMME, *Il voto di lista*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 357.

⁽¹⁴¹⁾ Sempre a proposito delle quotate, v. l'art. 148, comma 4-ter, T.U.F.

⁽¹⁴²⁾ Ad esempio, l'art. 6, comma 2 del Regolamento Mercati (adottato dalla Consob con delibera n. 16191 del 29 ottobre 2007), che attribuisce alla medesima *Authority* il potere di richiedere alle sgm la documentazione attestante il possesso dei requisiti di professionalità, onorabilità ed indipendenza degli esponenti aziendali; viceversa, il Regolamento Intermediari (nella versione risultante a seguito della delibera Consob n. 16190 del 29 ottobre 2007), all'art. 10, comma 1 ss., pone la verifica del possesso dei requisiti in capo al consiglio d'amministrazione o, nel caso che la funzione sia svolta da amministratore unico, all'organo di controllo interno. L'allegato 2 del Regolamento appena indicato, poi, specifica la documentazione da produrre per comprovare il possesso dei requisiti d'onorabilità, professionalità ed indipendenza degli esponenti aziendali di un intermediario finanziario.

È altresì indubitabile che — ai sensi della conforme previsione di cui all'art. 8, comma 3, T.U.F. — attribuzioni di vigilanza informativa ed obblighi di comunicazione all'Autorità di vigilanza ricadono sull'organo di controllo interno (e quindi, indifferentemente, su tutti gli esponenti dello stesso) indipendentemente dal sistema di amministrazione, direzione e controllo adottato, mentre l'art. 13 dello stesso T.U.F. impone per tutti gli esponenti aziendali di intermediari finanziari abilitati all'esercizio di attività e servizi d'investimento il possesso dei requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza, come specificati da regolamento del Ministro dell'Economia e finanze, sentite Banca d'Italia e Consob.

⁽¹⁴³⁾ V. M. VENTORUZZO (136), 240.

in generale a favore delle minoranze (garantendo loro una rappresentanza effettiva negli organi di controllo⁽¹⁴⁴⁾, e quindi una certa « terzietà » del controllo rispetto all'amministrazione), sostanzialmente equivalenti nei nuovi modelli di *governance*, nelle società chiuse non pare del tutto indifferente (quanto meno se si considera il livello delle norme dispositive di primo grado, quindi senza valutare quanto può essere previsto dall'autonomia statutaria, o da norme secondarie presenti nei vari ordinamenti settoriali) — per la tutela degli interessi dei soci esterni — la scelta di un modello alternativo in luogo di quello tradizionale⁽¹⁴⁵⁾, specie se non s'è utiliz-

⁽¹⁴⁴⁾ A proposito del voto di lista per la nomina dei sindaci, v. ancora M. VENTORUZZO (136), 245.

⁽¹⁴⁵⁾ Infatti, sia per quanto attiene al sistema dualistico (dove l'art. 2409-*duodecies*, comma 10, c.c. prescrive per tutti i componenti del consiglio di sorveglianza un requisito « minimo » d'indipendenza del tutto analogo a quello previsto per i membri del collegio sindacale (v. L. SCHIUMA, sub art. 2409-*duodecies*, in M. SANDULLI-V. SANTORO (nt. 28), I, 699), requisito che — ai sensi del comma 6 che lo precede — potrebbe pure essere ulteriormente specificato da omologa previsione statutaria), sia in relazione al sistema monistico (ai sensi del rinvio operato dall'art. 2409-*septiesdecies*, comma 2, richiamato dall'art. 2409-*octiesdecies*, comma 2, norme che fanno salva — per le quotate — la possibilità di prescrizioni più rigorose da parte del regolamento del mercato adottato dalla sgm; cfr. P. VALENSISE, sub art. 2409-*octiesdecies*, ivi, 740) s'impone per i componenti dell'organo di controllo interno quanto meno l'indipendenza di cui all'art. 2399, comma 1, c.c.

Da ultimo, cfr. B. LIBONATI, *Noterelle a margine dei nuovi sistemi di amministrazione della società per azioni*, in questa *Rivista*, 2008, 281 nonché — sull'effettiva utilizzazione di questo modello alternativo di *governance* nel nostro Paese e sulle problematiche specifiche di un'applicazione del sistema dualistico nell'ordinamento bancario — M. CERA, *Il sistema dualistico e l'ordinamento bancario*, in questa *Rivista*, 2008, 915 ss., nonché già P. FERRO-LUZZI, *L'esercizio d'impresa tra amministrazione e controllo*, in *AGE*, 2007, 231 e 240; adde AA.VV., *Un seminario sul sistema dualistico* (con contributi di: R. COSTI, A. ALESSANDRI, V. CALANDRA BONAURA, F. DENOZZA, V. DI CATALDO, A. GAMBINO, P. MONTALENTI, R. SACCHI, G. SCOGNAMIGLIO, F. VELLA), in *Giur. comm.*, 2008, I, 1234; N. ABRIANI, *Variante del sistema di amministrazione e controllo e nomina dei primi componenti degli organi sociali*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 683; V. CARIELLO, *Consiglio di sorveglianza della capogruppo e « unificazione e supervisione strategica » del gruppo*, in *AGE*, 2007, 285; R. COSTI, *Governo delle banche e potere normativo della Banca d'Italia*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 1270; R. COSTI-F. VELLA, *Sistema dualistico e vigilanza bancaria: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *AGE*, 2007, 481; F. GHEZZI, *Consiglieri di sorveglianza « esecutivi » e componenti del consiglio di gestione « non esecutivi »: eterogeneità dei fini?*, in *AGE*, 2007, 321; C. MARCHETTI, *Composizione e nomina degli organi sociali: ovvero, la missione dei consigli di gestione e di sorveglianza*, in *AGE*, 2007, 301; P. MONTALENTI, *Il sistema dualistico: alta amministrazione e funzioni di controllo tra autonomia privata e norme imperative*, in *Banca borsa*, 2008, I, 689; G.B. PORTALE, *Il sistema dualistico: dall'Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (1861) alla riforma italiana della società per azioni? (Appunti per una comparazione della nuova governance delle banche italiane)*, in *Banca borsa*, 2008, I, 623; G. PRESTI, *Banche ed attuazione del sistema dualistico: il consiglio di gestione alla ricerca di una difficile identità*, in

zata l'autonomia statutaria⁽¹⁴⁶⁾ per imporre una certa composizione degli organi o dati requisiti d'indipendenza per i loro componenti. L'applicabilità al collegio sindacale nella s.r.l. delle norme previste per la s.p.a. rende dovuto anche in quel contesto il requisito d'indipendenza dei sindaci, mentre per il revisore contabile esso sussiste solo nella misura — invero, un po' attenuata — legata all'applicazione della regolamentazione (avente, come detto, una valenza non solo deontologica) del consiglio nazionale dell'ordine dei dottori commercialisti indicata in precedenza⁽¹⁴⁷⁾.

Insomma, è evidente che — quanto alla regolazione degli organi di controllo interno — è sembrata più stringente l'esigenza di una disciplina «ad hoc» (incentrata sulle modalità di elezione capaci di assicurare una certa composizione dell'organo e un rapporto dato⁽¹⁴⁸⁾ con il gruppo di comando e il *managment*) prevista per le società quotate e negli ordinamenti settoriali, cioè lì dove — sul piano degli interessi in gioco — le istanze bisognose di protezione appaiono più forti, mentre rispetto a quelle delle società chiuse, nonché fuori da discipline speciali, sembra bastare il requisito

Banca, impresa, soc., 2008, 351; G.A. RESCIO, *L'adeguamento degli statuti delle banche alle disposizioni di vigilanza 4 marzo 2008 in materia di organizzazione e governo societario (con particolare riferimento alle banche a sistema dualistico)*, in *Banca borsa*, 2008, I, 730; U. TOMBARI, *Sistema dualistico e potere di «alta amministrazione» del consiglio di sorveglianza*, in *Banca borsa*, 2008, I, 709; F. VELLA, *Il governo societario delle banche nelle disposizioni di vigilanza: spunti di riflessione*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 1276; M. WEIGMANN, *Consiglio di gestione e consiglio di sorveglianza: le prime applicazioni del modello dualistico*, in *AGE*, 2007, 251.

L'interesse per in modello dualistico tra i sistemi di amministrazione e controllo disponibili per le s.p.a. soggette all'ordinamento bancario è aumentato molto in seguito alla Raccomandazione 264010 del 4-3-2008 della Banca d'Italia, che suggerisce per le banche (ma, ritengo, anche per le imprese d'investimento e società finanziarie sottoposte all'ordinamento bancario; in particolare, la normativa secondaria di riferisce alle banche e alle società capogruppo nei gruppi bancari) l'adozione di questo schema organizzativo; sul punto, v. già la Raccomandazione 688006 del 10 luglio 2007, rubricata, però, «funzione di conformità (compliance)».

Si è tuttavia prospettato di recente anche il ricorso al modello dualistico per la governance delle società cooperative (v. U. TOMBARI, *Governo dell'impresa e sistema dualistico nelle società cooperative*, in *AGE*, 2008, 399), nonché nelle cc. dd. società miste (C. IUBA, *Sistema dualistico e società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 571; in precedenza, v. già P. MONTALENTI, *La riforma del diritto societario. Dottrina, giurisprudenza, prassi applicative alla luce dei dati statistici: spunti di riflessione*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 518).

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. ad esempio P. MONTALENTI (nt. 39), 560.

⁽¹⁴⁷⁾ Ci si riferisce alla Circolare del CNDEC citata *supra*, nt. 134.

⁽¹⁴⁸⁾ Anche se definito «in negativo» e con tutti i limiti di questa tecnica di redazione dei testi normativi (v. P. FERRO-LUZZI (nt. 46), 204 e *adde* A. NIUTTA (nt. 61), 17).

dell'indipendenza, prescritto per i membri degli organi di controllo alternativi come per quelli del collegio sindacale nel sistema tradizionale.

È da considerare, peraltro, che quest'organo di controllo interno (come anche un autonomo organo di controllo contabile, *id est* il revisore esterno) possa anche mancare del tutto nella s.r.l. (il che rende potenzialmente anche notevole la distanza che può sussistere con il tipo sociale s.p.a. o con la s.a.p.a.⁽¹⁴⁹⁾), se l'atto costitutivo non lo prevede o (per quanto attiene il collegio sindacale) il capitale sociale non supera i 120.000 Euro, ovvero la società non abbia conseguito per almeno due esercizi due degli obiettivi quantitativi di cui all'art. 2477, comma 3, c.c.⁽¹⁵⁰⁾. Dunque, al disotto di quei limiti, è evidente come per il legislatore — salva la possibilità di una differente valutazione espressa dai soci nell'atto costitutivo — il controllo contabile costituisca esclusivamente una eventualità rimessa in modo episodico all'autonoma iniziativa del socio di minoranza, nella misura in cui questi decida, ai sensi dell'art. 2476, comma 2, c.c. di consultare le scritture contabili della società assistito da un professionista di fiducia che sia dotato di adeguate conoscenze giuri-

⁽¹⁴⁹⁾ Sembra essere, quella accennata nel testo, una chiara conseguenza — in termini di disciplina — tra le società azionarie e quelle non azionarie, dove il momento contrattuale (quindi il rapporto tra soci), ovvero il rapporto dell'ente con il socio non è mediato, e mancano valori mobiliari, cioè strumenti finanziari di per sé destinati alla circolazione, quand'anche né la società né il socio abbiano deciso di farli circolare, né tantomeno la negoziazione abbia raggiunto di fatto un livello tale da essere rilevante (ad esempio, ai fini dell'art. 2325-bis c.c.; cfr. P. ABBADESSA-E. GINEVRA, *sub art. 2325-bis*, in G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES (nt. 13), I, 7; G. MINERVINI, *sub art. 2325-bis e 111-bis att. trans.*, in M. SANDULLI e V. SANTORO (nt. 28), vol. 2, tomo I, 15; P. MONTALENTI, *sub art. 2325-bis*, in *AA.VV.* (nt. 13), I, 31; A. ROSSI, *sub art. 2325-bis*, in A. MAFFEI ALBERTI (nt. 28), I, 14).

Ciò non esclude, tuttavia, una valutazione generale di «prossimità» tra i modelli organizzativi delle società a rischio limitato che consente — quando l'autonomia contrattuale dei soci modelli di fatto l'organizzazione della specifica s.r.l. sui caratteri di quello proprio di una s.p.a. — l'applicazione analogica nella prima di norme dettate per la seconda (cfr. L. QUATTROCCHIO (nt. 78), 1896 s.).

⁽¹⁵⁰⁾ R. MARCIANO, *sub art. 2477 e 225-bis att. trans.*, in M. SANDULLI e V. SANTORO (nt. 28), vol. 3, 137; L. QUATTROCCHIO (nt. 79), 1894 s.; G. RACUGNO (nt. 79), 1615; C. SASSO (nt. 79), 2002.

È da dire che — a proposito della s.r.l. — sembra del tutto improbabile il verificarsi della precondizione di cui all'*incipit* dell'art. 2435-bis, comma 1 (norma richiamata nel suo complesso dall'art. 2477, comma 3, c.c.), cioè che la società emetta titoli negoziati su mercati regolamentati: anche quando la s.r.l. emetta titoli di debito ai sensi dell'art. 2483 c.c., è da escludere che gli stessi siano negoziabili sui mercati regolamentati (cfr. M. CAMPOBASSO (nt. 24), 747 s., dove precisa che l'emissione di titoli di debito, nella s.r.l., non costituisce un appello «diretto» al pubblico risparmio, con raccolta del risparmio «tra il pubblico», *id est* sul mercato dei capitali, ma solo raccolta «privata»).

diche e/o economico-aziendali, magari in prossimità dell'approvazione del bilancio.

Per tentare, quindi, di ricostruire la valenza del controllo — declinato sia nell'aspetto del controllo contabile che in quello del controllo interno — nell'ambito dei modelli organizzativi accessibili alle società a rischio limitato, è da dire da un lato che l'elemento comune della funzione di controllo pare riconoscibile nell'autonomia e «terzietà» del controllatore rispetto al controllato cui è riferito il potere di gestione (espressa sia come insussistenza di vincoli gerarchici che come indipendenza, ovvero l'assenza di rapporti economici e patrimoniali capaci di inficiare la credibilità dell'operato di un controllatore agli occhi di chi fa affidamento sulla sua professionalità, autorevolezza ed autonomia di giudizio). Per un altro verso, l'elemento differenziale tra i tipi sociali e i vari modelli di *governance* è riconoscibile nelle esigenze del mercato o in quelle gius-pubblicistiche che, specialmente in dati settori, impongono la previsione di un sistema di controlli «privati⁽¹⁵¹⁾» che — prima ancora del livello di vigilanza pubblica — consentano già agli operatori economici di poter contare (in modo da fare affidamento, almeno, sull'attendibilità di evidenze quantitative ricavate da contabilità e bilanci), nonché su un livello minimo di correttezza presente nel sistema delle imprese, prima ancora che si attivi il meccanismo della regolazione e vigilanza pubblica dell'economia.

D'altro canto, in un sistema economico di mercato le necessità finanziarie delle imprese — specialmente di quelle che non si rivolgono al mercato dei capitali per ottenerle (come le s.p.a. chiuse e le s.r.l.) — possono essere soddisfatte rapidamente solo rivolgendosi a banche o ad intermediari finanziari. A tal fine (così come, in generale, per ogni specie di rapporti commerciali di qualche rilevanza) risulta essenziale una certa affidabilità della contabilità e dei bilanci, nonché la presenza nella struttura organizzativa della società di un organo di controllo interno capace non solo di assicurare una verifica della rispondenza dell'organizzazione sociale alle concrete necessità dell'impresa nonché ai principi di corretta amministrazione, ma anche la conformità della gestione della società, in tutti i suoi aspetti (a partire dal concreto funzionamento degli organi sociali, per riferirsi poi al mero esercizio dell'impresa), alle varie prescrizioni normative che la interessano.

(151) V. C. RABITTI BEDOGNI (nt. 50), 25, che specifica il carattere di vigilanza «di secondo grado» della Consob quando il controllo è istituzionalmente demandato a soggetti privati, come revisori contabili e società di revisione da un lato, ma anche le sgm, rispetto ai mercati regolamentati, o la Monte titoli S.p.a. o altre eventuali sga, rispetto alla circolazione di strumenti finanziari dematerializzati.

Pertanto, è questo stesso requisito di sostanziale «terzietà» che, nelle s.p.a. chiuse e nelle s.r.l., può rappresentare la ragione sufficiente a giustificare l'opzione dei soci, espressa, ad esempio, nello statuto sociale, per un'articolazione dei poteri di controllo che voglia «esternalizzare» il controllo contabile, ponendolo cioè in capo ad un organo esterno.

È per questo che si è giudicata come «recessiva» la possibilità — offerta tutt'ora dall'art. 2409-bis, comma 3, c.c. — di affidare la funzione al collegio sindacale (purché questo abbia una data composizione), malgrado nella realtà pratica si verifichi che le società italiane abbiano non solo preferito mantenere in genere il sistema tradizionale di amministrazione e controllo, ma anche attribuire la funzione di revisione contabile al collegio sindacale⁽¹⁵²⁾. Infatti, l'elezione dei componenti il collegio sindacale nelle società chiuse è — quanto meno nella generalità dei casi — opera

(152) È evidente che, in tal modo, la società rinuncia a una composizione più varia del collegio sindacale, sul piano delle «competenze professionali» specificamente proprie di ciascuno dei sindaci, per un risparmio di costi che potrebbe, in pratica, essere molto ridotto o addirittura assente: i membri di un collegio sindacale gravato anche dell'onere di revisione contabile potrebbero, infatti, richiedere un compenso superiore (cfr. S. CAPIELLO-U. MORERA, *Del merito e delle ricompense dei vertici dell'impresa bancaria*, in *AGE*, 2007, 409). Peraltro, un effettivo risparmio di spesa, rispetto a questa soluzione, potrebbe sussistere anche se la società, avendo adottato il sistema monistico per l'amministrazione e il controllo della gestione, affidasse il controllo contabile ad un revisore esterno che non corrisponda ad una società di revisione.

D'altro canto, se il discorso vale principalmente per le società chiuse, è da dire, da un lato, che nelle quotate la «ramificazione dei controlli» (per tanti aspetti, imposta dalla legge — v. *supra*, sub nt. 44 — rende, di fatto, meno rilevante la questione dei maggiori costi (propri, per altro, forse sia del sistema dualistico che di quello tradizionale rispetto al sistema monistico), ma per di più la tendenziale poca fortuna dei nuovi modelli di amministrazione e controllo mostra d'essere più l'effetto dell'abitudine e di una latente idiosincrasia dei pratici e delle professioni per le novità che di un'attenta disamina dei «costi/benefici» di ciascun modello. In proposito, ci si limita ad osservare, da un lato (riprendo e faccio mio qui un interessante argomento espresso da N. ABRIANI, al Convegno di Bolzano citato *supra*, nt. 1), che il ricorso al sistema dualistico potrebbe essere utile non solo nelle società chiuse per gestire il passaggio generazionale (come problema tipico del capitalismo familiare italiano; cfr. G. FERRI-G.D. MOSCO (nt. 28); V. CARIELLO, *Sistema dualistico e s.p.a. cc. dd. chiuse «a controllo familiare»*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 543), ma anche nelle quotate — dove può servire, dopo l'aggregazione di più imprese a seguito di una fusione, a «sistemare» i rapporti tra i gruppi dirigenti delle varie imprese, che potranno «occupare» uno il consiglio di sorveglianza, l'altro il consiglio di gestione. Qualcosa del genere, peraltro, potrebbe pure rappresentare una soluzione utile a fornire una «via d'uscita» per una crisi d'impresa (o di un gruppo d'impres), quando l'apporto di risorse finanziarie da impiegare nella ristrutturazione viene da soggetti che si riservano la funzione di controllo propria del consiglio di sorveglianza nella *new-co.*, mentre la sua direzione, attraverso il consiglio di gestione, viene rimessa al precedente gruppo dirigente o ad uno nuovo, a seconda delle condizioni di mercato.

del medesimo «gruppo di comando» (cioè, la maggioranza dei soci) che nomina l'organo amministrativo, la cui gestione è sottoposta al controllo del collegio sindacale.

Un ulteriore aspetto degno di nota, in chiave di ricostruzione del sistema, pare da individuare in una sostanziale coincidenza non solo dell'origine (sul piano strutturale⁽¹⁵³⁾), ma anche dei caratteri riconoscibili a proposito dei poteri degli organi sociali propri di ciascun modello di *governance*. In particolare, quanto alla funzione di controllo interno non è realisticamente revocabile in dubbio che essa vada collocata in una posizione quantomeno contigua rispetto all'amministrazione⁽¹⁵⁴⁾, mentre resta chiaramente più distante — e quindi fortemente distinta — da quella di direzione o gestione. Da questo punto di vista, la scelta operata dal legislatore per una regolazione autonoma del controllo contabile non si giustifica esclusivamente in funzione della specificità delle logiche cui risponde la contabilità, ma piuttosto per quella che si è qui indicata come terzietà del revisore, giudicando perciò recessiva⁽¹⁵⁵⁾ l'opzione di rimettere tale funzione al collegio sindacale.

6. Un'ulteriore considerazione — utile nell'approssimarsi delle conclusioni — attiene alla necessità di contestualizzare il principio generale (di chiara matrice pubblicistica) della separazione dei poteri nell'ambito del diritto societario, che appartiene invece al versante privatistico del nostro ordinamento.

Già esaminando la tipologia delle società di capitali ci si rende conto che il legislatore ha tenuto in considerazione la necessaria distinzione dei ruoli e delle funzioni cui si è fatto cenno in precedenza⁽¹⁵⁶⁾, ad esempio separando ulteriormente nell'ambito sia della funzione di amministrazione (dove — anche se solo in riferimento al contesto delle società quotate⁽¹⁵⁷⁾

⁽¹⁵³⁾ Ci si riferisce alla circostanza che l'organo di controllo interno, essendo di nomina assembleare come l'organo amministrativo finisce — almeno nel sistema tradizionale — con l'essere rappresentativo dello stesso gruppo di comando dell'impresa, eccezion fatta per le quotate.

⁽¹⁵⁴⁾ V. G. OLIVIERI (nt. 40), 410 e 418, parlando di «aree di sovrapposizione» fra le competenze dell'organo di amministrazione e quelle dell'organo di controllo interno nel sistema tradizionale di *governance*, propone una propria ricostruzione sistematica.

⁽¹⁵⁵⁾ Perché contraddittoria dell'istanza circa la terzietà del revisore, che si indica nel testo.

⁽¹⁵⁶⁾ Non solo al par. 4, ma anche nei precedenti parr. 2 e 3.

⁽¹⁵⁷⁾ S. BARTOLOMUCCI (nt. 2), 407. Ciò implica che nelle società chiuse e nelle s.r.l., l'amministrazione include pure direzione (o gestione), non solo perché in concreto può man-

— ha regolato autonomamente la funzione di direzione o gestione⁽¹⁵⁸⁾ da quella di amministrazione) che a proposito della funzione di controllo, specificata nel ruolo della revisione contabile, in quello dell'organo di controllo interno o del socio non amministratore, e persino del dirigente preposto alla tenuta delle scritture contabili o del c.d. «organismo di vigilanza», che fanno entrambi riferimento alla struttura gestionale.

È poi indubitabile che, aumentando il grado di complessità della struttura organizzativa dell'impresa — ad esempio, quando la stessa si articola in una pluralità di centri d'imputazione-società⁽¹⁵⁹⁾ (o, al contrario, quando la medesima si riferisce ad una sola s.p.a., ma questa abbia costituito una pluralità di patrimoni separati tra loro e destinato ognuno ad uno specifico affare, nell'ambito dell'unica impresa sociale⁽¹⁶⁰⁾ ed organizzi l'attività distinguendo tra un singolo affare e la parte restante) —, le funzioni si devono

care del tutto il direttore generale, ma anche perché tale funzione — pure quando il ruolo viene espresso in concreto da una posizione dirigenziale apicale — corrisponde ad una competenza che può sempre essere avocata a sé dall'organo amministrativo, ovvero espressa da un amministratore delegato.

⁽¹⁵⁸⁾ S'impiega qui — come in precedenza, *sub* parr. 2 e 5 — l'espressione «gestione» in maniera alquanto differente dal modo impiegato dal legislatore della riforma (che, ad esempio, denomina l'organo collegiale competente ad amministrare la società — rispettivamente, nel sistema tradizionale di *governance* e nel sistema dualistico — consiglio di amministrazione nell'uno e consiglio di gestione nell'altro), ma anche da quello che io stesso ho utilizzato altrove (v. A. NIUTTA (nt. 55), 7: in particolare, nt. 10, ma poi anche nel prosieguo; ad esempio, 154), parlando di «gestione dell'affare». Ritengo, invece, in questo contesto più utile impiegare il termine «gestione» come sinonimo di quello direzione applicato nella normativa, che risulta equivoco rispetto all'endiadi «direzione e coordinamento», utilizzato dal legislatore del codice civile riformato agli artt. 2497-2497-septies, e cui ci si riferisce in questa parte del lavoro, al par. 7.

⁽¹⁵⁹⁾ Come avviene nei gruppi di società: cfr. sull'impresa di gruppo, in funzione della responsabilità (v. B. LIBONATI, *Responsabilità nel e del gruppo (responsabilità della capo-gruppo, degli amministratori, delle varie società)*, in AA.VV., *I gruppi di società*, Milano, 1996, 1494). Si preferisce parlare d'impresa di gruppo — e di gruppo di società — piuttosto che di gruppo d'impresе (G. SCHIANO DI PEPE, *Il gruppo d'impresе*, Milano, 1990) — in una prospettiva di diritto delle società o di diritto fallimentare. In un'ottica di diritto dell'impresa — cioè, per applicare il diritto *antitrust* (specialmente in un'ottica comunitaria), invece — o la regolazione che si esprime nel diritto amministrativo o in alcuni ordinamenti settoriali, può risultare più opportuno ragionare nei termini del gruppo d'impresе.

⁽¹⁶⁰⁾ Ritengo preferibile inquadrare la disciplina dei patrimoni destinati in relazione alla rappresentazione contabile dello specifico affare più che come rappresentazione contabile del patrimonio destinato, con una «ipostatizzazione» di quest'ultimo, quasi che si trattasse di una «società nella società». Nel primo senso, G. RACUGNO, *La rappresentazione contabile dello specifico affare*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 619, nell'altro — se non erro — D. SCARPA, *La rappresentazione contabile del patrimonio destinato e la tutela dei creditori particolari*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 400. Dimensiona al meglio la questione G. GUIZZI (nt. 126), 379.

specificare e «ramificare»⁽¹⁶¹⁾ ulteriormente. Analogamente, la dimensione dell'impresa sociale, magari ulteriormente enfatizzata dal fatto che la società raccoglie risorse finanziarie direttamente sul mercato — senza, cioè, l'intervento di intermediari soggetti a vigilanza prudenziale — impone un'ulteriore articolazione delle funzioni di controllo, specialmente di quello esterno, ma pure di quello interno⁽¹⁶²⁾. Si realizza, quindi, un'analogia diversificazione anche a livello della responsabilità civile conseguente al mancato o non adeguato esercizio⁽¹⁶³⁾ di quella posizione funzionale che

(161) Alla constatazione, già espressa in precedenza riguardo ai rapporti tra gli organi delle varie società appartenenti ad un gruppo (v. ancora A. NIUTTA (nt. 64)), sono stati dedicati i par. 2, 4 e 5 che precedono questo, dedicati ad approfondire le interazioni tra gli organi e le funzioni nei vari modelli organizzativi.

(162) È da rilevare in questa sede — cioè, proprio perché si aspira a tentare un inquadramento sistematico delle funzioni e delle strutture di amministrazione e controllo nel diritto delle società di capitali italiano — che è spesso riscontrabile un'articolazione interna dell'organo titolare in generale della funzione amministrativa, che permetta un certo controllo interno, da intendere sia come «feedback» della gestione che come «innesco» per le dinamiche interne al consiglio, tra gli amministratori esecutivi e quelli privi di deleghe (cfr. A. PISANI MASSAMORMILE, *Appunti sugli amministratori indipendenti*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, n. 1, 275; D. REGOLI, *Gli amministratori indipendenti tra fonti private e fonti pubbliche e statuali*, in questa *Rivista*, 2008, 382). A tal fine, ritengo che — anche quando non sia imposto alla società da discipline *ad hoc*, la cui applicazione sia irrinunciabile per la società (a meno di non quotarsi su quel mercato, ovvero di rinunciare a dotarsi di capitali a costi più competitivi), l'autonomia statutaria potrebbe comunque ricorrere a modalità di elezione dei componenti l'organo amministrativo (quali il voto di lista, metodo che è obbligatorio per le quotate) capaci di garantire una certa rappresentanza anche alla minoranza. È da dire, poi, che tali controlli interni, insieme ai controlli esterni, hanno poi una vera e propria «risonanza» nella vigilanza espressa dalle *Authorities* competenti nei vari ordinamenti settoriali, ovvero in generale sul mercato mobiliare, nonché in punto di responsabilità, ambito dove si accentua la distanza — già espressa sul piano della funzione — tra amministratori esecutivi e non: cfr. M. BAZZANI, *Profili di responsabilità dei consiglieri di amministrazione non esecutivi di banche: doveri di vigilanza e di intervento e prova dell'immunità da colpa da parte dei singoli consiglieri*, nota ad App. Roma, 12 giugno 2006 ed App. Roma, 25 gennaio 2007, in *Riv. dir. soc.*, 2008, n. 2, 327 (queste decisioni, per altro, approfondiscono l'analisi dei rapporti tra il potere di vigilanza «interno» rimesso ai *not executive directors* e la vigilanza pubblica, rimessa all'*Authority* indipendente negli ordinamenti settoriali).

Per un'analisi dell'applicazione delle deleghe di amministrazione al c.d. sistema dualistico, v. A. GUACCERO, *Il triangolo: un consigliere delegato e due presidenti*, in *AGE*, 2007, 381.

(163) Quanto ai controlli esterni, si va del controllo dei conti da parte del revisore o di una società di revisione, alla vigilanza delle *Authorities* di settore nonché dei *Gatekeepers* che di queste costituiscono la «longa manus» sui mercati, cioè delle sgm (come Borsa Italiana s.p.a.) e delle sga (come Monte Titoli s.p.a.) per le quotate; cfr. C. RABITI BEDOGNI (nt. 50), 25; v. anche G. PRESTI, *Il sistema dei controlli esterni sull'attività sociale*, in *Società*, 2005, 311.

può rappresentare un sufficiente incentivo⁽¹⁶⁴⁾ ad un suo impiego. Pertanto, questo può risultare conforme a quanto prescritto dalla normativa per assicurare un'efficace tutela degli interessi in gioco, tutela che in tal modo può raggiungere un livello almeno corrispondente a quello degli altri Paesi occidentali che rappresentano i nostri *competitors* sul mercato.

Tentando allora una prima — anche se inevitabilmente parziale — conclusione, si potrebbe ritenere che, malgrado le evidenti difficoltà che s'incontrano nel proporre una ricostruzione unitaria della regolazione prevista per le imprese dalle norme del nuovo diritto societario, si desume un principio che fa della «separazione dei poteri» (e quindi delle responsabilità) una vera e propria regola per governare la complessità.

In particolare, in un contesto di sostanziale «facilitazione dell'accesso»⁽¹⁶⁵⁾ ai modelli delle società su base capitalistica (o, comunque, a rischio limitato), è possibile realizzare un equilibrato assetto d'interessi esclusivamente distinguendo i poteri e separando le relative responsabilità⁽¹⁶⁶⁾. Infatti, il legislatore ha agito, da un lato, mettendo in piedi un *mix* flessibile ed articolato di modelli organizzativi, che contempla poteri diversi, in un'ottica di «pesi e contrappesi», dall'altro, prevedendo un corrispondente sistema di responsabilità distinte, in capo ai vari organi che caratterizzano le differenti funzioni nella *governance* di ciascun modello. In pratica, risulta che i terzi — a fronte di un peso obiettivamente ridotto dei mezzi propri della società all'interno del patrimonio sociale — devono invece poter contare su un esercizio professionale e responsabile delle proprie attribuzioni da parte di chi opera in funzione amministrativa e gestionale, ovvero di controllo nella società. Contemporaneamente, essi possono far valere un'eventuale responsabilità personale dei medesimi soggetti, quando da un impiego non diligente⁽¹⁶⁷⁾ di quelle stesse attribuzioni siano derivati danni per quanti sono entrati in contatto con la stessa società.

(164) V. G. FERRARINI (nt. 44), 21.

(165) Facilitazione realizzata sia (come analizzato *supra*, al par. 2), riducendo di fatto il «peso» delle prescrizioni sul capitale che eliminando ogni controllo pubblico sostanziale — in sede di omologazione — sulla costituzione delle società.

(166) Cosa che il legislatore ha fatto effettivamente, prevedendo titoli distinti di responsabilità, non solo in capo agli esponenti aziendali, ma anche ai revisori esterni. Un'altra serie di responsabilità attiene alle Autorità di settore, alla sgm, agli intermediari finanziari che abbiano collocato o negoziato i titoli, ecc. V. ancora A. NIUTTA, *L'abrogazione* (nt. 61), 22, spec. nt. 21.

(167) È da rimarcare che il criterio generale della diligenza si specifica — mediante il riferimento alla «Business Judgement Rule» (v., per tutti, C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgement rule*, ora in *Attività ed organizzazione* (nt. 11), 279) — esclusivamente in relazione ai titolari di funzioni gestorie (che si articolano nella direzione ed amministrazione), mentre invece le funzioni di controllo risultano parametriche e qualificate direttamente dalla

Mi pare, allora, che il rilievo da riconoscere al requisito soggettivo dell'indipendenza — che costituisce elemento indefettibile per i componenti del collegio sindacale e per i membri degli altri organi di controllo interno — oltre a poter essere « corroborato » dalla previsione di una certa componente « di minoranza » nel medesimo organo (quando si tratti di società quotate) debba essere individuato nel fatto di rappresentare un presidio di quella distinzione dei poteri e separazione delle responsabilità. Tale requisito risulta utile non solo a prevenire il rischio di conflitti d'interesse⁽¹⁶⁸⁾ o, comunque, di un uso non diligente di quelle attribuzioni, ma anche a rappresentare un parametro indispensabile per definire già una prima causa di responsabilità — ancorché in negativo — per il danno d'immagine e per gli altri che dovessero derivare da un assetto organizzativo non trasparente e comunque non conforme alle prescrizioni di legge o regolamentari (ad esempio, nell'ordinamento settoriale cui la società dovesse appartenere).

Si tratta di chiarire, però, cosa debba intendersi qui per indipendenza, anche quando, ad esempio, si tratti dell'OdV, cioè di un elemento indipendente, vale a dire sottratto al vincolo gerarchico nella struttura organizzativa dirigenziale dell'impresa⁽¹⁶⁹⁾.

È da rilevare che l'indipendenza dei componenti l'organo di controllo interno, come — d'altro canto — quella del titolare di un potere di revisione contabile, mira ad indicare l'assenza di rapporti economici e patrimoniali con i membri dell'organo amministrativo o con chi gestisce l'impresa sociale. Nelle società quotate rileva, per di più, la « diversa estrazione » tra una parte dei componenti l'organo di controllo e chi esercita poteri di gestione nell'organo amministrativo. Inoltre, lo stesso è a dire per le articolazioni interne — *id est*, i comitati di controllo — che fossero presenti nell'organo amministrativo⁽¹⁷⁰⁾, pure senza essere prescritte da norme inderoga-

normativa primaria e secondaria. È da ritenere, poi, che l'adempimento del titolare di funzioni di controllo si specifica ulteriormente, anche in funzione dell'ordinamento professionale di coloro che espletano in concreto quella funzione (siano essi revisori, dottori commercialisti o esperti contabili).

⁽¹⁶⁸⁾ P. MONTALENTI (nt. 39), 556, specifica che l'indicazione dei requisiti d'indipendenza in capo a chi svolge una funzione di controllo mira al conformare l'operatività delle imprese a regole di correttezza, per il corretto funzionamento del mercato; cfr. L. SAMBUCCI, *Gli interessi degli amministratori*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 755.

⁽¹⁶⁹⁾ V. *supra*, alla nota 44. Si tratta, secondo la logica applicata in precedenza e motivata alla nota 152, di una funzione di controllo rimessa, pertanto, ad una componente indipendente della struttura organizzativa cui, in generale, spetta la funzione di gestione dell'impresa sociale.

⁽¹⁷⁰⁾ V. in proposito M. STELLA RICHTER *jr* (nt. 40), 260.

bili di legge o da prescrizioni regolamentari proprie dei vari ordinamenti settoriali⁽¹⁷¹⁾.

Viceversa, per quanto concerne le varie espressioni della funzione di vigilanza all'interno della struttura organizzativa e gestionale (o dirigenziale) dell'impresa sociale⁽¹⁷²⁾, l'indipendenza dei dirigenti che svolgono funzioni di vigilanza risulta una « declinazione » del parametro di adeguatezza⁽¹⁷³⁾ di quella medesima struttura, imponendo che gli stessi non abbiano « vincoli gerarchici » rispetto a chi riveste la posizione apicale nell'organizzazione dirigenziale o gestionale. In questi termini, l'indipendenza costituisce pure un ulteriore requisito, questa volta di legittimità (o, meglio, di conformità alle previsioni normative relative ad interessi generali) per la medesima struttura. È chiaro che la mancanza di quel requisito possa comportare tutte le conseguenze nei termini degli effetti giuridici in sede civile, amministrativa⁽¹⁷⁴⁾ e penale di quell'illecito, specialmente in riferimento agli ordinamenti settoriali.

La stessa indipendenza non può che assumere un significato e un rilievo particolare nell'ambito delle relazioni tra gli organi delle società appartenenti al medesimo gruppo e ai loro componenti. In particolare, non solo — come sostenuto in un lavoro più risalente⁽¹⁷⁵⁾ — al livello degli organi interni, ma anche rispetto alla revisione contabile « esterna ». Allora, la previsione dell'art. 2409-*quinquies* è tale da imporre una certa indipen-

⁽¹⁷¹⁾ In effetti, articolazioni interne dell'organo amministrativo possono essere prescritte sia da norme primarie e secondarie di ordinamenti settoriali, sia da norme « private » che si vadano a conformare alle prime (si pensi ai regolamenti adottati da una *sgm* come disciplina propria di un dato mercato, o alla previsione di peculiari modelli organizzativi nello statuto di una singola società emittente, ma anche di una società « chiusa » che voglia prepararsi ad emettere valori mobiliari da « diffondere » tra gli investitori fino a conseguire il livello di cui all'art. 2325-*bis* c.c.).

⁽¹⁷²⁾ Non solo l'OdV citato *supra*, ma anche il dirigente preposto alle scritture contabili.

⁽¹⁷³⁾ V. sul tema V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precisione, gestione e responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 5.

⁽¹⁷⁴⁾ In particolare, la mancanza — nella struttura organizzativa dell'impresa sociale — di uno dei requisiti prescritti da norme di legge o regolamentari può comportare un intervento correttivo dell'Autorità che vigila su quel settore, opportunamente graduato in base alla rilevanza dell'illecito e all'importanza del pregiudizio che potrebbe derivarne per gli interessi diffusi (cfr. A. NIUTTA, *Gli investitori istituzionali nella disciplina delle società di capitali*, Roma, 2000, ed. provv., 103, con specifico riferimento alla teoria degli « obblighi di protezione », sui quali, sempre in riferimento al versante « privatistico », cfr. ancora C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990; *Id.*, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 124) che l'ordinamento settoriale mira a tutelare.

⁽¹⁷⁵⁾ A. NIUTTA (nt. 64), 780.

denza tra il revisore contabile (ovvero, la società di revisione o il suo dipendente incaricato della revisione), la società soggetta a controllo contabile, la sua capogruppo e i componenti gli organi amministrativi o di controllo interno (ovvero, almeno, la loro maggioranza); ma anche l'applicazione dell'art. 2399, comma 1, c.c. ai componenti gli organi di controllo interno delle società del gruppo non potrà che essere più rigorosa, soprattutto per quanto concerne le società aperte e quelle che ricorrono alle risorse finanziarie di soggetti estranei al gruppo⁽¹⁷⁶⁾.

È pur vero che sussistono condizioni che rendono obiettivamente insufficiente la mera « separazione dei poteri » e invocano sia la previsione di un sistema di norme imperative, che l'intervento di Autorità indipendenti in funzione di « supplenza » e correzione delle inefficienze del mercato⁽¹⁷⁷⁾ e dei rimedi « privatistici ». In tal senso, è paradigmatica la regolazione della revisione contabile dei gruppi cui appartengono le società quotate e quella di gruppi di società soggetti ad ordinamenti settoriali⁽¹⁷⁸⁾.

Si può discutere dell'efficacia dei presidi privatistici (in chiave di incompatibilità, revoca e responsabilità) del revisore-società di revisione, applicando quanto previsto dal nuovo testo dell'art. 2409-*quinquies*, comma 1, c.c. (in relazione al diritto societario) a garantire effettivamente l'indipendenza⁽¹⁷⁹⁾, imparzialità e terzietà dell'organo esterno cui viene attribuito il potere di controllo contabile. Tuttavia, sembra evidente che l'indipendenza dei revisori costituisca contemporaneamente un requisito di validità della nomina⁽¹⁸⁰⁾ e una condizione negativa della responsabilità. Intendo dire,

(176) Anche nelle società chiuse, l'affermazione del principio di uguaglianza (cfr. V. BUONOCORE, *Principio di uguaglianza e diritto commerciale*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 551) non impedisce, da un lato, di continuare a distinguere i soci-imprenditori dai soci investitori, dall'altro di ritenere che l'ordinamento debba comunque valorizzare, tra gli *stakeholders*, la posizione dei finanziatori: a meno che l'impresa sociale non possa contare su fonti « autarchiche » (come, ad esempio, il finanziamento dei soci), ovvero nell'ipotesi dell'insufficienza di tali apporti rispetto alle esigenze finanziarie dell'impresa sociale, il concorso del finanziamento da parte di intermediari bancari, finanziari e/o assicurativi potrebbe risultare in concreto determinante per il successo dell'impresa.

(177) Cfr. G. ROSSI-A. STABILINI, *Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti a margine della riforma del diritto societario*, in questa *Rivista*, 2003, 22.

(178) Cfr. C. LAMANDA, sub artt. 60-61, in AA.VV., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*², a cura di F. CAPRIGLIONE, I, 471-487; A. CINQUE-M. TRIFILIDIS, sub art. 11, nonché G. MASTRANGELO-C. PISANTI, sub art. 12, in *Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cura di G. ALPA-F. CAPRIGLIONE³, Padova, 1998, I, 130-148.

(179) Nonché, in radice, sull'utilità del riferimento alla stessa categoria dell'indipendenza: v., per tutti P. FERRO-LUZZI (nt. 46), 204.

(180) La mancanza originaria del requisito costituisce, ai sensi della disciplina presente

con ciò, che la mancanza di indipendenza è già di per sé un fatto che incide sulla validità di quella nomina, e quindi è anche un'irregolarità nel funzionamento della società che contrasta con norme imperative⁽¹⁸¹⁾ di legge, tale da determinare sicuramente una imputabilità ai revisori (a titolo di colpa grave) dei danni che dovessero derivare a terzi da valutazioni non rispondenti alla realtà dei fatti e « sospette », perché provenienti da controllori « prigionieri » dai controllati.

Inoltre, se è chiaro che la possibilità di effettive azioni di responsabilità *ex art. 2409-sexies* pare piuttosto remota⁽¹⁸²⁾, è comunque realizzabile ad esempio in ambito concorsuale, quando dovesse essere dichiarata insolvente, e quindi sottoposta a liquidazione (anche con le modalità proprie dei vari ordinamenti settoriali), la società soggetta a controllo contabile. Il curatore o il commissario liquidatore, allora, potrebbe decidere di esercitare questa insieme alle altre azioni di responsabilità avverso gli organi amministrativi, direttivi e di controllo della società⁽¹⁸³⁾.

Infine, se le disposizioni previste per i modelli di *governance* più semplici — corrispondenti in primo luogo alle società su base personale, ma poi ora anche alla nuova s.r.l. — ammettono che si realizzi un sostanziale cumulo in capo al socio di attribuzioni amministrative e di controllo (mentre una struttura organizzativa che sia altro dai soci può mancare del tutto), le norme previste invece per i modelli più sofisticati riconoscono uno spessore notevole proprio per la medesima, che assume perciò in tanti aspetti il valore di momento indefettibile nell'impresa sociale. È per questo che le di-

nel Capo I-*bis* del Regolamento Emittenti della Consob, una causa d'incompatibilità che — qualora scoperta dopo la nomina — si traduce nella possibile revoca dell'incarico da parte della società o (in caso d'inerzia della stessa) della medesima Autorità, che potrà pure provvedere alla sostituzione della società di revisione di cui abbia scoperto la mancanza del requisito. È poi possibile che (ad esempio, a seguito di un cambio di maggioranza), alla revoca dell'incarico si aggiunga un'azione di responsabilità da parte della società, ma anche sanzioni *ad hoc* dell'*Authority*, in quanto competente alla tenuta dell'albo (il che permette di sospendere l'attività di revisione, limitare o escludere l'acquisizione di nuovi incarichi, vietare l'esercizio della stessa attività, eccetera).

(181) Si tratta sicuramente di norme imperative di legge (anche quando siano specificate da prescrizioni regolamentari), dal momento che sono poste a tutela dell'interesse pubblico alla regolarità e trasparenza dell'agire sociale.

(182) Proprio questa circostanza — *id est*, la tendenziale inefficacia dei presidi « privatistici » ad assicurare il conseguimento di interessi generali, con risultati sufficienti a livello quantitativo — giustifica la previsione di Autorità indipendenti con la funzione di perseguire l'interesse generale, altrimenti negletto; cfr. App. Roma, 12 giugno 2006 ed App. Roma, 25 gennaio 2007, *cit.*

(183) Peraltro, questa è, in termini generali, una delle situazioni di fatto in cui risulta più frequente l'esercizio delle azioni di responsabilità previste dal diritto societario.

sposizioni relative alla struttura organizzativa nelle società su base azionaria tendono ad essere inderogabili, quindi indisponibili per l'autonomia statutaria, quando poste a protezione di interessi generali o, quanto meno, diffusi⁽¹⁸⁴⁾.

Dunque, la presenza di interessi pubblici, ma anche d'interessi privati che, in quanto diffusi, esprimono indubbiamente una rilevanza pubblica (per di più, in alcuni casi anche di rango costituzionale) — come quello alla protezione del risparmio, o alla tutela del mercato e degli investitori che sullo stesso operano — è certamente tale da giustificare un intervento del legislatore ai sensi dell'art. 41, comma 2, Cost., per disporre una regolazione con norme imperative anche in relazione all'accesso ai modelli organizzativi più complessi (com'è effettivamente avvenuto con il T.U.F., e il trend è proseguito con la riforma del diritto societario e il d.lgs. n. 164/2007 che ha dato attuazione alla c.d. MiFID).

7. È possibile accedere ad una verifica empirica dell'efficienza di una soluzione in termini di separazione dei poteri e delle responsabilità nelle strutture più complesse coincidenti con le società di capitali guardando alla disciplina integrale⁽¹⁸⁵⁾ di due fenomeni propri di quelle società nel nostro ordinamento, cioè i gruppi e, per quanto concerne le s.p.a., i patrimoni destinati.

Muovendo dal fenomeno più diffuso in Italia riguardo le società a rischio limitato (e non solo), è comune la constatazione che, soprattutto in sede di crisi dell'impresa e di disciplina delle procedure concorsuali, l'abuso e quindi la violazione delle regole che presiedono la separazione tra i vari centri d'imputazione⁽¹⁸⁶⁾, ma poi anche della ripartizione delle competenze nei conglomerati di società, trova una sanzione comune nella responsabilità personale degli esponenti aziendali, e forse anche degli altri titolari di poteri di controllo⁽¹⁸⁷⁾.

⁽¹⁸⁴⁾ V. *supra*, sub nota 166.

⁽¹⁸⁵⁾ Parlo di disciplina integrale perché faccio riferimento non solo alla regolazione della fase « fisiologica », che a quella dove si manifesta la crisi dell'impresa.

⁽¹⁸⁶⁾ Cfr., per tutti, P. SPADA, *Persona giuridica ed articolazione del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 857; del medesimo Autore cfr. anche, *C'era una volta la società...*, in *Riv. not.*, 2004, I, 9.

⁽¹⁸⁷⁾ Sembra dubitarne — se intendo correttamente il suo pensiero — A. TOFFOLETTO, sub §§ 77-81, in *Aa.Vv.*, *Diritto fallimentare (Manuale breve)*, 256, lì dove propende per un'interpretazione restrittiva dell'art. 146 l. fall. tale da rendere difficoltosa non tanto l'applicazione dell'azione di responsabilità per i danni da « eterodirezione » dell'impresa sociale (cfr., ad esempio, G. GUIZZI, *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio nel*

È quanto prevede l'art. 2497, comma 2 (prima parte), c.c. a proposito dei gruppi di società, ma è pure desumibile dal combinato disposto tra l'art. 2447-*quinquies*, commi 3 e 4, c.c. con l'art. 156, comma 3 l. fall. Infatti, dalla disciplina generale dei patrimoni destinati si ricava la regola per cui la violazione del principio di separazione trova una sanzione civilistica (comune ad entrambi i modelli di articolazione dei centri) principalmente nella responsabilità degli esponenti aziendali cui è riferibile la violazione della stessa⁽¹⁸⁸⁾. Solo in casi eccezionali è prevista la possibilità di azionare la responsabilità patrimoniale della società con il patrimonio di provenienza.

A questa regola generale si contrappone quella che costituisce un'essenziale e consistente eccezione al principio di separazione: la responsabi-

nuovo diritto dei gruppi, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 439), quanto in generale la sua applicazione per i danni da esercizio non diligente delle attribuzioni del diritto societario, ad esempio in materia di revisione contabile. In giurisprudenza, v. App. Bologna, 23 maggio 2007, in *Società*, 2008, 316 ss., con nota di F. ANGIOLINI.

È da sottolineare, poi, che (contrariamente a quanto opina D. CATERINO (nt. 46), 479, testo e nt. 13) sussistono ipotesi — negli ordinamenti settoriali — in cui la violazione di regole private, com'è il regolamento del mercato adottato da una sgm, è assistita non solo da sanzioni « private » (sul piano, appunto della reazione disponibile alla medesima sgm, vale a dire la sospensione e — nei casi più gravi — l'esclusione dalle negoziazioni), ma anche l'intervento dell'*Authority* qualora quella reazione manchi o sia inefficace nella tutela dell'interesse dei risparmiatori-investitori. Pertanto, quando l'adesione a codici di comportamento assume la rilevanza giuridica di condizione per accedere ad un dato mercato regolamentato, assistita dalla vigilanza pubblica — come avviene, credo, proprio nel segmento STAR (tra i mercati di Borsa Italiana S.p.a.) — non mi pare condivisibile una ricostruzione esclusivamente nei termini di una rilevanza convenzionale dei codici di condotta, che manifestano allora una valenza giuridica del tutto assente nei cc. dd. Codici etici d'impresa; cfr. S. ROSSI (nt. 40), 25.

Dunque, la « vigilanza di secondo grado » dell'Autorità indipendente — che può anche arrivare (nelle ipotesi più rilevanti di « market failure ») (cfr. A. NIUTTA (nt. 166), 84 e nt. 8); per una radicale contestazione del dogma sulla presunta razionalità del mercato, v. M.A. STEFANELLI, *Mercato regolati?*, in *www.giustamm.it*, n. 10, 2006) fino alla sostituzione della sgm con un'altra — cfr. i provvedimenti di cui agli art. 73, comma 3, e 74, comma 2 ss., T.U.F. — può spostare la tutela degli interessi diffusi sul versante pubblicistico dell'ordinamento (cfr. EAD., *Le istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia. 1. Parte generale*, Padova, 2005, 226, con particolare attenzione ai presupposti comunitari dell'ordinamento settoriale di cui tratta).

⁽¹⁸⁸⁾ Cfr. G. GUIZZI (nt. 126), 379; sul tema — invero, assai peculiare — del trattamento contabile dello specifico affare, v. da ultimo D. SCARPA, *La rappresentazione contabile del patrimonio destinato e la tutela dei creditori particolari*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 400 ss.; in chiave di ricostruzione sistematica, cfr. anche G. LENER, *Atti di destinazione del patrimonio e rapporti reali*, in *Contr. e impr.*, 2008, 1054 ss. Sul tema — obiettivamente contiguo, ancorché distinto (v. A. NIUTTA (nt. 55), 176, nt. 28, nonché ID. (nt. 30), 244, nt. 28) delle azioni correlate ad uno specifico settore dell'attività sociale — cfr., da ultimo, C. CARBONE, *Le azioni correlate quale forma di finanziamento finalizzato*, in *Società*, 2008, 797 ss.

lità civile non solo della società o ente capogruppo, ma anche di chi abbia concorso nell'illecito, o comunque abbia profittato dei suoi effetti.

La valutazione del « peso » — in chiave di ricostruzione del sistema — di questa eccezione non può omettere di considerare che la disciplina dei gruppi di società risulta essere di applicazione sicuramente più ampia e frequente, in quanto relativa a tutte le società di capitali e non unicamente alla s.p.a., come invece avviene per i patrimoni destinati, ma anche a quelle a responsabilità limitata, cooperative, forse anche di persone⁽¹⁸⁹⁾, e persino fuori dal novero delle imprese in forma societaria⁽¹⁹⁰⁾.

In effetti, è evidente che lo stesso art. 2497, ai commi 1 e 2 (seconda parte), prevede anche una responsabilità (da ritenere però più come responsabilità civile⁽¹⁹¹⁾ che come responsabilità patrimoniale)⁽¹⁹²⁾ sia della società o ente capogruppo, sia di « chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo », il che coinvolge certamente gli esponenti aziendali⁽¹⁹³⁾, ma consente forse di riferirsi pure alla responsabilità civile del revisore, ai sensi

(189) La prassi conosce società di persone nei gruppi esclusivamente in posizione apicale, dove i soci controllanti — persone fisiche — possono anche costituire una società semplice per gestire insieme le proprie partecipazioni che, nel complesso, consentono loro di esercitare il controllo. Sono evidenti le assonanze tra questa prassi e la nota giurisprudenza sul caso Caltagirone (dove, tuttavia, s'è ipotizzata l'esistenza di una società di fatto finalizzata all'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento; v. Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Riv. dir. comm.*, 1991, II, 552, con nota di B. LIBONATI, *Partecipazione in società ed esercizio di attività economica in forma d'impresa*, e le altre decisioni citate in A. NIUTTA, *I gruppi* (nt. 61), 357, alla nota 2). Nella prassi indicata, invece, la società semplice prende il posto di un patto di sindacato o di un *trust*. È da ricordare, infine, che in dottrina ci si interroga anche circa l'ammissibilità di gruppi di società di persone (cfr. M. GARCEA, *I gruppi di società di persone*, Napoli, 2008).

(190) Cfr. L. PANZANI, *L'azione di responsabilità e il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Società*, 2002, 1380; v. anche A. CAPRARA, *Attività di direzione e coordinamento di società: la responsabilità dell'ente pubblico*, in *Società*, 2008, 557, nonché M. COSSU, *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2008, 62 e, per un aspetto particolare (*id est*, la fine delle cc. dd. *golden shares* F. GHEZZI-M. VENTORUZZO (nt. 11), 668. È da considerare, peraltro, che, nell'ambito della disciplina dei gruppi di società, l'interesse dei soci esterni della controllata viene tutelato anche attraverso la previsione di un'ulteriore ipotesi di recesso ai sensi dell'art. 2497-*quater*, c.c.; v., da ultimo, M. VENTORUZZO, *Brevi note sul diritto di recesso in caso di direzione e coordinamento di società (art. 2497-*quater*, c.c.)*, in questa *Rivista*, 2008, 1179.

(191) Cfr. S. SEMINARA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa*, 2008, I, 279.

(192) Cfr. R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 673.

(193) Mi permetto di richiamare ancora le considerazioni espresse in un precedente lavoro: A. NIUTTA (nt. 64), 785-795.

dell'art. 2409-*sexies* c.c. e dell'art. 164 T.U.F., nonché alla responsabilità amministrativa (di cui all'art. 193 T.U.F. e agli artt. 145-153 del regolamento emittenti adottato dalla Consob) e penale (ai sensi degli artt. 174-*bis*, 174-*ter* e 177-178 T.U.F.), persino delle società cui è da imputare l'illecito.

Viceversa, è chiaro che la disciplina dei gruppi in ambito concorsuale non ha seguito le tesi⁽¹⁹⁴⁾ circa il « superamento » del limite costituito dal riferimento della responsabilità patrimoniale *ex art.* 2740 c.c. ai vari centri d'imputazione: nel nostro ordinamento non trova più spazio l'impostazione⁽¹⁹⁵⁾ (invece ancora presente nella giurisprudenza delle corti statunitensi come « piercing the veil doctrine ») per cui sarebbe auspicabile un « ampliamento » della responsabilità patrimoniale per i debiti della società « abusata » all'intero gruppo in cui è maturato ed è stato perpetrato l'abuso della direzione unitaria.

D'altro canto, è prevalente la tensione alla conservazione dei complessi aziendali e quindi dei valori produttivi espressi dall'impresa⁽¹⁹⁶⁾ che è riferibile al gruppo di società e trova significative conferme nella previsione di procedure alternative a quella fallimentare⁽¹⁹⁷⁾.

Dunque, si rimette alla sola responsabilità civile delle persone giuridiche e degli esponenti aziendali il ruolo di « fattore di equilibrio » (sul piano della politica del diritto), utile a permettere non solo l'eventuale ristoro degli interessi privati pregiudicati dall'abuso nell'impresa del modello organizzativo « a gruppo di società », ma anche a dare una prima sanzione — di applicazione generale — dell'abuso di quel modello organizzativo. In-

(194) Rappresentate, all'epoca (cioè, negli anni immediatamente successivi alla promulgazione del codice civile e della originaria stesura della legge fallimentare), da W. Bigiavi, e — più di recente — riprese da F. Galgano. Attualmente, risulta maggiormente seguita la linea di pensiero che distingue tra le posizioni dei soci in funzione delle asimmetrie informative (cfr. P. MONTALENTI, *I gruppi piramidali tra libertà d'iniziativa economica e asimmetrie del mercato*, in questa *Rivista*, 2008, 318) che, peraltro, paiono coerenti con l'analisi del rapporto tra società emittente e mercato, in funzione della distinzione — tutt'ora convincente — tra soci-investitori e soci imprenditori (cfr. A. NIUTTA (nt. 64), 786, nonché — già in precedenza — *Id.*, *I gruppi* (nt. 61), 368 spec. nt. 38, ma prima ancora P. FERRO-LUZZI, *Riflessioni sul gruppo (non creditizio)*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, 23).

(195) Basata su una lettura del vecchio testo dell'art. 147 l. fall., oggi modificato: cfr. A. NIGRO, sub *art. 147 l. fall.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio, II, Bologna, 2007, 2168; cfr. anche V. CARIDI, sub *art. 147 l. fall.*, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. NIGRO-M. SANDULLI, Torino, 2006, II, 894.

(196) Cfr. A. NIUTTA (nt. 124), 341.

(197) Come, ad esempio, l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi o la liquidazione coatta amministrativa, cui — per altro — si riferisce espressamente lo stesso legislatore, all'art. 2497, comma 4, c.c.

fatti, come già accennato in precedenza ⁽¹⁹⁸⁾, non è da escludere che la presenza d'interessi pubblici, oppure d'interessi sì privati ma diffusi (quindi bisognosi di una tutela più intensa ad opera di Autorità indipendenti), possa giustificare — come avviene, ad esempio, nei vari ordinamenti settoriali — il ricorso a modalità d'intervento pubblico più penetranti (specie in situazioni di crisi che interessino tutto il gruppo o una sua parte rilevante).

Ad ogni modo, ritengo che il rimedio previsto dall'art. 156, comma 2, l. fall. — cioè, la responsabilità sussidiaria della società con il suo «patrimonio di provenienza» per le obbligazioni da fatto illecito verso i creditori particolari ⁽¹⁹⁹⁾ (rimasti insoddisfatti per l'incapienza del patrimonio destinato) — non si allontana troppo dalla logica espressa a proposito dei gruppi di società dall'art. 2497 c.c.

Che anzi, mi pare possa essere valutata come una vera e propria «soluzione di *default*» la responsabilità civile della capogruppo di cui all'art. 2497, comma 1, e di «chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio» (vale a dire, dell'abusivo esercizio della direzione unitaria) ai sensi del successivo comma 2, seconda parte. In pratica, è la rilevanza — nell'economia italiana — del fenomeno dei gruppi di società a giustificare una soluzione normativa che, comunque, risulta alla fine un'applicazione del principio già indicato in precedenza ⁽²⁰⁰⁾, per cui nel diritto delle società di capitali, a seguito della riforma, ciascuno risponde per fatto proprio.

⁽¹⁹⁸⁾ V. *supra*, sub par. 6.

⁽¹⁹⁹⁾ È appena il caso di ricordare che il riferimento all'art. 2447-*quinquies*, commi 3 e 4, c.c., di cui all'art. 156, comma 2, l. fall., vale a limitare le ipotesi di responsabilità sussidiaria o illimitata del patrimonio di provenienza, escludendo che — al di fuori dei casi espressamente previsti — si possa accedere ad un rimedio analogo a quello prospettato (nell'ordinamento statunitense) con la «*piercing the veil doctrine*», che si richiama nel testo. Cfr. A. NIUTTA (nt. 124), 340. Quando, invece, si tratta di un abuso delle regole che governano la separazione patrimoniale, il rimedio è costituito esclusivamente dall'azione di responsabilità verso gli esponenti aziendali ai sensi dell'art. 146 l. fall.

⁽²⁰⁰⁾ V. *supra*, nell'Introduzione.