

CAPITALE SOCIALE, RESPONSABILITÀ LIMITATA E TUTELA DEI TERZI



RES

REGOLAZIONE
ETICA ■ SOCIETÀ

CENTRO STUDI D'IMPRESA

I Quaderni di RES

2

collana coordinata da Federico Alessandro Goria

CAPITALE SOCIALE, RESPONSABILITÀ LIMITATA E TUTELA DEI TERZI



RES

REGOLAZIONE
ETICA ■ SOCIETÀ

CENTRO STUDI D'IMPRESA

2016

REGOLAZIONE, ETICA E SOCIETA' - CENTRO STUDI D'IMPRESA
Viale Dante Alighieri 9 – 28100 Novara

<http://www.centrores.org>

ISBN 978-88-940364-1-1

2016 – Quest'opera viene rilasciata sotto licenza Creative Commons Attribuzione - Non
Commerciale 4.0 Internazionale
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

INDICE

MAURIZIO IRRERA, <i>Introduzione</i>	I
ALESSIA LEGNANI ANNICHINI, <i>L'emersione della responsabilità limitata nella storia del diritto commerciale</i>	1
GIUSEPPE ZANARONE, <i>Tra libertà d'impresa e tutela dei terzi: le nuove linee legislative</i>	25
PAOLO MONTALENTI, <i>Il sistema dei controlli societari: un quadro d'insieme</i> ..	45
ORESTE CAGNASSO, <i>Le nuove s.r.l. senza (o quasi) capitale sociale</i>	63
FILIPPO LAMANNA, <i>L'art. 182-sexies legge fallimentare, ovvero il capitale sociale al tempo della crisi d'impresa</i>	73

Introduzione

I saggi contenuti in questo volume toccano – sotto angolazioni diverse ed anche in una prospettiva storica – temi cruciali del diritto commerciale ed hanno un *fil rouge* che li lega.

Il lavoro di Alessia Legnani Annichini pone in evidenza come – dal punto di vista storico – l'emersione della responsabilità limitata dei soci si afferma con estrema lentezza nelle legislazioni dei vari Paesi. Essa appare più una conseguenza indiretta della disciplina della società per azioni che non un elemento caratterizzante fin dalle sue origini. Il tramonto – solo nell'anno 2000 – del controllo di legalità del tribunale sul contenuto degli atti costitutivi, che rappresentava il preciso eco della previgente necessaria autorizzazione governativa alla nascita delle società di capitali, caratterizzate dalla responsabilità limitata dei relativi soci, ne è una evidente dimostrazione.

Il saggio di Giuseppe Zanarone mostra come – a distanza di soli quindici anni – l'odierno sistema di norme imperative – soprattutto quelle concernenti il capitale sociale – che tradizionalmente rappresentavano il contrappeso rispetto al beneficio della responsabilità limitata si stia muovendo rapidamente verso un pressoché totale smantellamento. Ciò che sembra venir meno, di conseguenza, è il principio di corrispondenza tra potere e responsabilità (ovvero rischio). La domanda di fondo che si pone l'Autore è dove trovare un punto di equilibrio tra chi appare privilegiato da tale scelta, ovvero i soci dell'impresa che si liberano dal fardello della responsabilità limitata, e i terzi su cui si trasferiscono totalmente, o quasi, i rischi della crisi o dell'insolvenza.

Paolo Montalenti, nel suo saggio, traccia un quadro d'insieme dei controlli societari interni che oggi costituiscono, con tutta probabilità, l'architrave della struttura della *corporate governance* negli ordinamenti più avanzati; controlli interni vieppiù rilevanti in rapporto al decrescente, se non residuale, valore di garanzia di capitale sociale.

La migliore riprova dell'ormai quasi esclusiva funzione organizzativa che il legislatore assegna al capitale sociale si trova nel lavoro di Oreste Cagnasso che esamina le nuove forme, i tipi e i sottotipi societari (la s.r.l., le *start up* innovative, la s.r.l. semplificata, le s.r.l. a capitale ridotto) in cui

certamente al capitale sociale non può più essere assegnato alcun significato di garanzia. Forme, tipi e sottotipi societari caratterizzati – insieme – da responsabilità limitata, da un capitale sociale irrisorio e dall’assenza – stante le ridotte dimensioni – di controlli interni rispetto alla cui attività d’impresa l’interrogativo circa la tutela dei terzi si fa più pressante.

L’ultimo saggio, di Filippo Lamanna, affronta un profilo peculiare del nuovo atteggiamento del legislatore riguardo al capitale sociale, quello del “tempo” della crisi dell’impresa; la temporanea paralisi della disciplina concernente la riduzione del capitale per perdite nel corso dei due procedimenti di soluzione negoziata della crisi (concordato preventivo e accordo di ristrutturazione dei debiti), con il conseguente venir meno di una classica causa di scioglimento, sono l’ulteriore dimostrazione di come la disciplina del capitale sociale si sia piegata dinanzi all’emergere di nuove esigenze che, a torto o ragione, appaiono prevalenti: la sopravvivenza dell’impresa dinanzi alla crisi e – soprattutto - il suo rifiorire.

Maurizio Irrera
Presidente del Centro RES

L'emersione della responsabilità limitata nella storia del diritto commerciale

1. *Le compagnie familiari a responsabilità illimitata e solidale*

La storia del diritto commerciale bassomedievale non conobbe la responsabilità limitata del mercante. È noto come le prime forme societarie, risalenti alla stagione comunale, siano nate in seno alla famiglia¹. Una famiglia intesa in senso largo², che tra le molteplici funzioni (affettive, religiose, politiche)³ cui doveva assolvere era chiamata anche a gestire l'eventuale attività economica ad essa facente capo, conservando ed accrescendo la ricchezza comune⁴.

¹ V. J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, Paris 1986, p. 174; R. SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit des affaires*, Paris 1989, pp. 67-68; U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*, 3^a ed., Torino 1998 (Il Diritto nella Storia, 1), pp. 131-140; F. GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna 2001 (Universale Paperbacks Il Mulino, 344), p. 45 e V. PIERGIOVANNI, *Diritto commerciale nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche - Sezione Commerciale*, IV, 4^a edizione, Torino 1989, p. 338. Sempre valide per le compagnie familiari le pagine di M. WEBER, *Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter: Nach südeuropäischen Quellen*, Stuttgart 1889, ora anche nella traduzione inglese *The History of Commercial Partnerships in the Middle Ages*, a cura di L. Kaelber, Boston 2003, pp. 85-125.

² Sull'estensione della famiglia medievale v. P. TORELLI, *Lezioni di Storia del Diritto Italiano. Diritto Privato - La famiglia*, Milano 1947, pp. 5-10; M. BELLOMO, *Famiglia (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVI, Milano 1967, p. 749; ID., *Profili della famiglia italiana nell'età dei Comuni*, 2^a ed., Catania 1975, pp. 25-27; *Famiglia e parentela nell'Italia medievale*, a cura di G. Duby e J. Le Goff, Bologna 1977 e G. DI RENZO VILLATA, *Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche - Sezione Civile*, XIII, Torino 1995, pp. 497-500.

³ Le differenti funzioni cui era preposta la famiglia medievale sono ricordate da M. BELLOMO, *Famiglia...* cit., pp. 747-748; U. SANTARELLI, *Mercanti e società...* cit., p. 133 e G. DI RENZO VILLATA, *op. cit.*, pp. 497-498.

⁴ Il ruolo fondamentale giocato dalle compagnie familiari nell'economia basso-medievale è delineato da M. BELLOMO, *Famiglia...* cit., p. 747; ID., *Profili della famiglia...* cit., pp. 28-29; C.M. DE LA RONCIÈRE, *Una famiglia fiorentina nel XIV secolo: i Velluti*, in *Famiglia e parentela*, cit., pp. 145-168; U. SANTARELLI, *Mercanti e società...* cit., pp. 133-136 e G. DI RENZO VILLATA, *op. cit.*, p. 497. Con specifico riferimento alla famiglia nelle più tarde compagnie assicurative v. G. CECCARELLI, *Dalla Compagnia medievale alle Compagnie assicuratrici: famiglie mercantili e mercati assicurativi in una prospettiva europea secc. XIII-XVIII*, Atti della "Quarantesima Settimana di Studi" (6-10 aprile 2008), a cura di S. Cavaciocchi, Firenze 2009 (Fondazione Istituto Internazionale di Storia Economica "F. DATINI" - Prato, s. II, Atti delle "Settimane di Studi" e altri Convegni, 40), pp. 389-408.

Il mercante medievale – qualcosa di più e qualcosa di diverso dall'odierno commerciante, come già nell'esperienza giuridica romana⁵ – affiancava all'attività di compravendita anche quella imprenditoriale⁶, rivelandosi con frequenza non in grado di assolvere da solo alle molte e diverse operazioni che la mercatura richiedeva. Le ragioni della sua inadeguatezza a fronteggiare le esigenze della nuova economia sono da ricercarsi nella dimensione 'internazionale'⁷ assunta dagli scambi, che rendeva necessario operare su piazze europee differenti e spesso lontane; nella moltiplicazione – come detto – dei compiti spettantigli; nella necessità di disporre di ingenti capitali da investire nell'impresa⁸. Ha precisato Gigliola di Renzo Villata come, non solo per i commerci su lunga distanza, ma altresì per quelli svolgentisi a livello locale la partecipazione della famiglia, vale a dire di collaboratori affidabili, e della sua ricchezza si rivelassero un indubbio vantaggio per il *mercator*⁹. Le difficoltà che il singolo incontrava potevano essere appianate con la collaborazione e con il patrimonio familiare, che perciò era opportuno mantenere unito e mettere a disposizione dell'attività mercantile.

La famiglia – definita da Umberto Santarelli a un tempo «comunità di consanguinei e consorzio di esercenti la medesima mercatura» – divenne strumento della gestione dell'impresa, rivelandosi la risposta più immediata e coerente alle molte esigenze che l'economia medievale poneva. Testimonianza di questa comunione, non solo di affetti ma anche di affari, è data dai sontuosi palazzi in cui risiedettero le potenti famiglie di

⁵ Sul punto v. l'analisi delle strutture organizzative imprenditoriali con personale servile dirette dal *dominus* di A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica (II sec. a. C.-II sec. d. C.)*, Milano 1984 (Pubblicazioni dell'Istituto di diritto romano e dei diritti dell'Oriente mediterraneo, 64) ed anche il più risalente F. SERRAO, *Sulla rilevanza esterna del rapporto di società in diritto romano*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, V, Milano 1971, pp. 743ss.

⁶ U. SANTARELLI, *Mercanti e società...* cit., p. 46.

⁷ Sull'estensione dei traffici commerciali del Medioevo v. A. SAPORI, *Il commercio internazionale nel Medioevo*, in A.S., *Studi di storia economica (secoli XIII-XIV-XV)*, I, 3^a ed., Firenze 1955, pp. 495-533; G. LUZZATTO, *Storia economica d'Italia. Il medioevo*, Firenze 1963, pp. 209-254; R. DE ROOVER, *L'organizzazione del commercio*, in *Storia economica Cambridge*, III. *La città e la politica economica nel Medioevo*, a cura di M.M. Postan, E.E. Rich, E. Miller, Torino 1977, pp. 48-136 (in specie le pp. 48-81).

⁸ In tal senso U. SANTARELLI, *Mercanti e società...* cit., p. 135, il quale ha sottolineato come quello del mercante medievale fosse «un mestiere con parecchi volti»: egli doveva conoscere il mercato e prevederne gli sviluppi, disporre dei capitali necessari, organizzare la produzione e controllarne gli esiti, immagazzinare il prodotto finito ed immetterlo sul mercato nei tempi e nei luoghi più opportuni (Ivi, pp. 37-38).

⁹ G. DI RENZO VILLATA, *op. cit.*, pp. 497-498.

mercanti, nei quali accanto ai locali destinati all'abitazione, vi era posto per i magazzini ed un luogo *ad hoc* in cui negoziare ed incassare i proventi degli scambi commerciali¹⁰.

Le prime compagnie o *societates mercatorum* mutuarono, dunque, i tratti più specifici e caratteristici proprio dalla convergenza con l'istituzione familiare e con il suo diritto: i poteri di governo e di gestione spettavano al *pater familias*, amministratore del patrimonio comune; la responsabilità di ogni compagno per le obbligazioni sociali era solidale ed illimitata; il fallimento si estendeva dall'uno all'altro dei soci¹¹.

Per allontanare il rischio che queste forme societarie si estinguessero alla morte del capofamiglia, divenne usuale la pratica della condivisione di vita e di commerci tra fratelli – i *fratres insimul habitantes* di molte fonti medievali – che continuavano ad esercitare insieme la mercatura e rispondevano solidalmente ed illimitatamente per tutti i rapporti ad essa facenti capo¹².

Tali compagnie presero il nome dalle famiglie in seno alle quali si costituirono e quel nome spesero sulle piazze di tutta Europa, da un lato, ricavandone credito e prestigio, e, dall'altro, creando nei terzi un legittimo affidamento nella solidarietà illimitata dei familiari od almeno di quanti tra loro erano coinvolti nell'esercizio dell'attività mercantile¹³.

Essa venne esercitata secondo regole di amministrazione e di responsabilità proprie del diritto di famiglia e ben compendiate nella formula *stare ad unum panem et vinum*. Una formula che significava in primo luogo, la condivisione totale tra compagni, secondariamente, il potere che ciascuno aveva di negoziare in nome di tutti e, da ultimo, la responsabilità solidale ed illimitata di ognuno in ordine alle obbligazioni sociali¹⁴. Quest'ultima era presente nel *ius mercatorum* con l'intento di proteggere e di favorire gli interessi del ceto mercantile rispetto a quelli del singolo.

¹⁰ U. SANTARELLI, *Mercanti e società... cit.*, p. 134.

¹¹ J. HILAIRE, *op. cit.*, pp. 176-177; C.M. CIPOLLA, *Storia economica dell'Europa pre-industriale*, 4^a ed., Bologna 1990, p. 221 e U. SANTARELLI, *Mercanti e società... cit.*, pp. 138-140.

¹² L'istituto della fraterna è approfondito da C. FUMAGALLI, *Il diritto di fraterna nella giurisprudenza da Accursio alla codificazione*, Torino 1912; A. VERGA, *Le comunioni tacite familiari*, Padova 1930 e P. TORELLI, *op. cit.*, pp. 11-33, che non manca di sottolinearne le ragioni economiche.

¹³ G. LUZZATTO, *op. cit.*, pp. 244-246 e U. SANTARELLI, *Mercanti e società... cit.*, p. 141.

¹⁴ U. SANTARELLI, *Mercanti e società... cit.*, pp. 137-139. Alla responsabilità solidale ed illimitata dei compagni è dedicato il contributo di A. SAPORI, *Le compagnie mercantili toscane del Duecento e dei primi del Trecento. La responsabilità dei compagni verso i terzi*, in A.S., *Studi di storia... cit.*, II, pp. 765-808.

La responsabilità illimitata e solidale determinò un incremento degli affari conclusi dai mercanti, che videro accrescere il proprio credito nel momento in cui i terzi con cui contrattavano poterono beneficiare di un più ingente patrimonio su cui eventualmente soddisfarsi in caso di inadempimento dell'obbligazione¹⁵.

Ciascun socio doveva rispondere nei confronti dei terzi anche per le obbligazioni contratte da altri, così come in caso di fallimento il padre era tenuto a rispondere per i figli, questi per il padre, i fratelli per i fratelli ed i parenti per i parenti, senza accertare la loro personale insolvenza¹⁶.

Come ha sottolineato Francesco Galgano la nuova regola in materia di responsabilità dei singoli *mercatores* riuniti in compagnia preludeva all'affermazione del «principio del rischio d'impresa». L'interesse alla conclusione degli affari fu considerato prevalente rispetto alle sorti del patrimonio individuale¹⁷.

Da queste prime forme di compagnia, passando per la *société générale* dell'*Ordonnance du commerce* del 1673¹⁸, prese quota la società in nome collettivo, che inizialmente altro non era che il patronimico della famiglia-compagnia¹⁹. Comparsa e disciplinata per la prima volta nel *Code de com-*

¹⁵ F. GALGANO, *op. cit.*, p. 47.

¹⁶ In tal senso U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'Età intermedia*, PADOVA 1964; ID., *Disposizioni generali (I parte)*, in F. BRICOLA, F. GALGANO, G. SANTINI, *Legge fallimentare. Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1974, pp. 1-23; ID., *Mercanti e società... cit.*, pp. 138-139; ID., *Fallimento (storia del)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Commerciale*, IV, 4^a ed., Torino 1989, pp. 366-372; C. PECORELLA – U. GUALAZZINI, *Fallimento (premessa storica)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano 1967, pp. 220-232.

¹⁷ F. GALGANO, *op. cit.*, pp. 47-48.

¹⁸ *Ordonnance du Commerce*, tit. IV. *Des Sociétés*, art. VII. *De l'obligation des Associés pour le payment des dettes de la Société*, in *Conferences des nouvelles ordonnances edit du Roy, servant de reglement pour le Commerce des Négocians & Marchands tant en gros qu'en détail*, Saint Germain en Laye 1673, p. 470. «Tous Associés seront obligés solidairement aux dettes de la Société, encore qu'il n'y en ait qu'un qui ait signé, au cas qu'il ait signé pour la Compagnie, & non autrement». Per un approfondimento su tale forma societaria e la sua derivazione dalle compagnie familiari v. U. MANARA, *Delle società e delle associazioni commerciali. Trattato teorico e pratico, Parte generale, I. Definizione e requisiti essenziali del contratto di società commerciale. Diverse specie di società commerciali*, Torino 1902, pp. 421-422; H. LÉVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII^e et XVIII^e siècles*, Paris 1938, pp. 30-33 e pp. 100-155; J. HILAIRE, *op. cit.*, pp. 190-197 e R. SZRAMKIEWICZ, *op. cit.*, p. 157.

¹⁹ È questo un aspetto già sottolineato dalla storiografia, v., da ultimo, U. SANTARELLI, *Giuristi e mercanti*, in *Enciclopedia Italiana di scienze, lettere ed arti, VIII appendice. Il contributo italiano alla storia del pensiero, Diritto*, Roma 2012, p. 31.

merce²⁰, tale forma societaria è ancor oggi nel nostro ordinamento caratterizzata da responsabilità solidale ed illimitata dei soci²¹.

2. *La responsabilità limitata dell'investitore non mercante*

Sono riconducibili all'Età Bassomedievale le prime forme di collaborazione tra capitale e lavoro²². Si verificava, infatti, con una qualche frequenza che il singolo o la compagnia non disponessero dell'ingente somma di denaro richiesta per la produzione e la commercializzazione dei manufatti. Per ovviare a tale inconveniente i *mercatores*, che avevano la capacità di concludere affari, ricercarono ed ottennero l'appoggio di quanti, invece, possedevano la disponibilità economica necessaria pur non appartenendo al mondo dei commerci, in cambio garantirono loro una responsabilità limitata al capitale investito.

La figura negoziale che a lungo realizzò tale incontro tra capitale e lavoro fu la commenda²³, di cui tutte le principali piazze d'Europa conob-

²⁰ *Code de commerce*, Paris 1807, l. I. *Des Commerçans*, tit. III. *Des Sociétés*, sect. I. *Des diverses Sociétés et de leurs règles*, art. 22, «Les associés en nom collectif, indiqués dans l'acte de société, sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale».

²¹ *Codice civile italiano*, Torino 1942, lib. V. *Del lavoro*, tit. V. *Delle società*, capo III. *Della società in nome collettivo*, art. 2291, «Nella società in nome collettivo tutti i soci rispondono solidalmente e illimitatamente per le obbligazioni sociali...». Tale continuità è sottolineata da A. PADOA SCHIOPPA, *Le società commerciali nei progetti di codificazione del Regno italico (1806-1807)*, in A.P.S., *Saggi di storia del diritto commerciale*, Como 1992, p. 121; C. PECORELLA, *Società (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, 42, Milano 1990, pp. 862-863 e P. SPADA, *Diritto commerciale, I. Parte generale. Storia, lessico, istituti*, Padova 2004, p. 8.

²² Sull'importanza del conferimento d'opera nel diritto romano e nel diritto medievale v. U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano 1967 (Seminario giuridico della Università di Bologna, 48) e G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità*, Padova 1997 (Dipartimento di Scienze Giuridiche. Università di Trento, 28).

²³ Ampia la letteratura su tale istituto giuridico, designato con il differente nome di colleganza a Venezia e di *societas maris* ad Amalfi. Per un approfondimento v. i più risalenti ma sempre validi M. WEBER, *The History of Commercial Partnerships...* cit., pp. 63-83; R.T. TROPLONG, *Commentaire du contract de société ou Commentaire des titres IX et X du Code Civil*, Bruxelles 1843, anche nella traduzione italiana *Il diritto civile spiegato secondo l'ordine del codice. Del contratto di società civile e commerciale o commento del tit. IX del lib. III del Codice Civile*, Livorno 1843, Prefazione, pp. 24-29; G. LASTIG, *Die accomendatio. Die grundform der heutigen kommanditgesellschaften in ihrer gestaltung vom XIII bis XIX jahrhundert, und benachbarte Rechtsinstitute*, Halle 1907; F. CICCAGLIONE, *Il contratto di commenda nella storia del diritto italiano*, in «Il Filangieri», (1886), pp. 322-338 e 383-406;

bero due forme. Essa poteva essere unilaterale, se il finanziatore – lo *stans* perché stava a terra – forniva l'intero capitale (o anche merci), oppure bilaterale, quando il mercante – solitamente un navigatore – oltre a prestare il proprio lavoro, vale a dire ad intraprendere il viaggio con i suoi molti pericoli, concorreva a finanziare l'impresa. In entrambe le fattispecie il commerciante si obbligava ad utilizzare la somma versatagli in speculazioni mercantili ben determinate ed a restituirla, al suo ritorno, insieme ad una quota dei lucri conseguiti²⁴. Al termine dell'affare la ripartizione dei profitti avveniva secondo proporzioni fisse e comuni a tutto il Mediterraneo: se si trattava di commenda unilaterale il *tractator* aveva diritto ad 1/4 e lo *stans* ai 3/4 del guadagno, nella commenda bilaterale gli utili spettavano per 1/3 al mercante e per 2/3 al capitalista²⁵. Tale contratto consentiva da un lato, all'investitore di impiegare in maniera fruttuosa il

G. SACERDOTI, *Le colleganze nella pratica degli affari e nella legislazione veneta*, in «Atti del Reale Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti», LIX (1899-1900), pp. 1-45; A. ARCANGELI, *La Commenda a Venezia, specialmente nel secolo XIV - Contributo alla storia delle società commerciali*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 33 (1902), pp. 107-164. V. anche G. ASTUTI, *Origini e svolgimento storico della commenda fino al sec. XIII*, Torino 1933; ID., *Ancora su le origini e la natura giuridica del contratto di commenda marittima*, in G.A., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea. Raccolta di scritti*, a cura di G. Diurni, Napoli 1984 (Ius Nostrum. Studi e testi pubblicati dall'Istituto di Storia del diritto italiano dell'Università di Roma, s. II, 1. III), pp. 1347-1371; A. SCIALOJA, *La commenda nel diritto comune del Mediterraneo dei secoli XI-XIII, I. Natura economica e giuridica della commenda*, Roma 1945. Cenni su tale contratto, infine, in L. GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Stuttgart 1891, ora *Storia universale del diritto commerciale*, Torino 1913 (trad. it. a cura di V. Pouchain e A. Scialoja), pp. 201-213; A. ARCANGELI, *L'origine ed i caratteri della società in accomandita semplice*, in A.A., *Scritti di diritto commerciale ed agrario*, I, Padova 1935, pp. 75-78; R. ZENO, *Storia del diritto marittimo italiano nel Mediterraneo*, Milano 1946 (Pubblicazioni della "Fondazione Vittorio Scialoja" per gli studi giuridici, 3), pp. 333-362; G. LUZZATTO, *op. cit.*, pp. 242-244; C.M. CIPOLLA, *op. cit.*, pp. 218-220; J. HILAIRE, *op. cit.*, pp. 170-173 e 192-197; R. SZRAMKIEWICZ, *op. cit.*, pp. 66-67; U. SANTARELLI, *Mercanti e società... cit.*, pp. 171-179; C. PECORELLA, *Società... cit.*, pp. 861-862 e S. GIALDRONI, *East India Company. Una storia giuridica (1600-1708)*, Bologna 2011, pp. 200-201.

²⁴ Circa la natura di tale contratto appare preferibile la tesi secondo cui la commenda sarebbe un rapporto creditizio (M. WEBER, *op. cit.*, pp. 67-68; L. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, p. 201; G. ASTUTI, *Origini e svolgimento... cit.*, pp. 46-78 e ID., *Ancora su le origini... cit.*, p. 1348); a mio parere non condivisibile, invece, l'impostazione secondo cui si tratterebbe di un contratto associativo (A. SCIALOJA, *op. cit.*, *passim* e F. CICCAGLIONE, *op. cit.*, p. 336).

²⁵ L. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, p. 207; G. ASTUTI, *Origini e svolgimento... cit.*, p. 11; ID., *Ancora su le origini... cit.*, p. 1348; R. ZENO, *op. cit.*, pp. 333-347 e P. SPADA, *Diritto commerciale... cit.*, pp. 8-9.

proprio denaro e dall'altro, al mercante di ottenere il necessario finanziamento²⁶.

A partire dal XII secolo con tale forma contrattuale emerse, dunque, una prima limitazione di responsabilità, ma solo in capo al finanziatore, per il quale il rischio dell'affare fu sempre circoscritto al *quantum* investito; per il finanziato, al contrario, esso continuò ad essere illimitato²⁷. Ha evidenziato Umberto Santarelli come, ricorrendo alla commenda, il *mercator* conservasse la propria identità e le proprie prerogative: sua era la gestione e suo il rischio totale dell'impresa; chi forniva i mezzi economici indispensabili affinché essa si potesse compiere e partecipava agli utili in caso di successo, invece, metteva a repentaglio solo il capitale conferito²⁸.

Nel XVI secolo dalla trasformazione di questo contratto si originarono le prime società in accomandita²⁹, poi compiutamente disciplinate nell'*Ordonnance* colbertina³⁰. Questa *societas* fu caratterizzata *ab origine* – come è ancora oggi³¹ – da due categorie di soci: gli accomandanti, esclusi dalla direzione dell'impresa sociale ed aventi una responsabilità limitata, e gli accomandatari, che amministravano la società ed erano, al contrario, illimitatamente responsabili³².

²⁶ A. SCIALOJA, *op. cit.*, p. 17 e G. ASTUTI, *Origini e svolgimento...* cit., pp. 57-60.

²⁷ G. ASTUTI, *Origini e svolgimento...* cit., pp. 75-78; ID., *Ancora su le origini...* cit., pp. 1348-1349; P. SPADA, *Diritto commerciale...* cit., pp. 8-9 e U. SANTARELLI, *Mercanti e società...* cit., pp. 172-173.

²⁸ U. SANTARELLI, *Mercanti e società...* cit., pp. 151 e 174.

²⁹ Senza alcuna pretesa di esaustività si segnalano in tal senso in Germania M. WEBER, *op. cit.*, pp. 81-82 e L. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, p. 201; in Francia A. FREMERY, *Études de droit commercial ou du droit fondé par la coutume universelle des commerçans*, Paris 1833, V, pp. 36-38; R. SALEILLES, *Étude sur l'histoire des sociétés en commandite*, in «Annales de droit commercial», (1895), pp. 10-26 e (1897), pp. 49-63; R.T. TROPLONG, *op. cit.*, pp. 209-213 e J. HILAIRE, *op. cit.*, pp. 180-181; in Italia C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale...* cit., II, pp. 125-127; U. MANARA, *op. cit.*, pp. 422-425; F. GALGANO, *op. cit.*, pp. 49-51; C. PECORELLA, *Società...* cit., pp. 863-864 e la gran parte dei giuscommercianti. Intende, invece, confutare la derivazione dalla commenda della Società in accomandita A. ARCANGELI, *L'origine ed i caratteri...* cit., pp. 62-102.

³⁰ *Ordonnance du Commerce...* cit., tit. IV. *Des Sociétés*, art. VIII, «Les Associés en Commandite, ne seront obligés que jusques à la concurrence de leur part», p. 472.

³¹ *Codice civile italiano (1942)...* cit., lib. V. *Del lavoro*, tit. V. *Delle società*, capo IV. *Della società in accomandita semplice*, art. 2313, «Nella società in accomandita semplice i soci accomandatari rispondono solidalmente e illimitatamente per le obbligazioni sociali, e i soci accomandanti rispondono limitatamente alla quota conferita...». La continuità è sottolineata da R. SZRAMKIEWICZ, *op. cit.*, pp. 157-163 e P. SPADA, *Diritto commerciale...* cit., p. 12.

³² La disciplina della società in accomandita a partire dall'*Ordonnance* del 1673 è analizzata da R.T. TROPLONG, *op. cit.*, pp. 214-243. Su tale forma societaria nell'*Ordon-*

Ancora in Età Moderna, dunque, il beneficio della limitazione di responsabilità continuò ad essere precluso ai mercanti, chiamati a far fronte ad eventuali perdite con il proprio intero patrimonio. Il vantaggio di circoscrivere il rischio al capitale conferito, assumendo la veste di socio accomandante, fu riservato ad altre classi detentrici di ricchezza mobiliare, che attraverso queste forme societarie investirono in attività mercantilesche parte delle proprie rendite, nella consapevolezza di mettere in pericolo solo una parte – quella conferita – e non la totalità dei propri beni³³.

3. *Il dibattito sulle origini delle società con responsabilità limitata*

3.1. *La storiografia più risalente*

Fra la seconda metà dell'800 ed i primi decenni del '900 sono state avanzate alcune ipotesi ricostruttive unicamente circa il problema delle origini dell'odierna società per azioni. Esse, tuttavia, non accennarono neppure al tema della responsabilità limitata³⁴.

Mi riferisco ad esempio alla tesi di Gierke³⁵, seguita in Italia da Pertile³⁶, che individuò le radici della moderna società per azioni in forme associative proprie del diritto minerario tedesco risalenti al XV secolo. O, ancora, sul versante francese a quella di Troplong e Sicard³⁷, che considerarono quali precedenti della anonima alcune associazioni di mugnai to-

nance du Commerce, v. H. LÉVY-BRUHL, *op. cit.*, pp. 33-40 e pp. 156-179; A. PADOA SCHIOPPA, *Le società commerciali...* cit., p. 122; *La société en commandite, son passé et son avenir. Etude du centre de recherche sur le droit des affaires*, a cura di A. Viandier, Paris 1983 e R. SZRAMKIEWICZ, *op. cit.*, pp. 157-158.

³³ F. GALGANO, *op. cit.*, p. 76.

³⁴ Una sintesi dei diversi orientamenti dottrinali sulle origini delle società per azioni è compiuto da K. LEHMANN, *Das Recht der Aktiengesellschaften*, I, Aalen 1964 (rist. ed. Berlin 1898), pp. 28-59 e T. ASCARELLI, *Principi e problemi delle società anonime*, in T.A., *Studi in tema di società*, Milano, 1952, pp. 4-5; G. MORI, *Alle origini della società per azioni in Italia: la «Società minerale» di Livorno (1756)*, in «Rivista delle società», III (1958), pp. 209-214 e più di recente da S. GIALDRONI, *op. cit.*, pp. 201-206.

³⁵ O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I. *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*, Graz 1954 (rist. anast. Berlin 1868), pp. 973-980.

³⁶ A. PERTILE, *Storia del diritto italiano. Dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, II ed. riveduta e migliorata, IV. *Storia del diritto privato*, Torino 1896-1903 (rist. anast. Bologna 1966), p. 686.

³⁷ R.T. TROPLONG, *op. cit.*, *Prefazione*, pp. 32-34 e G. SICARD, *Aux origines des sociétés anonymes. Les Moulins de Toulouse au Moyen Age*, Paris 1953, *passim*. Tale ipotesi dottrinale è ricordata da J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 184 e R. SZRAMKIEWICZ, *op. cit.*, p. 69.

losani. O, una terza, ma da subito minoritaria (Fremery)³⁸, secondo cui tale società sarebbe derivata dall'estensione del concetto di limitazione della responsabilità nell'accomandita. Il limite di tali ricostruzioni è dato dall'aver ricercato ed individuato lontani antecedenti della società per azioni esclusivamente nell'esperienza della propria area geografica ed economica.

Particolare attenzione, tuttavia, va data all'ipotesi formulata da Levin Goldschmidt³⁹, per la quale il primo embrionale esempio di tale *species* societaria sarebbe da identificare nel Banco di San Giorgio a Genova⁴⁰ del 1407. Ipotesi autorevole quanto suggestiva, tanto da essere accolta da storici del diritto e storici dell'economia coevi e successivi⁴¹. Singolare al riguardo la posizione di Cesare Vivante, che se in un primo momento mostrò di condividere ed apprezzare tale dottrina⁴², già dalla seconda edizione del celebre *Trattato di diritto commerciale* ne prese le distanze, affermando come nell'istituzione genovese non si potessero ravvisare tutti i caratteri peculiari di tale forma societaria⁴³. Il concetto fu ripreso nella seconda metà del XX secolo da Mario Chiaudano che constatò come il maestro tedesco individuasse nel banco genovese un precedente della società per azioni alla luce della suddivisione dell'affare in *loci* e del riparto degli utili in proporzione ai medesimi. Egli sottolineò, tuttavia, come Goldschmidt non avesse tenuto conto dell'estraneità a tale istituzione della limitazione di responsabilità personale⁴⁴. Non diversamente Paolo Ungari, che pur riprese tale dottrina, osservò come per il banco genovese

³⁸ A. FRÉMERY, *op. cit.*, pp. 54-65.

³⁹ L. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, pp. 232-233.

⁴⁰ Per un approfondimento v. H. SIEVEKING, *Genueser Finanzwesen mit besonderer Beruecksichtigung der Casa di San Giorgio*, I-II, Freiburg 1898-1899 e M. CHIAUDANO, *Banco di San Giorgio*, in *Novissimo Digesto Italiano*, II, Torino 1957, pp. 258-262.

⁴¹ In tal senso *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi) presentata all'udienza del 16 marzo 1942-XX per l'approvazione del testo del "Codice Civile"*, Libro V - *Del lavoro*, Roma 1943, p. 212, mentre G. MORI, *op. cit.*, p. 214; T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, 3^a ed., Milano 1962, p. 35; P. UNGARI, *I precedenti storici del vigente diritto delle società per azioni*, in *Ricerca sulle società commerciali. Linee evolutive della legislazione italiana e ordinamenti stranieri*, Roma 1968, pp. 3-5 e ID., *Profilo storico del diritto delle anonime in Italia*, Roma 1974 (Biblioteca di scienze storiche e morali, 4), pp. 20-22, pur dandone conto individuano i limiti di tale derivazione. Ancora di recente tale ipotesi dottrinale è ricordata da U. MANARA, *op. cit.*, pp. 426-427; J. HILAIRE, *op. cit.*, pp. 183-184 e R. SZRAMKIEWICZ, *op. cit.*, pp. 68-69.

⁴² C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I. *Le persone*, Torino 1893, pp. 320-321.

⁴³ ID., *Trattato di diritto commerciale*, II. *Le società commerciali*, 5^a ed., Milano 1929, pp. 6-8.

⁴⁴ M. CHIAUDANO, *op. cit.*, p. 260.

non si potesse parlare di azioni, ma di «diritti di partecipazione al reddito di certe imposte e tributi pubblici»⁴⁵.

Tali ipotesi furono ben presto superate dalla storiografia successiva che iniziò ad analizzare il problema con metodo storicamente più consapevole.

3.2. *Le grandi compagnie coloniali*

Condivisibile, al contrario, seppur con alcune necessarie precisazioni, la dottrina (Vivante, Ascarelli, ...) secondo cui le origini della moderna società per azioni sarebbero da collocarsi nel XVII secolo, quando per volontà statale si formarono le grandi compagnie a sfondo pubblicistico impegnate nei traffici internazionali⁴⁶. Esse presentavano già i caratteri fondamentali della forma societaria *de qua*: limitazione della responsabilità per tutti i soci e divisione del capitale sociale in azioni. Solo nel pieno dell'Età Moderna, dunque, la classe mercantile conseguì il vantaggio della responsabilità limitata, che – come si è visto – le era stato precluso per tutto il Medioevo.

Ciascuna compagnia coloniale sorse con una propria individualità, per questo esse non furono soggette ad una disciplina generale ma trovarono il proprio fondamento in una 'carta' concessa dall'autorità pubblica⁴⁷.

Tullio Ascarelli e, ancora di recente, Francesco Galgano⁴⁸ hanno sottolineato come il «privilegio della responsabilità limitata» trovasse giustificazione nelle peculiari modalità con cui le compagnie coloniali si costituirono. Modalità implicanti un atto di concessione sovrana, fonte dei due principali caratteri di tali *species* di società e del monopolio per lo sfruttamento delle risorse economiche dell'Oriente e dell'America.

Galgano ha posto il *focus* sulle Compagnie delle Indie – Orientali ed Occidentali – francesi⁴⁹, entrambe risalenti al 1664 e con un accentuato ca-

⁴⁵ P. UNGARI, *I precedenti storici...* cit., pp. 4-5 e ID., *Profilo storico...* cit., pp. 21-22.

⁴⁶ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale...* cit., II, pp. 8-9 e T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale...* cit., pp. 35-37; C.M. CIPOLLA, *op. cit.*, p. 222 e P. SPADA, *Diritto commerciale...* cit., pp. 12-14.

⁴⁷ T. ASCARELLI, *Principi e problemi...* cit., p. 5.

⁴⁸ Ivi, p. 7; ID., *Corso di diritto commerciale*, cit., pp. 33-37; F. GALGANO, *op. cit.*, pp. 76-78. In tal senso anche P. SPADA, *Diritto commerciale...* cit., pp. 13-14. Ascarelli, peraltro, imputa al privilegio con cui sono costituite le compagnie coloniali anche la personalità giuridica.

⁴⁹ Per un approfondimento sulle origini, il funzionamento e la fortuna delle Compagnie delle Indie francesi v. D. BEGUE, *L'organisation juridique de la Compagnie des*

rattere pubblicistico, per le quali tale riflessione appare puntuale. Già Troplong, peraltro, già precedentemente non aveva mancato di sottolineare come nella loro organizzazione vi fossero tutti i caratteri della società anonima disciplinata dal *Code de commerce*⁵⁰. Gli statuti costitutivi stabilirono, infatti, che non solo i soci ma anche i direttori non potessero essere tenuti oltre la somma per la quale risultavano obbligati in virtù della costituzione della compagnia⁵¹ ed, ancora, a fugare ogni dubbio, che i medesimi non potessero «essere inquisiti né subire coercizione nelle loro persone e nei loro beni per ragione degli affari della Compagnia»⁵².

Secondo Galgano – la cui dottrina è, peraltro, condivisa dalla storiografia⁵³ – alle origini di una compagnia coloniale vi sarebbe sempre stato un «patto» tra gruppi imprenditoriali e sovrano in forza del quale i mercanti si impegnavano ad intraprendere iniziative economiche di dimensioni rilevanti, le quali avrebbero determinato un incremento della potenza economica e politica della monarchia, mentre quest'ultima si assumeva l'onere di tutelare i *mercatores* dagli ingenti rischi che il commercio con il

Indes, Paris 1936; F. OLIVIER-MARTIN, *L'organisation corporative de la France d'Ancien Régime*, Paris 1938, pp. 261-271; H. LÉVY-BRUHL, *op. cit.*, p. 245; J. HILAIRE, *op. cit.*, pp. 200-202; R. SZRAMKIEWICZ, *op. cit.*, pp. 114-131 e A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIX^e siècle. Du Code de Commerce à la loi de 1867 histoire d'un instrument juridique du développement capitaliste*, Paris 1985, pp. 4-5. L'atto di costituzione di tali compagnie è analizzato da R.T. TROPLONG, *op. cit.*, p. 244.

⁵⁰ R.T. TROPLONG, *op. cit.*, p. 244

⁵¹ *Declaration du Roy, portant établissement d'une Compagnie pour le Commerce des Indes Orientales* (1 settembre 1664), in *Conferences des nouvelles ordonnances edit du Roy, servant de reglement pour le Commerce des Négocians & Marchands tant en gros qu'en détail*, Saint Germain en Laye 1673, tit. IV-Des Sociétés, p. 477, art. II, «Les Directeurs ni les Particuliers interessés ne pourront être tenus pour quelque cause ou prétexte que ce soit, de fournir aucune somme au-delà de celle pour la quelle ils se seront obligés dans le premier établissement de la Compagnie, soit par maniere de supplément ou autrement».

⁵² *Declaration du Roy* (1 settembre 1664)... *cit.*, p. 478, art. V, «Les Directeurs de ladite Compagnie ne pourront être inquietés ni contraints en leurs personnes & biens, pour raison des affaires de ladite Compagnie, ni les effets d'icelle susceptibles d'aucunes hypotheques pour nos affaires, ni saisis pour ce qui pourroit nous être dû par les Particuliers interessés en icelle» ed *Edit du Roy, portant Etablissement d'une Compagnie des Indes Occidentales, pour faire tout le Commerce dans les Isles & Terres fermes de l'Amérique, & autres Pays, aux Concessions, Pouvoirs, Facultés, Droits, Exemptions & Privilèges y contenus* (11 luglio 1664), in *Conferences des nouvelles ordonnances... cit.*, tit. IV-Des Sociétés, p. 490, art. VIII, «... & ne pourront lesdits Directeurs Généraux & Prticuliers être inquietés en leurs personnes ni en leurs biens, pour raison des affaires de ladite Compagnie».

⁵³ V. PIERGIOVANNI, *Diritto commerciale... cit.*, pp. 344-345; P. SPADA, *Diritto commerciale... cit.*, pp. 13-14 e in generale gli studiosi di diritto commerciale.

Nuovo Mondo o con l'Oriente comportava, concedendo loro un 'privilegio', vale a dire l'immunità dall'antico principio della responsabilità illimitata⁵⁴.

È stato sottolineato come ancora in Età Moderna, il ceto mercantile domandasse benefici e condizioni di favore, quali «incentivi» alle attività produttive, giustificando tali richieste in considerazione delle proporzioni e dei pericoli dell'impresa cui si accingeva. Grazie alla responsabilità limitata l'entità dell'affare divenne uno stimolo, anziché una remora, per il commerciante, cui si dischiuse la prospettiva di immensi profitti e non quella di altrettante perdite. In caso di insuccesso dell'iniziativa, infatti, il suo patrimonio sarebbe stato coinvolto solo nei limiti del capitale conferito⁵⁵.

La ricostruzione operata da Galgano convince pienamente per quanto riguarda la realtà francese, che però rimane l'unica da lui indagata. Perplessità solleva l'ingiustificata generalizzazione che l'autore compie nei confronti delle precedenti *East India Company* (1600)⁵⁶ e *Vereenigde Oostindische Compagnie* (1602)⁵⁷.

⁵⁴ F. GALGANO, *op. cit.*, p. 77.

⁵⁵ *Ivi*, pp. 77-78.

⁵⁶ A. MIGNOLI, *Idee e problemi nell'evoluzione della «Company» inglese*, in «Rivista delle società», 1960, ora in A.M., *La società per azioni. Problemi - Letture - Testimonianze*, I, Milano 2002, pp. 13-64; K.N. CHAUDHURI, *The English East India Company. The study of an early joint-stock company 1600-1640*, London 1965; R. HARRIS, *The English East India Company and the history of company law*, in *VOC 1602-2002. 400 years of company law*, a cura di E. Gepken-Jager, G. van Solinge, L. Timmermann, Deventer 2005, pp. 217-247; ID., *Law, finance, and the first corporations*, in *Global Perspectives on the Rule of Law*, a cura di J.J. Heckman, R.L. Nelson, L. Cabatingan, London 2010, pp. 145-171; N. ROBINS, *The corporation that changed the world. How the East India Company shaped the modern multinational*, London 2006 e S. GIALDRONI, *op. cit.*

⁵⁷ La *Vereenigde Oostindische Compagnie* nacque dalla fusione di otto compagnie minori per volontà degli Stati generali olandesi che desideravano sottrarre al Portogallo il monopolio commerciale dei mari delle Indie. Essa fu costituita il 20 marzo 1602 con la sottoscrizione da parte delle 6 camere olandesi (Amsterdam, Middleburg, Enkhuizen, Delft, Hoorn e Rotterdam) del capitale sociale ed il governo le garantì il monopolio commerciale per 21 anni nelle colonie in Asia. Per una prima informazione e senza alcuna pretesa di esaustività su questa compagnia v. A. MIGNOLI, *Le compagnie olandesi del secolo XVII nelle Relazioni degli ambasciatori veneti*, in «Rivista delle Società», V (1960), pp. 583-588; N. STEENSGAARD, *The Dutch East India Company as an institutional innovation*, in *Dutch capitalism and world capitalism*, a cura di M. Aymard, Cambridge 1982, pp. 235-257; F.G. GAASTRA, *De geschiedenis van de VOC*, Haarlem 1982; P. FRETROP, *A History of Corporate Governance. 1602-2002*, Amsterdam 2002, specie le pp. 49-131; O. GELDERBLUM, J. JONKER, *Completing a financial revolution: The finance of the Dutch East India trade and the rise of the Amsterdam capital market, 1595-1612*, in «The Journal of Economic History», 64 (2004), pp. 641-672; O. GELDERBLUM, A. DE JONG, J. JONKER, *An*

Sul punto una recente ed approfondita ricerca condotta da Stefania Gialdroni ha dimostrato come l'assunto per cui la responsabilità limitata sarebbe derivata da un 'privilegio' concesso dal sovrano non possa applicarsi alla *East India Company*. Per la più potente tra le suddette compagnie, sorta con lo scopo di importare spezie dalle Indie e poi evolutasi nel principale strumento del colonialismo britannico, essa sarebbe stata, invece, una conseguenza della *corporation* come «principale forma di *business organization* nei traffici oceanici»⁵⁸.

Fin dal momento della sua fondazione – avvenuta con privilegio di Elisabetta I il 31 dicembre 1600⁵⁹ – la *East India Company* fu una *corporation*, vale a dire uno strumento giuridico derivato dalla tradizione medievale del *common law*, che venne adattato alle nuove esigenze economiche all'epoca dei traffici transoceanici⁶⁰. Tra le conseguenze esplicite del processo di incorporazione, tuttavia, non rientrò la limitazione della responsabilità patrimoniale dei soci, che non venne disciplinata⁶¹. Nell'Inghilter-

Admiralty for Asia: Business Organization and the Evolution of Corporate Governance in the Dutch Republic, 1590-1640, in *The Origins of Shareholder Advocacy*, a cura di J.G.S. Koppell, New York 2011, pp. 29-60; ID., *The Formative Years of the Modern Corporation: The Dutch East India Company VOC, 1602-1623*, in «CGEH Working Paper Series», 36 (2012), pp. 1-59; E. GEPKEN-JAGER, *Verenigde Oost-Indische Compagnie (VOC). The Dutch East India Company*, in *VOC 1602-2002... cit.*, pp. 41-81 e R. HARRIS, *Law, finance, and the first corporations... cit.*, pp. 145-171.

⁵⁸ S. GIALDRONI, *op. cit.*, pp. 11-12.

⁵⁹ Il privilegio già edito da J. SHAW, *Charters relating to the East India Company from 1600 to 1761. Reprinted from a former collection with some additions and a preface*, Madras 1887, pp. 1-15, è oggi pubblicato in *Appendice* al volume di S. GIALDRONI, *op. cit.*, pp. 299-319.

⁶⁰ S. GIALDRONI, *op. cit.*, p. 17.

⁶¹ Ivi, pp. 182-189 ha individuato gli elementi imprescindibili della *corporation* secondo giurisprudenza e dottrina inglesi del XVII-XVIII secolo, sottolineando il silenzio delle medesime sul regime patrimoniale della *corporation*. Secondo il *report* di Edward Coke (1612) essi erano: la legittimità dell'autorità preposta all'incorporazione, l'attitudine soggettiva all'incorporazione, l'indicazione del nome della *corporation* e del luogo in cui essa veniva costituita e l'utilizzo di parole «sufficient in law» ai fini della costituzione (v. *Sutton's Hospital Case*, 10 Coke Report 23a, 77 *The English Reports*, Edinburgh-London, 1900-1932, 960). Nel successivo trattato di William Sheppard (1659), invece, furono individuati nell'espressa dichiarazione di volontà da parte di un soggetto legittimato, nell'indicazione dei meccanismi di funzionamento, nell'esplicito riconoscimento della perpetuità del soggetto giuridico, con una vita indipendente rispetto a quella dei suoi membri e nell'indicazione del nome e della sede della *corporation* (v. W. SHEPPARD, *Of corporations, fraternities, and guilds. The learning of the law touching bodies-politique is unfolded, shewing the use and necessity of that invention, the antiquity, various kinds, order and government of the same*, London 1659). Nei *Commentaries on the laws of England* di William Blackstone, infine, essi furono individuati nella perpetuità del sog-

ra elisabettiana «la creazione di un *corpus incorporatum et politicum de se in re, facto et nomine*»⁶² non ebbe lo scopo di garantire la responsabilità limitata dei suoi membri, ma esclusivamente quello di tutelare la compagnia dai debiti dei soci.

Pur essendo, dunque, la *corporation* una persona giuridica, non ebbe tra i suoi elementi caratteristici quello dell'autonomia patrimoniale. L'idea della limitazione della responsabilità al *quantum* da ciascun socio conferito come principale vantaggio derivante dalla *incorporation* di una *company* emerse molto lentamente⁶³ e rimase uno snodo ambiguo per tutto il Seicento⁶⁴.

È certamente da condividere per l'esperienza inglese la recente affermazione del giuscommercialista Guido Rossi per cui la responsabilità limitata sarebbe «una conseguenza indiretta» della disciplina della società per azioni e non un elemento caratterizzante fin dalle origini⁶⁵.

Solo alla metà del XIX secolo il Parlamento inglese stabilì, con il *Limited Liability Act*⁶⁶, il carattere della responsabilità limitata delle *joint stock companies* (1855-56): un'innovazione che permise anche alla classe media di entrare nei meccanismi dell'azionariato, rendendo possibile sottoscrivere azioni senza rischiare il proprio patrimonio personale⁶⁷.

Ancora differente l'emersione della responsabilità limitata nella prima grande compagnia olandese a sfondo pubblicistico, vale a dire la *Vereenigde Oostindische Compagnie*, nell'ambito della quale essa fu prevista *ab initio* (1602) per gli azionisti, mentre per gli amministratori fu contemplata solo a partire dal 1623.

Il recente contributo di Oscar Gelderblom, Abe de Jong e Joost Jonker⁶⁸ ha, infatti, confutato quella storiografia che in passato aveva inter-

getto giuridico, nella possibilità di citare ed essere citata in giudizio, nella capacità di acquisire terre, nell'avere un marchio comune, nella costituzione per legge o statuto (W. BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, Oxford, 1765-1769, p 463).

⁶² S. GIALDRONI, *op. cit.*, pp. 175-176.

⁶³ Ivi, p. 220.

⁶⁴ Ivi, p. 194 e pp. 213-215.

⁶⁵ G. ROSSI, *Dalla Compagnia delle Indie al Sarbanes-Oxley Act*, in «Rivista delle Società», 51 (2006), p. 893. La riflessione di Rossi è in ultimo condivisa da S. GIALDRONI, *op. cit.*, p. 223.

⁶⁶ Act 18 & 19 Vict. c. 133, *An Act for limiting the liability of members of certain joint-stock companies*, [14 agosto 1855]. Per un approfondimento v. H.A. SHANNON, *The coming of general limited liability*, in *Essays in economic history*, a cura di E.M. Carus-Wilson, London 1954, pp. 372-379.

⁶⁷ S. GIALDRONI, *op. cit.*, p. 217 e pp. 235-240.

⁶⁸ O. GELDERBLOM, A. DE JONG, J. JONKER, *The Formative Years... cit.*, pp. 1-59.

pretato in maniera estensiva la clausola 47 dell'atto costitutivo, la quale prevedeva una specifica ipotesi di esenzione da responsabilità per i direttori, affermando che essi non erano tenuti per i debiti della compagnia. Analizzando la prassi, vale a dire le obbligazioni contratte dalla *Vereenigde Oostindische Compagnie*, gli autori, al contrario, hanno riscontrato come in esse gli amministratori si impegnassero personalmente⁶⁹. È questo ciò che accadde nel 1617 quando le camere minori richiesero un prestito a quella di Amsterdam. L'Heren XVII, organo di governo della compagnia olandese, tuttavia, trasformò la responsabilità del singolo in responsabilità solidale di tutti gli amministratori, affermando che la compagnia non poteva considerarsi una persona giuridica in grado di concludere affari a proprio nome e, di conseguenza, neppure di assumere responsabilità. Il primo passo verso la limitazione di responsabilità in Olanda fu, dunque, la piena solidarietà dei direttori, per cui i rischi assunti da uno furono condivisi da tutti gli altri.

Nel frattempo il debito complessivo contratto dalle camere tra il 1620 ed il 1623 era divenuto di grande portata: questo rendeva indispensabili un nuovo atto costitutivo e la cancellazione della responsabilità illimitata. Benché il primo venisse concesso nel dicembre del 1622, non intervenne a mutare la già richiamata norma 47.

Una delle camere – quella di Middleburg –, tuttavia, già dall'anno precedente (dicembre 1621) aveva iniziato a stipulare obbligazioni differenti, sottoscritte non dai direttori ma dai contabili, sollevando il problema di chi ne risultasse responsabile. La questione fu risolta dalla camera di Amsterdam, che invitò gli amministratori a respingere le richieste dei creditori ogniquale volta invocassero una responsabilità personale dei sottoscrittori. In tal modo la responsabilità limitata dei direttori venne incorporata nella struttura di governo della *Vereenigde Oostindische Compagnie*⁷⁰.

Con un processo inverso rispetto a quello inglese, dunque, la personalità giuridica della compagnia olandese fu una conseguenza della limitazione di responsabilità, introdotta dalla prassi per far fronte alle sempre crescenti esigenze economiche e destinata a divenirne un tratto caratterizzante.

3.3. *La realtà italiana*

⁶⁹ Ivi, p. 14.

⁷⁰ Ivi, pp. 25-27.

Negli stati italiani di *Ancien Régime* l'istituzione di compagnie pubblicistiche privilegiate, modellate su quelle europee, fu un fenomeno relativamente circoscritto.

Una meritoria ricerca di Paolo Ungari, risalente agli anni '90 del XX secolo, ha fino ad ora individuato e pubblicato 110 statuti di compagnie operanti nella nostra penisola tra il 1638 ed il 1808, quando nel Regno napoleonico d'Italia entrò in vigore il *Code de Commerce*. Assai vari i settori in cui tali embrionali società per azioni operarono: commerci coloniali, attività manifatturiere, estrazioni minerarie, assicurazioni, settore alimentare, pesca, dazi e rendite pubbliche, editoria, banche, teatri, trasporti e forniture militari⁷¹. Tra esse spiccano le 25 – di cui però solo 13 statuti sono stati ritrovati – preposte ai traffici internazionali, a chiara imitazione delle potenti Compagnie delle Indie olandesi, inglesi e francesi. Da segnalare anche come esse siano state un fenomeno che riguardò solo alcune città, di norma le più interessate ai commerci di lungo raggio: Genova, Torino, Nizza, Venezia, Trieste, Livorno, Napoli, Messina⁷².

La limitazione di responsabilità in capo a tutti i compagni fu requisito proprio solo di alcune tra queste prodromiche forme di società per azioni. Non vi si accenna nel più antico statuto italiano conosciuto, vale a dire quello della *Compagnia di Nostra Signora di Libertà*, fondata a Genova nel 1638⁷³, mentre è introdotta, con la rilevante eccezione dei direttori, dalla *Compagnia di negozio per il commercio con il Portogallo ed il Brasile*, costituita a Torino nel 1681, in seguito alla concessione di un privilegio esclusivo da parte del duca Vittorio Amedeo II di Savoia⁷⁴. L'atto privato di costituzione, successivo all'autorizzazione regia, stabilì in maniera esplicita che «nessuno de' signori Compagni possa mai esser obbligato per qualsivoglia causa per più de' capitali da cadauno d'essi rispettivamente esposti, epperò l'infrascritta obbligazione de' beni non s'intenderà mai poter comprender altro, che li suddetti capitali»⁷⁵, contemplando,

⁷¹ P. UNGARI, *Statuti di compagnie e società azionarie italiane (1638-1808). Per la storia delle società per azioni in Italia*, Milano 1993, pp. xxv-xxxi. L'interesse di Ungari per le origini della Società per azioni è attestato anche da *I precedenti storici...* cit., come pure da *Profilo storico...* cit., in cui sono editi alcuni degli statuti di compagnie, poi rifluiti nel più ampio e recente volume del 1993. Si v., inoltre, lo statuto della Società Minerale di Livorno, già pubblicato da G. MORI, *op. cit.*, pp. 209-226.

⁷² P. UNGARI, *Statuti di compagnie...* cit., pp. xxv-xxvi.

⁷³ *Compagnia di Nostra Signora di Libertà*, in P. UNGARI, *Statuti di compagnie...* cit., pp. 3-9.

⁷⁴ P. UNGARI, *Statuti di compagnie...* cit., p. 21.

⁷⁵ *Compagnia di negozio per il commercio con il Portogallo ed il Brasile* (Torino 1681), in P. UNGARI, *Statuti di compagnie...* cit., p. 20.

dunque, per gli azionisti una responsabilità circoscritta al *quantum* conferito. Tale società, tuttavia, non prevedeva ancora un analogo beneficio per i suoi direttori, con riguardo ai quali si sancì l'obbligo di ipoteca di tutti i beni presenti e futuri, vale a dire una responsabilità personale illimitata⁷⁶.

Tra i più risalenti esempi pervenutici di limitazione di responsabilità per tutti i compagni, si segnalano lo statuto della *Compagnia generale di assicurazioni marittime*, formatasi a Genova nel 1741⁷⁷, e quello della *Compagnia Reale del Piemonte per le opere e negozi in seta*, costituitasi a Torino il 3 maggio 1752 per volontà del sovrano Carlo Emanuele III⁷⁸. Il primo al 13° capitolo affermò come non spettasse in capo ai direttori «obbligazione alcuna [...] che per la tengente di interesse che avranno nella Compagnia come tutti gli altri partecipi»⁷⁹, ponendoli pertanto, sotto questo aspetto, alla stregua di un qualsiasi altro azionista. Ancora, nei *Capitoli particolari* ad essi dedicati, si prescrisse che per le obbligazioni assunte dai direttori ciascun socio fosse tenuto fino «all'importanza delle rispettive azioni, per quali vi sarà intestato»⁸⁰. Il secondo contemplò espressamente una responsabilità solidale di tutti i compagni, ma limitatamente al *quantum* dai medesimi investito nella compagnia⁸¹.

4. *Le società anonime a responsabilità limitata*

La sorte di tali compagnie fu segnata dalla Rivoluzione francese che, in un primo momento – con decreto 26-29 germinale dell'anno II della Repubblica⁸² –, ne determinò lo scioglimento in seguito alla soppressione

⁷⁶ Ivi, p. 21.

⁷⁷ P. UNGARI, *Statuti di compagnie... cit.*, p. 74.

⁷⁸ Ivi, p. 98.

⁷⁹ *Compagnia generale di assicurazione marittime* (Genova 1741), in P. UNGARI, *Statuti di compagnie... cit.*, p. 70.

⁸⁰ Ivi, p. 74.

⁸¹ *Compagnia Reale del Piemonte per le opere e negozi in seta* (Torino 1752), in P. UNGARI, *Statuti di compagnie... cit.*, p. 94.

⁸² J.B. DUVERGIER, *Collection complete des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, avis du Conseil-d'État*, VII, Paris 1834, p. 141, 26-29 germinal an 2 (15-18 avril 1794) - *Décret contenant une nouvelle rédaction de celui qui supprime les compagnies financières*, art. 1, «Les compagnies financières sont et demeurent supprimées. Il est défendu à tous banquiers, négocians et autres personnes quelconques, de former aucun établissement de ce genre, sous aucun prétexte et sous quelque dénomination que ce soit» e art. 3, «A compter du jour de la publication du présent décret, la Compagnie des Indes ne pourra expédier aucun vaisseau pour le commerce de l'Inde, et aucune société de Nègocians

di qualsiasi privilegio concesso dal sovrano. Solo un paio di anni più tardi, nel periodo del Direttorio, tuttavia, con legge 30 brumaio dell'anno IV⁸³, le società per azioni rinacquero e si moltiplicarono, ma slegate da qualsiasi forma di 'privilegio', divenendo un ordinario tipo di società, su cui il legislatore esercitò uno stretto controllo⁸⁴.

Tale trasformazione trovò pieno accoglimento nel *Code de commerce* francese (1807), che determinò l'abbandono del «sistema della carta individuale» ed introdusse una disciplina legislativa generale⁸⁵. Nella codificazione commerciale napoleonica essa, anzi la società anonima, all'art. 19, si affiancò alle preesistenti *species* societarie: la società in nome collettivo e la società in accomandita⁸⁶, come pure alle associazioni in partecipazione, divenendo un istituto tipico del diritto privato. La società anonima fu qualificata dall'oggetto della sua impresa (art. 30)⁸⁷, da un capitale sociale diviso in azioni (art. 34)⁸⁸ e da una responsabilità limitata al *quantum con-*

français ne pourra, dans aucun cas et sous aucun prétexte, prendre le titre de Compagnie des Indes». Sul punto v. H. LÉVY-BRUHL, *op. cit.*, p. 51.

⁸³ J.B. DUVERGIER, *op. cit.*, IX, p. 10, 30 brumaire an 4 (21 novembre 1795) - *Loi qui abroge celle du 26 germinal an 2, concernant les compagnies et associations commerciales*, «La loi 26 germinal de l'an 2, concernant les compagnies et associations commerciales, est abrogée».

⁸⁴ F. GALGANO, *op. cit.*, p. 140; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, pp. 7-8 e P. SPADA, *Diritto commerciale... cit.*, p. 14.

⁸⁵ T. ASCARELLI, *Principi e problemi... cit.*, p. 7.

⁸⁶ *Code de commerce* (1807)... *cit.*, I. I. *Des Commerçans*, tit. III. *Des Sociétés*, sect. I. *Des diverses Sociétés et de leurs règles*, art. 19, «La loi reconnaît trois espèces de sociétés commerciales: la société en nom collectif, la société en Commandite, la société anonyme». La struttura e la disciplina delle società anonime sono oggetto del lavoro di A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, *passim*. Cenni sulla disciplina delle società nel Codice di commercio francese anche in R.T. TROPLONG, *op. cit.*, pp. 245-254; R. SZRAMKIEWICZ, *op. cit.*, pp. 307-309 e L. MOSCATI, *Dopo e al di là del Code de commerce: l'apporto di Jean-Marie Pardessus*, in *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, a cura di C. Angelici, M. Caravale, L. Moscati, U. Petronio, P. Spada, Milano 2008, pp. 61-64; ID., *Pardessus e il Code de Commerce*, in *Le matrici del diritto commerciale tra storia e tendenze evolutive*. Atti del Convegno (Como, 18-19 ottobre 2007), a cura di S. Rossi e C. Storti, Varese 2009, pp. 46-47 e P. SPADA, *Il Code de commerce 1807 e la costituzione economica*, in *Le matrici del diritto... cit.*, p. 37.

⁸⁷ *Code de commerce* (1807)... *cit.*, I. I. *Des Commerçans*, tit. III. *Des Sociétés*, sect. I. *Des diverses Sociétés et de leurs règles*, art. 30, «Elle est qualifiée par la désignation de l'object de son entreprise».

⁸⁸ Ivi, art. 34, «Le capital de la société anonyme se divise en actions, et même en coupons d'action d'une valeur égale».

ferito (art. 32)⁸⁹. A partire dall'entrata in vigore del codice la limitazione di responsabilità per i soci e la divisione del capitale sociale in azioni non furono più un 'privilegio' concesso per incentivare grandi imprese commerciali, ma i caratteri di una specifica *societas*⁹⁰. La limitazione di responsabilità fu prescritta anche per gli amministratori «Ils ne contractent, à raison de leur gestion, aucune obligation personnelle ni solidaire relativement aux engagements de la société»⁹¹. Chiamata a rispondere delle obbligazioni sociali divenne la sola società, i cui creditori non poterono più aggredire in via residuale i beni personali degli amministratori⁹².

La nuova forma societaria poneva in pericolo gli interessi dei sottoscrittori delle azioni, che per l'insuccesso dell'impresa rischiavano di trovarsi tra le mani un inutile pezzo di carta, come pure quelli dei creditori della società, che, in caso di insolvenza, correavano il rischio di non realizzare le loro aspettative, a causa della responsabilità limitata dei soci. Allo scopo di tutelare entrambe le categorie il *Code* francese richiese per la costituzione delle società anonime l'autorizzazione governativa (art. 37)⁹³, vale a dire che il governo era tenuto ad accertare, di volta in volta, se l'iniziativa economica presentasse un sufficiente grado di affidabilità⁹⁴.

Il sistema di controllo governativo fu cancellato in Francia con legge 24 luglio 1867⁹⁵; ne conseguì un aumento di nuove società anonime, che

⁸⁹ Ivi, art. 32, «Les administrateurs ne sont responsables que de l'exécution du mandat qu'ils on reçu. Ils ne contractent, à raison de leur gestion, aucune obligation personnelle ni solidaire relativement aux engagements de la société». V. T. ASCARELLI, *Principi e problemi...* cit., pp. 9-15; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, pp. 17-18; R. SZRAMKIEWICZ, *op. cit.*, p. 307 e L. MOSCATI, *Dopo e al di là del Code...* cit., p. 61.

⁹⁰ F. GALGANO, *op. cit.*, p. 141 e A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, pp. 17-19.

⁹¹ *Code de commerce* (1807)... cit., I. I. *Des Commerçans*, tit. III. *Des Sociétés*, sect. I. *Des diverses Sociétés et de leurs règles*, art. 32.

⁹² A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, pp. 305-306.

⁹³ *Code de commerce* (1807)... cit., I. I. *Des Commerçans*, tit. III. *Des Sociétés*, sect. I. *Des diverses Sociétés et de leurs règles*, art. 37, «La société anonyme ne peut exister qu'avec l'autorisation du gouvernement, et avec son approbation pour l'acte qui la constitue...».

⁹⁴ Per un approfondimento circa l'autorizzazione governativa richiesta v. U. MANARA, *op. cit.*, p. 427; F. GALGANO, *op. cit.*, pp. 142-143; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, pp. 21-61 e L. MOSCATI, *Dopo e al di là del Code...* cit., p. 63.

⁹⁵ H.F. RIVIÈRE, *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, Paris 1868, pp. 201-202, art. 21, «A l'avenir les sociétés anonymes pourront se former sans l'autorisation du gouvernement...». Ha ripercorso i motivi e le tappe (legge 28 aprile 1863) che hanno portato alla definitiva abolizione dell'autorizzazione governativa per le società anonime A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, pp. 419-448; sul punto v. anche R. SZRAMKIEWICZ, *op. cit.*, pp. 317-320 e J. HILAIRE, *op. cit.*, pp. 207-208. Il sistema del controllo governativo fu cancellato gradualmente in Inghilterra con leggi del 1856, 1862 e

da «strumento giuridico eccezionale» divennero forma giuridica normale dell'impresa economica⁹⁶.

5. *La responsabilità limitata nel diritto italiano del XIX secolo*

La sorte del diritto societario italiano allo schiudersi del XIX secolo fu strettamente legata a quella francese. In seguito alla conquista napoleonica ed alla proclamazione del Regno d'Italia (1805) i codici transalpini vennero, infatti, estesi a larga parte della nostra penisola. Così accadde anche per il *Code de commerce* in vigore nel Regno d'Italia a partire dal 1° settembre 1808, nonostante alcune iniziative 'nazionali' di codificazione per tale branca del diritto.

Tra il 1806 ed il 1807 si contano ben 4 progetti⁹⁷, che furono, tuttavia, abbandonati di fronte alla volontà di Napoleone di estendere la propria normativa. Come messo in luce da Antonio Padoa Schioppa⁹⁸ si trattava di progetti assai interessanti ed innovativi, specie per quel che concerneva la regolamentazione delle società per azioni. Seguendo la sistematica individuata dal *Progetto di Codice generale per il commercio di terra e di mare*⁹⁹ – il primo progetto portato a compimento in pochi mesi nel 1806 dal livornese Pompeo Baldasseroni (1743-1807)¹⁰⁰ – anche i successivi¹⁰¹ distinsero 5 specie di società: società in nome collettivo, società in accomandita,

1867; in Germania, invece, il Codice di commercio del 1861 conservò in linea di principio l'autorizzazione governativa, pur consentendo ai singoli Stati di renderla superflua: ciò si verificò con larghezza, invocando il principio della libertà di iniziativa economica; in Italia, infine, esso fu abrogato a partire dal Codice di Commercio del 1882 (v. A. PADOA SCHIOPPA, *La genesi del Codice di commercio del 1882*, in ID., *Saggi di storia... cit.*, p. 185).

⁹⁶ T. ASCARELLI, *Principi e problemi... cit.*, pp. 8-9.

⁹⁷ Su tali progetti v. M. ROBERTI, *Intorno al progetto di un codice commerciale e marittimo per il primo Regno d'Italia (1802-1808)*, in «Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere», s. III, t. 4, 73 (1939-1940), pp. 550-554; L. BERLINGUER, *Sui progetti di Codice di Commercio del regno d'Italia (1807-1808). Considerazioni su un inedito di D.A. Azuni*, Milano 1970 (Quaderni di «Studi senesi», 23), che si sofferma in particolare sull'apporto fornito da Azuni, e A. SCIUMÉ, *I tentativi per la codificazione del diritto commerciale nel Regno italico (1806-1808)*, Milano 1982 (Pubblicazioni dell'Istituto di Storia del diritto italiano, 8).

⁹⁸ A. PADOA SCHIOPPA, *Le società commerciali... cit.*, pp. 112-135.

⁹⁹ Tale testo è analizzato da A. SCIUMÉ, *op. cit.*, pp. 34-40.

¹⁰⁰ Per un primo inquadramento di questo giurista v. M. FORTUNATI, *Baldasseroni, Pompeo*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, I, Bologna 2013, pp. 147-148.

¹⁰¹ Questi progetti sono indagati da A. SCIUMÉ, *op. cit.*, pp. 40-93.

associazione in partecipazione, società per azioni, società di capitali e di industria¹⁰². Esse erano, peraltro, già ricomprese, ad eccezione dell'ultima, nel I e nel II progetto Gorneau del 1801-1803¹⁰³, cui evidentemente il giurista italiano si ispirò.

Con riguardo al regime di responsabilità in capo ai soci, i progetti italiani prevedevano che nella società in nome collettivo essa fosse solidale ed illimitata per tutti. Nella accomandita si distinse tra soci accomandanti, con responsabilità limitata, ed accomandatari, con responsabilità illimitata; il terzo progetto puntualizzò, inoltre, che affinché tale tipo di società potesse esistere doveva esservi almeno una persona chiamata a rispondere illimitatamente delle obbligazioni sociali. Una precisazione questa che Antonio Padoa Schioppa ha ritenuto indicativa di come, specie nel nord est della penisola, dovesse verificarsi con una qualche frequenza una forma di accomandita priva di soci illimitatamente responsabili. Per la società di capitali e d'industria – esclusiva della realtà italiana e derivata dalla commenda –, se i primi due progetti stabilirono che il socio d'industria, chiamato a prestare la sua opera e a far fruttare il capitale, fosse limitatamente responsabile, mentre i soci capitalisti, che investivano nell'affare, avevano una responsabilità ed un rischio circoscritti alla perdita del *quantum*, il terzo progetto prescrisse la responsabilità solidale ed illimitata anche di questi ultimi. Si tratta di disposizione coerente con il proposito di non consentire alcuna forma di società commerciale priva di almeno un socio illimitatamente responsabile. Nell'associazione in partecipazione gli associati dovevano rispondere solidalmente nei confronti dei terzi. Nella società per azioni, infine, la responsabilità dei soci era circoscritta alla loro partecipazione azionaria¹⁰⁴.

Con una coraggiosa e precoce innovazione, il secondo progetto italiano, discostandosi dal modello francese, non contemplò l'obbligo dell'autorizzazione governativa, che non venne più ripristinato. Il testo successivo, tuttavia, prevede, analogamente a quanto disposto per l'accomandita, che in ogni società per azioni vi fosse almeno una persona «ob-

¹⁰² A. PADOA SCHIOPPA, *Le società commerciali...* cit., p. 120.

¹⁰³ *Projet de Code du Commerce présenté par la Commission nommée par le Gouvernement*, Paris 1801, art. 13 e *Révision du projet de Code du Commerce précédée de l'analyse raisonnée des Observations du Tribunal de Cassation, des Tribunaux d'Appel et des Tribunaux et Conseils de Commerce*, Paris 1803, art. 13. Su questi progetti in generale v. A. PADOA SCHIOPPA, *Codificazione e legislazione commercialistica in Francia (1778-1915)*, in ID., *Saggi di storia...* cit., specie le pp. 66-74 e, in maniera sintetica ma incisiva, ID., *Napoleone e il «Code de Commerce»*, in ID., *Saggi di storia...* cit., pp. 89-90.

¹⁰⁴ Le norme sono puntualmente analizzate da PADOA SCHIOPPA, *Le società commerciali...* cit., pp. 121-130

bligata indefinitamente per tutti gli oggetti che formano lo scopo della società». Ha osservato Padoa Schioppa come tale norma violasse il fondamento stesso dell'istituto, facendo venir meno il principio della responsabilità limitata, tanto da far apparire motivata la preoccupazione espressa dalla Camera di commercio di Venezia, secondo la quale un tale cambiamento avrebbe determinato la fine delle società per azioni, in specie delle compagnie di assicurazione¹⁰⁵.

Se, dunque, vi furono tentativi di codificazione 'nazionale' del diritto commerciale, essi vennero però abbandonati per volontà di Napoleone e nel Regno d'Italia fu introdotto il Codice di commercio francese – promulgato il 17 luglio 1808 e in vigore dal 1° settembre dello stesso anno¹⁰⁶ –, nella traduzione italiana¹⁰⁷.

Anche all'indomani dell'esperienza napoleonica, negli stati della penisola restaurati dal Congresso di Vienna la disciplina delle società di commercio e della responsabilità personale dei soci rimase sostanzialmente quella transalpina, applicata talvolta direttamente, come nel caso del Regno Lombardo-Veneto o del Granducato di Toscana; talaltra con la mediazione di nuovi codici commerciali, modellati su quello napoleonico, come nel caso del Regno delle due Sicilie¹⁰⁸, dello Stato Pontificio¹⁰⁹ e del Regno di Sardegna¹¹⁰; talaltra ancora recepita dai codici civili, come nel caso del Ducato di Parma, Piacenza e Guastalla¹¹¹ e del Ducato di Modena¹¹².

¹⁰⁵ Ivi, pp. 131-132.

¹⁰⁶ A. SCIUMÉ, *op. cit.*, p. 101.

¹⁰⁷ Sugli adempimenti necessari alla messa a regime del *Code*, e *in primis*, per la sua traduzione v. Ivi, pp. 93-101.

¹⁰⁸ *Codice per lo Regno delle due Sicilie*, V. *Leggi di eccezione per gli affari di commercio*, Napoli 1819, l. I. *Del commercio in generale*, tit. III. *Delle società commercianti*, artt. 29-65.

¹⁰⁹ *Regolamento provvisorio di commercio finora vigente nelle provincie di seconda ricupera e modificato secondo le prescrizioni dell'editto del primo giugno 1821 dell'eminentissimo e reverendissimo signore Card. Segretario di Stato, da osservarsi in tutto lo Stato Pontificio fino alla pubblicazione ed attivazione del nuovo Codice di Commercio*, Roma 1821, l. I. *Del commercio in generale*, tit. III. *Delle società*, artt. 17-63.

¹¹⁰ *Codice di Commercio per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, Torino 1842, l. I. *Del commercio in generale*, tit. III. *Delle società commerciali*, artt. 28-70.

¹¹¹ *Codice Civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla*, Parma 1820, parte III. *Dei contratti*, tit. V. *Dei contratti a titolo oneroso*, capo X. *Delle società*, artt. 1722-1762.

¹¹² *Codice Civile per gli Stati estensi*, Modena 1851, l. IV. *Disposizioni sul commercio*, tit. III. *Della società*, artt. 2431-2474. Il diritto commerciale negli stati preunitari è indagato da A. PADOA SCHIOPPA, *La legislazione commercialistica nell'Italia preunitaria*, in *ID., Saggi di storia... cit.*, pp. 141-154.

La matrice francese è evidente pure nel nostro primo Codice di commercio unitario, promulgato nel 1865, che altro non era che il Codice di commercio albertino del 1842 con lievi modifiche anche in materia societaria, ma non interessanti la responsabilità¹¹³.

Questa prima normativa commercialistica italiana riconobbe all'art. 106 le solite tre tipologie di società già contemplate dal *Code de commerce*: «la società in nome collettivo; la società in accomandita semplice, o divisa per azioni; la società anonima [...]»¹¹⁴.

Il diverso regime di responsabilità, previsto da norme *ad hoc* per ciascuna specie, ricalcò quello francese: nella società in nome collettivo i soci erano tenuti in solido per tutte le obbligazioni, anche se contratte da uno solo (art. 114)¹¹⁵; nella accomandita, si distinse tra uno o più soci responsabili in solido ed illimitatamente (accomandatari) ed uno o più soci capitalisti (accomandanti) (art. 118)¹¹⁶ responsabili limitatamente al capitale conferito (art. 121)¹¹⁷; nella anonima, infine, gli azionisti godevano di una responsabilità limitata al valore delle proprie azioni (art. 140)¹¹⁸.

Per concludere, vorrei sottolineare come la disciplina in materia di responsabilità patrimoniale dei soci non risultò modificata nel secondo Codice di commercio del Regno d'Italia (1882), benché ispirato al Codice di commercio tedesco del 1861 anziché a quello francese¹¹⁹.

La nuova normativa, che non contemplò più l'autorizzazione governativa, all'art. 76¹²⁰, oltre ad enumerare i diversi tipi di società commercia-

¹¹³ Ivi, pp. 154-156.

¹¹⁴ *Codice di commercio del Regno d'Italia*, Firenze-Torino 1866, l. I. *Del commercio in generale*, tit. VII. *Delle società ed associazioni commerciali*, art. 106.

¹¹⁵ Ivi, capo I. *Delle società*, sezione II. *Della società in nome collettivo*, art. 114, «I soci in nome collettivo sono tenuti in solido per tutte le obbligazioni della società, ancorché un solo socio vi abbia apposta la firma sotto la ragione sociale...».

¹¹⁶ Ivi, sezione III. *Della società in accomandita semplice*, art. 118, «La società in accomandita semplice si contrae tra uno o più soci responsabili tenuti in solido ed uno o più soci semplici capitalisti, che si chiamano accomandanti...».

¹¹⁷ Ivi, art. 121, «L'accomandante non è soggetto a perdita che fino a concorrenza del capitale che ha messo o doveva mettere nella società...».

¹¹⁸ Ivi, sezione VII. *Disposizioni comuni alla società in accomandita divisa per azioni ed alla società anonima*, art. 140, «Gli azionisti sono soggetti soltanto alla perdita del montare delle loro azioni».

¹¹⁹ A. PADOA SCHIOPPA, *La genesi del Codice di Commercio del 1882*, in ID., *Saggi di storia... cit.*, pp. 157-203.

¹²⁰ *Codice di commercio del Regno d'Italia*, Milano 1883, l. I. *Del commercio in generale*, tit. IX. *Delle società e delle azioni commerciali*, capo I. *Delle società*, sezione I. *Disposizioni generali*, art. 76, «Le società commerciali hanno per oggetto uno o più atti di commercio, e si distinguono nelle specie seguenti: 1° la società in nome collettivo, nella quale le ob-

le, ne determinò i caratteri essenziali, desumendoli dalla differente responsabilità spettante ai soci nei confronti dei terzi per le obbligazioni sociali, riunendo così in un'unica norma quanto nel precedente testo risultava frammentato in più disposizioni¹²¹.

bligazioni sociali sono garantite dalla responsabilità illimitata e solidaria di tutti i soci; 2° la società in accomandita, nella quale le obbligazioni sociali sono garantite dalla responsabilità illimitata e solidaria di uno o più soci accomandatari, e dalla responsabilità di uno o più soci accomandanti, limitata ad una somma determinata, che può anche essere rappresentata da azioni; 3° la società anonima, nella quale le obbligazioni sociali sono garantite soltanto limitatamente ad un determinato capitale, e ciascun socio non è obbligato che per la sua quota o per la sua azione».

¹²¹ La disciplina societaria all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo Codice di commercio è approfondita da G. FERRI, *La disciplina delle società nel Codice di commercio del 1882, in 1882-1982. Cento anni dal Codice di commercio*, Atti del convegno internazionale di studi (Taormina, 4-6 novembre 1982), Milano 1984 (Quaderni di giurisprudenza commerciale, 54), pp. 91-106 e O. CAGNASSO, *Lavori preparatori del Codice di commercio, principio di tipicità delle società e limitazione di responsabilità, in 1882-1982... cit.*, pp. 287-289.

Tra libertà d'impresa e tutela dei terzi: le nuove linee legislative

1. *Premessa*

Il titolo del mio contributo allude ad una tematica talmente vasta da non poter essere esaurita negli spazi e soprattutto con le competenze a mia disposizione, in quanto la dialettica fra libertà di impresa e tutela dei terzi si presenta, oltre che al livello generalissimo di cui all'art. 41 Cost., nei più disparati settori dell'ordinamento, da quello del lavoro a quello del consumo, a quello del credito, a quello dell'ambiente, ecc. Volendo quindi circoscriverne l'oggetto, mi sembra utile, anche per agevolare la percezione circa il significato complessivo del volume, raccordarmi con gli interventi successivi di quest'ultimo, i quali riguardano, come appare da una semplice lettura dei rispettivi titoli, alcuni il principio della responsabilità limitata, altri il capitale sociale, vale a dire, da un lato, uno degli istituti che ha in maggior grado favorito l'ingresso sul mercato di nuovi soggetti e dunque la libertà d'impresa, e, dall'altro, un sistema di regole che è stato tradizionalmente concepito, accanto ad altri, come contrappeso a tale libertà in funzione di tutela dei terzi.

Ecco: è all'interno di questa dialettica che intenderei muovermi nello svolgere la mia esposizione, formulando fin d'ora una ipotesi di lavoro che prendo a prestito da un recente saggio, breve ma intenso come al solito, di Floriano d'Alessandro, dal titolo "*L'inutil precauzione?*" (*ovvero: dell'insolvenza come esternalità e della funzione profilattica del capitale*): quella cioè per cui il sistema di norme imperative che funge tradizionalmente da contrappeso al beneficio della responsabilità limitata evolverebbe (o involverebbe, secondo i punti di vista) nel senso di un pressoché totale smantellamento.

2. *La situazione di partenza: il codice civile del 1942*

Com'è noto, l'istituto della responsabilità limitata nell'esercizio dell'impresa, di là dalla sua emersione storica (specificamente illustrata in alcuni contributi di questo volume), viene dal codice civile del 1942 non solo mantenuto per le imprese collettive legittimate ad emettere azioni (l'anonima ottocentesca, che diventa società per azioni), ma anche esteso ad imprese sempre collettive benché escluse da tale possibilità (la nuova società a responsabilità limitata).

La funzione che il legislatore del 1942 attribuisce al suddetto istituto emerge chiaramente dalla Relazione ministeriale al codice civile (n. 941), dove si legge che la responsabilità limitata è fattore di sviluppo dell'economia, in quanto consente l'ingresso sul mercato di soggetti che non vi entrerebbero se dovessero esporre al rischio di impresa l'intero proprio patrimonio. Un'affermazione, quella del nesso fra responsabilità limitata e sviluppo, che si è dimostrata profetica, come dimostrano i dati statistici, dai quali (utilizzo per ragione di omogeneità i risultati dei censimenti industriali forniti dall'ISTAT) emerge che le società lucrative con responsabilità limitata di tutti i soci (s.p.a. e s.r.l.), pari nel 1951 (cioè a pochi anni di distanza dall'emanazione del codice civile) a 32.563 unità (il 43% delle società di persone), ammontano nel 2012 (a settant'anni da quella emanazione), a 799.707 unità (superando addirittura le società di persone del 5,2%), con un numero di addetti pari a 8.545.041 (contro i 2.625.953 delle società di persone): un *trend* probabilmente irreversibile se si pensi che negli altri Paesi membri dell'UE il sorpasso delle società di capitali sulle società di persone è in atto da ben prima che in Italia.

Tuttavia, nella scelta dei soci di dar vita ad una società con responsabilità limitata dei medesimi, si tratti di s.p.a. oppure di s.r.l., è insita una vera e propria esternalità negativa, in quanto il fatto per i creditori di poter escutere non già l'intero patrimonio dei soci, come nelle società di persone, ma solamente la parte di esso conferita in società comporta, nella misura della differenza, una indubbia traslazione del rischio di impresa sui medesimi creditori (formalmente, ma non certo sostanzialmente, velata dalla presenza della persona giuridica e dunque dalla imputazione del debito a quest'ultima, anziché ai soci).

Per ovviare, sia pure parzialmente, a simile inconveniente, il legislatore del 1942 riteneva opportuno adottare, a titolo di contrappeso, appunto, al beneficio della responsabilità limitata, uno stringente sistema di limiti alla volontà delle parti, e dunque alla libertà di impresa.

Una prima serie di tali limiti si ispirava - secondo D'Alessandro - al principio che va sotto il nome di corrispondenza fra potere e rischio.

Il principio in parola veniva innanzi tutto applicato nella sua versione forte, intesa come corrispondenza fra potere e responsabilità per le obbligazioni sociali, nel senso che a potere illimitato deve corrispondere una responsabilità illimitata e a responsabilità limitata un potere limitato, onde evitare - come si esprime la stessa Relazione ministeriale al codice civile (n. 1004) - il pericolo "di amministrazioni poco caute sotto l'usbergo della responsabilità limitata", vale a dire il pericolo di operazioni avventate o di mera speculazione da parte di chi,

avendovi investito magari poco del proprio patrimonio, avrebbe poco da perdere in esse. Tale versione forte si traduceva in ben note misure: a) da un lato, ad esempio, l'esposizione a responsabilità illimitata del socio (divenuto) unico di società di capitali, in quanto dotato di fatto di poteri illimitati simili a quelli dell'imprenditore individuale; b) dall'altro lato, l'imposizione di un sistema organizzativo basato imperativamente sulla separatezza fra qualità di socio limitatamente responsabile e potere di gestione dell'impresa, potere che non veniva riservato ai soci in quanto tali come accadeva nelle società di persone per i soci illimitatamente responsabili, ma veniva affidato ad un organo composto di soggetti nominati *ad hoc*, vale a dire agli amministratori, i quali lo esercitavano sotto la propria responsabilità civile, anche verso i creditori sociali, e penale (che, nell'intenzione del legislatore, la suddetta separatezza fosse il necessario portato della responsabilità limitata è dimostrato *a contrario* dal passo della stessa Relazione ministeriale, n. 1001, dove, a proposito della s.a.p.a., si affermava che la piena appartenenza del potere di gestione al socio accomandatario trova "contropartita" nella responsabilità illimitata, sia pure sussidiaria, del medesimo per le obbligazioni sociali).

Il principio di corrispondenza fra potere e rischio veniva inoltre applicato anche nella sua versione debole, quella cioè per cui il residuo potere decisionale dei soci, esprimendosi nella facoltà di concorrere mediante il voto all'espletamento delle competenze assembleari (le quali potrebbero comunque essere strategiche, come nel caso, ad esempio, dell'approvazione del bilancio o della nomina alle cariche sociali), non poteva esercitarsi in misura più che proporzionale rispetto al pur limitato rischio assunto attraverso il conferimento: tale applicazione risultava ad esempio, in materia di s.p.a., dalle disposizioni che vietavano l'emissione di azioni per somma inferiore al loro valore nominale, nonché di azioni a voto multiplo, e, in materia di s.r.l., dalla disposizione che fissava una almeno apparentemente stretta proporzionalità del voto rispetto alla quota di conferimento. Alla stessa logica era riconducibile la circostanza per cui il socio limitatamente responsabile doveva accettare la contrazione anche di un potere non decisionale come quello di controllo: potere che, in presenza di un certo livello dimensionale dell'impresa, allora evidenziato dall'ammontare del capitale sociale, e dunque di un certo volume d'affari con i terzi, egli doveva cedere ad un organo apposito quale il collegio sindacale, come nella s.p.a. o come nella s.r.l. che avesse raggiunto il capitale minimo della s.p.a., a testimonianza dell'insufficienza del suo personale diritto di controllo a garantire anche nell'interesse dei terzi la legalità dell'azione societaria.

Una seconda serie di contrappesi al beneficio della responsabilità limitata era rappresentata dalle c.d. regole del capitale, quel complesso di limiti imperativi, cioè, i quali, pur nella loro eterogeneità, rispondono comunque tutti - sono sempre parole di D'Alessandro - all'esigenza che, una volta stabilita la responsabilità per le obbligazioni sociali della sola società con il suo patrimonio, si debba provvedere "affinché la garanzia costituita da quel patrimonio sia seria e non irrisoria"; il che avviene, tra l'altro, imponendo che la società "abbia all'atto della sua costituzione, e conservi durante tutto il corso della propria esistenza, risorse di un certo ammontare, reso pubblicamente noto e non inferiore ad un certo minimo - a sua volta non meramente simbolico - aggiuntivo rispetto a quello necessario per coprire i debiti" (c.d. "principio del netto").

A conferma di ciò, basti dare una scorsa alla disciplina contenuta nella stesura originaria del codice civile, dove, sia per la s.p.a. che per la s.r.l., era innanzi tutto contemplata la necessità che il capitale nominale indicato nell'atto costitutivo non fosse inferiore ad un certo minimo, mentre, in secondo luogo, si prevedeva una serie di misure volte ad assicurare che, sia all'atto della costituzione sia durante la vita della società, il capitale nominale, qualunque fosse la sua altezza, trovasse copertura nel patrimonio netto della medesima (necessità della sua integrale sottoscrizione; accertamento del valore dei conferimenti di beni in natura o di crediti da parte di un esperto nominato dall'autorità giudiziaria; divieto di rimborso del capitale ai soci in presenza di opposizione dei creditori, e comunque in misura tale da erodere il minimo; tempestiva pubblicità delle perdite qualificate del capitale, con applicazione della regola "ricapitalizza o liquida" qualora le suddette perdite fossero tali da intaccare il minimo, ecc.: tutte regole presidiate, tra l'altro, dalla responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali per inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale).

La spiegazione di tutto questo veniva ricondotta dal legislatore del tempo, appunto, alla responsabilità del solo patrimonio della società per le obbligazioni sociali, la quale era il tratto che accomunava s.r.l. e s.p.a., nel senso che i limiti derivanti dalle suddette disposizioni per la volontà delle parti, e dunque per la libertà d'impresa, avrebbero rappresentato il contrappeso alla limitata responsabilità dei soci, a garanzia dei terzi, soprattutto dei creditori. A conferma di ciò, basti scorrere il passo della Relazione ministeriale al codice civile dedicata all'imposizione del capitale minimo: "il capitale" - vi si legge (n. 1006) - "costituendo il modo originario di formazione del patrimonio sociale, unica garanzia che la

società offre ai suoi creditori, è soggetto a un limite minimo...perché la garanzia stessa non risulti irrisoria” (e certo non apparivano irrisori i minimi allora stabiliti di un milione di lire per la s.p.a. e di cinquantamila lire per la s.r.l., in quanto, applicando il coefficiente elaborato dall'Istat per tradurre i valori del 1942 in valori del 2014, risulta che il milione di lire del 1942 corrisponderebbe attualmente a 558.199 euro, e le 50.000 lire di allora agli attuali 27.910 euro).

3. *La linea di tendenza dei decenni successivi*

Sempre secondo D'Alessandro, da diversi anni a questa parte, e soprattutto nella più recente produzione legislativa, il rigore dei ricordati contrappesi alla responsabilità limitata si sarebbe fortemente attenuato.

Incominciando dal principio di corrispondenza fra potere e rischio, basti ricordare, quanto alla sua versione forte basata sulla necessaria corrispondenza di una responsabilità illimitata a potere illimitato, e di un potere limitato a responsabilità limitata, la vicenda che ha portato - prima nel 1993 in riferimento alla sola s.r.l. con l'attuazione della XII direttiva CEE e poi nel 2003 in riferimento anche alla s.p.a. con la generale riforma del diritto societario di quell'anno - a riconoscere il beneficio della responsabilità limitata anche al socio unico di società di capitali, vale a dire ad un soggetto che appariva *dominus* assoluto della propria società e che tuttavia, pur non subendo sostanzialmente limiti nell'esercizio dei propri poteri, poteva sottrarsi diversamente dal passato, salvo alcune marginali eccezioni, al corrispondente rischio rappresentato dalla responsabilità illimitata.

Simile novità, tra l'altro, era destinata ad avere effetti di trascinamento anche sulla società di capitali pluripersonale, come risulta dalla relazione di accompagnamento al decreto legislativo di riforma n. 6 del 2003, dove si legge, con riferimento alla s.r.l., che il beneficio della responsabilità limitata, dopo la sua estensione anche al socio unico, “non può più necessariamente presupporre una rigida struttura organizzativa di tipo corporativo”, con la conseguenza, ad esempio, che l'attribuzione della gestione dell'impresa agli amministratori anziché ai soci viene sancita con norma non già imperativa ma suppletiva (lo si desume dalla salvezza operata dall'art. 2475 c.c. di una diversa disposizione statutaria, la quale potrebbe sottrarre in tutto o in parte la competenza gestoria agli amministratori per attribuirla alla collettività dei soci ai sensi dell'art. 2479, comma 1°, c.c., oppure addirittura a singoli soci a titolo di diritto

particolare ai sensi dell'art. 2468, comma 3°, c.c., facendo in tal modo della s.r.l. – così si esprime la suddetta relazione di accompagnamento – una sorta di società di persone a responsabilità limitata.

Come si vede, il *trend* legislativo appena illustrato ha comportato, all'interno della s.p.a. e della s.r.l., un allargamento del beneficio della responsabilità a soci che esercitano, di diritto o di fatto, poteri gestionali simili a quelli di un imprenditore individuale o di un socio illimitatamente responsabile di società di persone. Si consideri, tra l'altro, che questo allargamento del beneficio della responsabilità limitata potrebbe risultare ulteriormente potenziato allorché, ad esempio, una s.p.a. abbia costituito un patrimonio destinato ad uno specifico affare ai sensi dell'art. 2447-*bis* c.c., nel qual caso il socio della medesima potrebbe vedere il rischio di perdere il proprio conferimento ulteriormente diminuito per il fatto che, in base all'art. 2447-*quinquies*, comma 3°, c.c., per le obbligazioni contratte in relazione al suddetto specifico affare la società risponde non già con l'intero proprio patrimonio ma solo nei limiti della parte di quest'ultimo a tale affare destinata.

Sempre con la riforma del 2003, inoltre, e poi ancora con i provvedimenti più recenti, il principio di corrispondenza fra potere e rischio subisce un ridimensionamento anche nella sua versione debole, quella cioè che vorrebbe la proporzionalità del voto rispetto al conferimento. Da un lato, infatti, in materia di s.p.a., il nuovo art. 2346 c.c., dopo aver fatto cadere il divieto di emissione delle azioni sotto la pari e averlo sostituito con il divieto di avere un valore complessivo dei conferimenti inferiore all'ammontare del capitale sociale, stabilisce che la regola dell'assegnazione delle azioni al singolo socio per un valore non superiore al suo conferimento, diversamente dal passato, è meramente suppletiva, potendo lo statuto “prevedere una diversa assegnazione”, senza contare l'ulteriore ridimensionamento arrecato al principio dall'art. 20 del recentissimo d.l. n. 91/2014 (come convertito in l. 116/2014), il quale novella il quarto comma dell'art. 2351 c.c. eliminando l'antico divieto di emettere azioni a voto plurimo (pur con la precisazione che ciascuna di tali azioni può avere fino ad un massimo di tre voti). Dall'altro lato, in materia di s.r.l., si stabilisce sì, con il nuovo art. 2479, comma 5°, c.c., che il voto del socio vale in misura proporzionale alla partecipazione, la quale è a sua volta proporzionale al conferimento, ma si stabilisce altresì, con l'altrettanto nuovo art. 2468, comma 2°, c.c., che la proporzionalità della partecipazione al conferimento può essere derogata dall'atto costitutivo, il quale potrebbe così prevedere che ad un singolo socio spetti una partecipazione, e dunque un voto, più che proporzionale rispetto al conferimento, e dunque al rischio assunto con quest'ultimo,

senza contare addirittura che una simile maggiorazione del voto potrebbe, allorché si tratti di *start up* innovativa o di PMI innovativa costituite in forma di s.r.l., essere incorporata in una quota speciale e dunque circolare insieme con quest'ultima (così il d.l. 179/2012, come convertito in l. 221/2012, in base al cui art. 26, richiamato dall'art. 4, comma 9°, d.l. 3/2015, come convertito in l. 33/2015, l'atto costitutivo delle società di cui sopra, anche in deroga all'articolo 2479, comma 5°, c.c., può creare categorie di quote che non attribuiscono diritti di voto o che attribuiscono al socio diritti di voto in misura non proporzionale alla partecipazione da questi detenuta ovvero diritti di voto limitati a particolari argomenti o subordinati al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative). Sempre in materia di s.r.l. va ricordato che i terzi perdono ormai alcuni pezzi di tutela imperativa anche sul terreno dei controlli, sia esterni (in quanto la riforma del 2003 non richiama più per questo tipo societario l'istituto della denuncia al tribunale di cui all'art. 2409 c.c.), sia interni (in quanto il citato d.l. n. 91 del 2014 non obbliga più la s.r.l., qualora raggiunga il capitale minimo della s.p.a., a dotarsi di un collegio sindacale né di qualsivoglia altro organo di controllo).

L'altro comparto delle misure di contrappeso alla responsabilità limitata che, secondo D'Alessandro, ha subito una sensibile contrazione, per non dire talora una completa evaporazione, soprattutto nella legislazione recente, è quello delle regole del capitale (su cui mi intratterò brevemente visto che l'argomento costituisce oggetto di trattazione specifica in ben due degli altri contributi in questo volume).

Vediamo singolarmente tali regole, incominciando dal capitale minimo, il quale viene fortemente ridimensionato dal legislatore, sia nella s.p.a. che nella s.r.l.

Per la verità, da un punto di vista economico sostanziale, un ridimensionamento dei minimi si era già verificato in modo strisciante a causa della perdurante mancata rivalutazione dei medesimi, cioè del mancato adeguamento di essi al mutato potere d'acquisto della nostra moneta: fenomeno il quale dura ormai - senza aver subito interruzioni neppure con la riforma del 2003 - dall'ultima rivalutazione avvenuta con la c.d. legge Pandolfi del 1977 (dove il minimo della s.p.a. era stato portato a 200 milioni di lire e quello della s.r.l. a 20 milioni), vale a dire da ormai quasi un quarantennio, nel corso del quale la nostra moneta ha subito ulteriori deprezzamenti connessi ai processi inflazionistici in esso succedutisi, con la conseguenza che, applicando il coefficiente elaborato dall'ISTAT per esprimere i valori monetari del 1977 in valori del 2014

(7,463), i 120.000 euro e i 10.000 euro, costituenti fino alle più recenti modifiche il capitale minimo, rispettivamente, della s.p.a. e della s.r.l., risultano avere un potere d'acquisto pari, rispettivamente, al 15,5% e al 12,9% di quelli del 1977, e possono dunque essere messi a disposizione da un numero di soggetti ben superiore a quello di allora.

Quello cui intendo qui riferirmi, tuttavia, non è un mero stato di fatto conseguente all'inerzia del legislatore, ma un vero e proprio intervento di quest'ultimo volto ad incidere sui minimi, e non già elevandoli come nel 1977 e come, almeno limitatamente alla s.p.a., nel 2003, ma abbassandoli. Com'è noto, infatti, nella s.p.a, l'art. 20, comma 7°, del d.l. n. 91/2014 (convertito, con modificazioni, in l. 116/2014), contenente disposizioni urgenti anche, tra l'altro, per "il rilancio e lo sviluppo delle imprese", modifica l'art. 2327 c.c. nel senso che tale tipo societario possa costituirsi con un capitale non inferiore a cinquantamila euro, anziché ai centoventimila della versione precedente (una riduzione significativa, anche se ancora inferiore a quella astrattamente consentita dalla seconda direttiva CEE). Quanto alla s.r.l., l'abbassamento del capitale minimo è ancora più vistoso, in quanto, con la novellazione dell'art. 2463 c.c. da parte dell'art. 9 del d.l. 76/2013 (come convertito in l. 99/2013), in qualsiasi s.r.l., e non più solamente in quelle semplificate riservate alle persone fisiche come voleva la versione del decreto precedente alla conversione in legge, "l'ammontare del capitale può essere determinato in misura inferiore a euro diecimila", purché "pari almeno ad un euro": siamo qui infatti di fronte ad una vera e propria nullificazione dell'istituto del capitale minimo, se non in senso formale in quanto un euro rappresenta pur sempre un valore positivo, certamente in senso sostanziale in quanto la funzione di garanzia tradizionalmente attribuita al capitale minimo implicava di fatto che quest'ultimo fosse "di una certa consistenza", e non meramente simbolico (vale la pena di ricordare che la legge di delega per la riforma del diritto societario, dettando fin dal 2001 i principi e i criteri direttivi cui simile riforma doveva ispirarsi in materia di s.r.l., individuava uno di tali principi e criteri direttivi - con l'art. 3, comma 2°, lett. *b* - nella necessità di determinare la misura minima del capitale "in coerenza con la funzione economica del modello", e dunque non certo in una misura, com'è quella marginale dell'unità monetaria, di per sé non coerente con alcuna funzione economica).

Venendo ora alla regola del capitale che va sotto il nome "ricapitalizza o liquida", va segnalata l'introduzione nella legge fallimentare, ad opera dell'art. 33 d.l. 83/2012, convertito in l. 134/2012, di un nuovo art. 182-*sexies*, intitolato "riduzione o perdita del capitale

della società in crisi” (su cui non mi diffondo perché è ad esso dedicata una specifica relazione in questo convegno), in base al quale, dalla data di deposito della domanda per l’ammissione al concordato preventivo o di quella per l’omologazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti, non si applicano, sino all’omologazione del concordato o dell’accordo, gli artt. 2447 e 2482-*ter* c.c. laddove si impone alle società di capitali, in caso di perdite che facciano scendere il capitale al disotto del minimo legale, la convocazione senza indugio dell’assemblea per decidere, insieme con la riduzione nominale del medesimo capitale, il suo contemporaneo aumento a cifra non inferiore al suddetto minimo o la trasformazione della società: disapplicazione comportante a sua volta che, per lo stesso periodo, non operi la causa di scioglimento della società di cui all’art. 2484, n. 4, c.c. Analoga disposizione è rintracciabile nell’art. 26, comma 1°, d.l. 179/2012 (convertito in l. 221/2012), secondo il quale, nelle *start-up* innovative (oggi anche - in base al recentissimo d.l. 3/2015, convertito in l. 33/2015 - in tutte le PMI innovative, indipendentemente dalla fase di avvio) che si trovino nelle ipotesi previste dagli articoli 2447 o 2482-*ter* del codice civile, l’assemblea convocata senza indugio dagli amministratori, in alternativa all’immediata riduzione del capitale e al contemporaneo aumento del medesimo a una cifra non inferiore al minimo legale, può deliberare di rinviare tali decisioni alla chiusura dell’esercizio successivo, nel qual caso, fino alla chiusura di tale esercizio, non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui all’art. 2484, n. 4, c.c. In entrambi i casi, come si vede, la deroga alla regola “ricapitalizza o liquida” non poteva essere più vistosa, anche se temporanea, con l’evidente effetto di una traslazione totale o parziale sui creditori del rischio derivante dalla conduzione di un’impresa in stato di crisi.

4. *Le ragioni che stanno alla base delle scelte legislative recenti*

Come spiegare le scelte del legislatore descritte al paragrafo precedente? Come spiegare cioè che, nel corso degli anni, i limiti alla libertà d’impresa posti tradizionalmente a tutela dei terzi come contrappeso alla responsabilità limitata dell’imprenditore si siano andati attenuando a vantaggio di quest’ultimo?

Per rispondere alla domanda, occorre premettere come, alla base degli interventi legislativi che hanno fatto registrare la suddetta tendenza, vi sia un obiettivo di fondo unitario: quello di favorire lo sviluppo del

sistema produttivo. A riprova di ciò basti pensare alla legge delega contenente i principi e criteri direttivi della riforma delle società di capitali del 2003, il cui art. 2, lett. *a*, enuncia come obiettivo prioritario quello di “favorire la nascita, la crescita e la competitività delle imprese”, o, ancora, al documento che ha costituito l’*occasione legis* di quasi tutta la recente legislazione di emergenza (vale a dire alla risposta fornita dal Governo italiano il 26 ottobre 2011 alla lettera ad esso indirizzata dalla Banca centrale europea nel momento di maggior divario fra i buoni del tesoro italiano e i *bund* tedeschi), in cui il nostro esecutivo si dichiarava impegnato anche per l’immediato futuro nel “creare le condizioni strutturali favorevoli alla crescita”.

Ora, quali dovevano essere queste condizioni strutturali? Entrambi i documenti ora ricordati pongono l’accento, in particolare, sulla necessità di favorire l’“imprenditorialità” (così l’art. 2 della legge delega per la riforma del diritto delle società di capitali, la cui lett. *b* proclama la necessità di “valorizzare il carattere imprenditoriale” di tali società: così anche la lettera di intenti del Governo italiano, secondo cui la creazione delle condizioni strutturali per la crescita in parola passa inevitabilmente per la revisione delle politiche di sostegno “all’imprenditorialità e all’innovazione”), dove per “imprenditorialità” si intende – in base alla spiegazione fornita dagli stessi lavori preparatori della riforma (mi riferisco in particolare alla c.d. Relazione Mirone, dal nome del presidente della Commissione incaricata di redigere lo schema della legge delega di riforma) – quel complesso di capacità organizzative e innovative dell’imprenditore che, secondo le analisi economiche più accreditate, hanno contribuito alla crescita dei paesi ad economia avanzata in misura superiore rispetto agli altri fattori della produzione, e che dunque andrebbero incoraggiate mediante, soprattutto, regimi idonei ad assicurare a tali capacità la possibilità di spiegarsi attraverso la massima possibile libertà, per l’imprenditore, sia di accesso al mercato sia di scelta dei sistemi organizzativi.

Ebbene, alla valorizzazione dell’imprenditorialità sicuramente si ispirano gli interventi che, a partire dalla riforma del 2003 fino alla recente decretazione d’urgenza, hanno ridotto il tasso di imperatività del regime tradizionale consentendo all’imprenditore, da un lato, di auto-organizzarsi in forme più semplificate rispetto a quella corporativa e, dall’altro, di entrare sul mercato con un vincolo di capitale inferiore a quello tradizionale.

Diciamo subito che le potenzialità espansive offerte dal progressivo ridimensionamento dell’apparato di contrappesi alla responsabilità limitata sembrano aver trovato una non trascurabile accoglienza nella

prassi operativa, come dimostrano i dati statistici relativi alle nuove figure che quel ridimensionamento ha via via creato. Così, ad esempio, una recente elaborazione di Gaetano Presti sui dati Infocamere relativi alle consistenze delle società lucrative, ci informa che, al 30 giugno 2013, le s.p.a. e le s.r.l. unipersonali non cancellate ammontano a ben 212.717 unità, pari al 14,88% del totale (1.424.408). Così, ancora, scorrendo i dati pubblicati dal Consiglio Nazionale del Notariato sul proprio sito istituzionale, in ottemperanza all'obbligo di cui all'art. 3 d.l. 1/2012, si apprende che, al 31 dicembre 2014, le s.r.l. semplificate e le s.r.l. capitale ridotto (queste ultime ora riqualificate come semplificate, previa abrogazione della categoria, dai commi 14° e 15° dell'art. 9 d.l. n. 76/2013, convertito in l. n. 99/2013) risultavano iscritte presso il registro delle imprese per un ammontare di 51.830 unità (di cui 30.186 iscritte nel solo 2014), avendo come tali un capitale necessariamente inferiore a 10.000 euro e occupando dunque una fascia dimensionale la quale, prima del 2012, anno di entrata in vigore dei provvedimenti in materia di s.r.l. semplificata e di s.r.l. a capitale ridotto, sarebbe stata riservata alle sole società di persone. Emerge infine, in base ad un'elaborazione Unioncamere su dati relativi al 26 gennaio 2015, che, a tale data, figuravano iscritte alla relativa sezione speciale del registro delle imprese 3208 *start-up* innovative, le quali, pur potendo astrattamente costituirsi in forma sia di s.p.a. che di s.r.l. che di cooperativa, risultavano aver scelto la s.r.l. in numero di 3086 (di cui 370 semplificate), pari al 96,19 % del totale.

E tuttavia, come giustificare, attesa la pluralità degli interessi in gioco, una scelta che, di là dalla sua occasionale fortuna nel breve periodo, finisce per privilegiare pressoché esclusivamente uno dei suddetti interessi, quello dell'impresa, trasferendo pressoché totalmente il rischio di crisi, e addirittura di insolvenza, in capo ai terzi? Uso l'avverbio "pressoché" in quanto la suddetta tendenza legislativa non si presenta del tutto lineare ma lascia registrare qualche spunto di segno opposto: basti considerare, in controtendenza rispetto alla diminuita tutela dei terzi sul terreno del capitale, l'aumento di tale tutela sul terreno del c.d. quasi-capitale che si ritrova nella regola dell'art. 2467 c.c. - riguardante la s.r.l. ma estesa ormai in sede interpretativa anche alla s.p.a. - per cui il rimborso dei finanziamenti effettuati dai soci di s.r.l. a favore della propria società in una situazione finanziaria di quest'ultima nella quale sarebbe stato "ragionevole" un conferimento è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori; basti ancora considerare, in contrapposizione rispetto agli accresciuti poteri gestionali del socio di s.r.l., la rigorosa riserva di tali poteri all'organo amministrativo operata

per la s.p.a. dall'art. 2380-*bis* c.c.; si pensi, infine, anche laddove il socio comunque si ingerisca, di diritto o di fatto, nella gestione dell'impresa, al contrappeso a tale ingerenza rappresentato, ad esempio, dalla responsabilità civile che il comma 7° dell'art. 2476 c.c. pone in capo al socio di s.r.l. per avere intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi, per la società, i soci o i terzi, o che l'art. 2497 c.c. pone a carico del socio di s.p.a. o di s.r.l. il quale, esercitando attività di direzione o coordinamento di queste ultime, abbia agito nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle medesime. Si tratta tuttavia di rimedi non tali da neutralizzare un *trend* legislativo che, nella scelta fra propagazione del beneficio della responsabilità limitata e tutela dei terzi, rimane fortemente sbilanciato a danno di questi ultimi: scelta per la quale rimane dunque intatta l'esigenza di una giustificazione.

Una prima giustificazione potrebbe ricollegarsi al fatto che tra i terzi e la società, nonché tra i terzi ed i soci, intercorre (o può intercorrere) una fitta rete di rapporti contrattuali, ai quali, meglio che alle norme imperative, potrebbe essere affidata, in base alla ben nota teoria del *nexus of contracts*, la tutela dei rispettivi interessi, con la conseguenza che, ad esempio, la parziale traslazione del rischio d'impresa sui creditori sociali dovuta al sostanziale azzeramento della loro garanzia minima non escluderebbe la possibilità per i creditori medesimi di autotutelarsi contrattando con la società o con i soci condizioni che li ripaghino dell'accresciuto rischio, quali la concessione di un tasso di interesse maggiore o la prestazione di idonee garanzie (costituite magari - secondo una prassi diffusa - da fideiussioni personali a carico dei soci), o addirittura la condivisione di determinati momenti del governo della società. Si tratterebbe tuttavia di una scelta assai criticabile, in quanto - come sottolinea ancora D'Alessandro - non terrebbe in considerazione la "disparità tra creditori forti, ossia in grado acquisire informazioni e di negoziare collaterali o *covenants*, e creditori deboli, privi invece di queste possibilità", e dunque non in grado di spuntare dalla società e dai soci condizioni contrattuali idonee a compensarli del maggior rischio sopportato.

Almeno a tali creditori, pertanto, il legislatore non dovrebbe far mancare un *minimum* di tutela cogente, sia pure alternativa a quella venuta meno con l'attenuazione delle regole del capitale.

Una seconda spiegazione della descritta linea di tendenza volta a ridurre i limiti alla libertà di impresa rappresentati dai contrappesi alla responsabilità limitata potrebbe ravvisarsi nel fatto che essa appare il frutto non solo di una scelta autoctona del legislatore italiano, ma anche

di uno stato di necessità determinato dalla concorrenza internazionale. Valga un esempio per tutti: quello della riduzione dei minimi di capitale sia nella s.p.a. che nella s.r.l. Poiché una riduzione simile era già stata adottata in altri Paesi, soprattutto dell'UE, e poiché le imprese di tali Paesi si presentano come nostri potenziali concorrenti, si voleva evitare che in tale concorrenza le imprese italiane fossero penalizzate per il solo effetto della variabile giuridica, vale a dire per il fatto di non godere ancora delle facilitazioni di cui godevano le consorelle straniere, in quanto la nota giurisprudenza della Corte di giustizia europea innescata dal celebre caso *Centros*, e basata sul principio della libertà di stabilimento, avrebbe consentito a queste ultime, costituite nei rispettivi Paesi d'origine nelle forme semplificate sopra descritte, di operare in situazione di vantaggio rispetto alle nostre (questa motivazione è presente nei lavori preparatori dei vari provvedimenti in materia: così, ad esempio, si afferma nella Relazione al disegno di conversione in legge del d.l. 91/2014 che la riduzione del capitale minimo della s.p.a. da 120.000 a 50.000 è stata adottata per ragioni di concorrenzialità con i principali Stati membri dell'UE, come il Regno Unito, la Germania e la Francia, i quali "prevedono un capitale minimo inferiore a quello previsto in Italia"; così, ancora, con riferimento al d.l. 76/2013 che consente a qualsiasi s.r.l. di costituirsi con un capitale minimo di un euro, il Ministro dello Sviluppo Economico *pro tempore* esprimeva soddisfazione per un intervento il quale - sono parole sue - "consente al Paese di compiere un balzo in avanti nelle classifiche internazionali sulla competitività e diventare più attrattivo per gli investitori esteri").

Tuttavia, se guardare agli ordinamenti stranieri è giusto e persino doveroso per un Paese rimasto troppo a lungo autarchico come il nostro, lo è però nella misura in cui di quegli ordinamenti si prenda in considerazione non già la singola soluzione ma il contesto in cui essa si inserisce. Sotto questo profilo, è vero che molti Paesi europei risultano coinvolti da tempo - come si è appena ricordato - in una tendenza volta a legittimare la costituzione di una società con capitale anche di una sola unità monetaria, e che tale tendenza si inserisce in un più vasto movimento, comune anche agli Stati Uniti, volto a mettere in discussione il ruolo del capitale sociale, ed in particolare la funzione di garanzia del capitale minimo per i terzi; è però altrettanto vero che, nella maggior parte di quei Paesi, la rinuncia, più o meno recente, all'imposizione di un capitale minimo non simbolico viene controbilanciata da una serie di validi correttivi a tutela dei terzi, come avviene ad esempio in Olanda, dove, sulla scorta dell'esempio americano, la tutela dei creditori viene ricercata sul terreno della responsabilità civile in cui incorrono gli

amministratori i quali, in un *solvency test* da condurre a loro cura prima di qualsiasi devoluzione di *assets* societari ai soci (si tratti di utili, di riserve o di capitale), abbiano falsamente dichiarato che non sussiste il rischio per la società di risultare indebolita dall'operazione al punto da non poter far fronte ai propri debiti (mentre in Italia ci si accontenta di imporre una formazione potenziata e accelerata della riserva legale attraverso un prelievo su di una sola parte degli utili annuali, i quali, tra l'altro, potrebbero risultare inesistenti nei singoli esercizi o addirittura artatamente erosi attraverso un aumento del compenso spettante agli amministratori). Anche la comparazione giuridica – come si vede – ci poteva fornire esempi per una tutela cogente dei terzi alternativa rispetto a quella tradizionale ormai depotenziata: un'alternativa la quale si presenta particolarmente promettente proprio sul terreno di quella responsabilità degli organi sociali che costituisce il tema della Tavola rotonda programmata in questo stesso convegno.

5. *I profili di contrasto con la Costituzione italiana e con il diritto comunitario*

In ogni caso, quali che siano le ragioni che hanno portato il legislatore italiano al descritto progressivo smantellamento dei contrappesi al beneficio della responsabilità limitata voluti dalla nostra tradizione giuridica a tutela dei terzi, e quali che siano le valutazioni (sempre opinabili) che sopra una siffatta scelta si possono esprimere in termini di politica legislativa, occorre vedere se e fino a che punto tale scelta sia compatibile con la gerarchia delle fonti che caratterizza il nostro ordinamento, e che si esprime nella nota disposizione dell'art. 117 Cost. per cui la potestà legislativa, non solo delle Regioni ma anche dello Stato, è esercitata nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Ebbene, sembra a me che tale rispetto non sia sempre riscontrabile nella produzione legislativa recente, a incominciare dai principi della nostra Carta Costituzionale, e, all'interno di questa, da quelli della parte II che regolano i rapporti fra legge ordinaria e decreto legge.

Si può ad esempio osservare, infatti, che quasi tutte le novità della suddetta produzione sono state introdotte con provvedimenti d'urgenza, vale a dire mediante decreti legge (anche se a volte modificati dalle rispettive leggi di conversione): così è avvenuto ad esempio per la s.r.l. semplificata (artt. 3 d.l. 1/2012; 9, comma 13°, d.l. 76/2013) nonché per

quella ordinaria a capitale ridotto (art. 9, comma 15-ter, d.l. 76/2013), per le più recenti stesure dell'art. 2477 c.c in materia di controlli nella s.r.l. (artt. 35 d.l. 5/2012; 20 d.l. 91/2014), per i nuovi strumenti di finanziamento alle imprese, come le cambiali finanziarie e i c.d. *minibond* (artt. 41 d.l. 1/2012; 32 d.l. 83/2012; 13 d.l. 133/2014), per le misure di gestione delle crisi d'impresa (art. 33 d.l. 83/2012), per le imprese *start-up* innovative e per le PMI innovative (artt. 25 ss. d.l. 179/2012; 4 d.l. 3/2015), per il nuovo capitale minimo della s.p.a. e le azioni a voto multiplo o maggiorato (art. 20 d.l. 91/2014). Ora, la criticità di tale scelta attiene nel nostro caso non solo e non tanto ai limiti intrinseci della tecnica legislativa utilizzata, riassumibili nel rischio di insufficiente ponderazione, per non dire estemporaneità, delle soluzioni con essa adottate, con la conseguente potenziale instabilità delle medesime: limiti che ben potrebbero ritenersi controbilanciati dal vantaggio della tempestività con la quale la tecnica suddetta consente di fronteggiare situazioni di emergenza. E' lecito piuttosto chiedersi se gli obiettivi di volta in volta perseguiti attraverso i sunnominati decreti legge e ricostruibili dai relativi preamboli (ad esempio "implementazione della concorrenza dei mercati", "facilitazione dell'accesso dei giovani nel mondo dell'impresa", "riduzione degli oneri amministrativi per i cittadini e le imprese", "impulso alla ricerca e alle innovazioni tecnologiche" promozione dell'"occupazione" e degli "investimenti", ecc.) siano stati veramente imposti - come richiederebbe l'art. 77 Cost. - dalla necessità e dall'urgenza di superare una crisi straordinaria come quella, appunto, in cui si è trovata l'Italia, e con essa l'intera Europa, alla vigilia della stagione legislativa in parola, o non abbiano invece natura più strutturale rispondendo a più stabili esigenze del sistema. Sembrerebbe far propendere per tale seconda ipotesi il fatto che gli obiettivi sopra ricordati siano tutti presenti, da un lato, a livello comunitario, nella Comunicazione della Commissione UE del 25 giugno 2008 contenente uno *Small Business Act* per l'Europa volto a delineare un quadro coerente di "principi", e dunque non di semplici indicazioni contingenti per l'emergenza, capace di creare un contesto sia comunitario che nazionale favorevole alla nascita e alla crescita delle imprese, soprattutto medio-piccole, e dall'altro, a livello dell'ordinamento italiano, nella l. 11 novembre 2011, n. 180 (contenente lo statuto delle imprese), la quale, nel dichiarato intento di dare applicazione al suddetto documento europeo, enuncia quali "principi dell'ordinamento giuridico dello Stato", e dunque quali obiettivi permanenti del medesimo, appunto, "la libertà di iniziativa economica... e di concorrenza", il favore per "l'avvio di nuove imprese, in particolare da parte dei giovani e delle donne", "la

progressiva riduzione degli oneri amministrativi a carico delle imprese”, l’implementazione dell’”accesso al credito” da parte di queste ultime, la valorizzazione del “potenziale di innovazione” delle medesime, ecc. Se così fosse, potrebbe risultare difficile invocare per i suddetti obiettivi quelle caratteristiche congiunturali che ne giustificano il perseguimento tramite decreti legge: con la conseguenza che il difetto dei requisiti della straordinarietà, della necessità e dell’urgenza esporrebbe i decreti in parola alla censura di incostituzionalità per mancanza dei presupposti che ne legittimano l’adozione alla stregua del citato art. 77 Cost., mancanza che neppure la conversione in legge varrebbe a sanare.

Sempre con riferimento alla nostra Carta costituzionale, ci si può chiedere, ad esempio, quanto sia conciliabile con il principio di uguaglianza di cui all’art. 3 Cost. la disposizione dell’art. 2477 c.c. in base alla quale, a parità di dimensioni economiche e dunque di volume d’affari con i terzi, la s.r.l. può nominare anche un sindaco unico o un revisore, o addirittura essere esonerata da tale sia pur ridotto adempimento come nell’ipotesi in cui abbia un capitale pari o superiore a quello minimo della s.p.a., mentre quest’ultima è sempre obbligata a dotarsi di un collegio sindacale. Una differenza di trattamento che non sembra reggere alla luce del criterio di ragionevolezza sotteso a quel principio in quanto, essendo la *ratio* dei controlli interni obbligatori riconducibile anche all’esigenza di tutelare i terzi, in particolare i creditori, contro la possibile dispersione dell’unica garanzia rappresentata per essi dal patrimonio sociale, un annacquamento dei controlli obbligatori nella s.r.l. rispetto alla s.p.a., o addirittura la loro completa eliminazione (come avvenuto con l’abrogazione dell’art. 2477, comma 2°, c.c. voluta dall’art. 20, comma 8°, d.l. 91/2014, convertito in l. 116/2014), non trovano alcuna razionale giustificazione, né in base al diverso assetto organizzativo della s.r.l. (giacché il diritto di controllo riconosciuto ai soci dall’art. 2476, comma 2°, c.c. vale a tutelare esclusivamente chi ne è portatore), né in base alle più ridotte dimensioni della medesima, in quanto, se è vero che la s.r.l. è stata pensata dal medesimo legislatore in funzione di imprese minori rispetto alla s.p.a., è però altrettanto vero che per la s.r.l. non è prevista una soglia invalicabile in aumento (come dimostra la mancata prescrizione di un capitale massimo), con la conseguenza che essa potrebbe raggiungere talora una stazza del tutto corrispondente a quella di una s.p.a., esibendo in tal caso, rispetto a quest’ultima un pari volume di affari e di ricorso al credito e, conseguentemente, un pari bisogno di protezione in capo ai terzi.

Venendo ora ad un'altra fonte indicata dall'art 117 Cost. come sovraordinata a quella legislativa italiana ordinaria, vale a dire all'ordinamento comunitario, c'è da chiedersi, ad esempio, quanto sia compatibile con quest'ultimo la disposizione contenuta nell'art. 4, comma 10-*bis* del d.l. n. 3/2015 (come inserito in sede di conversione in l. n. 33/2015) secondo la quale, al solo fine di favorire l'avvio di attività imprenditoriale e con l'obiettivo di garantire una più uniforme applicazione delle disposizioni in materia di *start up* innovative (vale a dire di imprese in forma di società di capitali o cooperativa che hanno quale oggetto sociale esclusivo o prevalente lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico), l'atto costitutivo e le successive modificazioni di tali società possono essere redatti, anziché per atto pubblico come avverrebbe in una società di capitali ordinaria, per atto informatico sottoscritto con le modalità previste dall'art. 24 del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, vale a dire addirittura con firma digitale semplice, anziché con quella autenticata di cui al successivo art. 25. Poiché, infatti, in tale caso, la stipulazione dell'atto costitutivo avverrebbe senza alcun controllo di legalità sostanziale da parte di un pubblico ufficiale, la norma - come già è stato rilevato da alcuni in sede di primo commento - potrebbe ritenersi in conflitto con l'art. 11 della Direttiva 2009/101/CE, sostitutiva della prima direttiva CEE in materia societaria, secondo il quale, in tutti gli Stati membri la cui legislazione non preveda, al momento della costituzione, un controllo preventivo, amministrativo o giudiziario, l'atto costitutivo e lo statuto delle società di capitali e le loro modifiche "devono rivestire la forma di atto pubblico".

Un secondo profilo di contrasto con il diritto comunitario potrebbe presentare l'attuale formulazione dell'art. 2477 c.c. che consente alla s.r.l. di nominare un organo di controllo anziché un revisore anche quando siano stati superati per due esercizi consecutivi due dei limiti indicati dal comma 1° dell'art. 2435-*bis* c.c. per la redazione del bilancio in forma abbreviata: formulazione la quale appare difficilmente conciliabile con la direttiva 2013/34/UE in materia di bilanci d'esercizio e consolidati (abrogativa della IV CEE), il cui art. 36 impone la revisione legale dei conti, in presenza del suddetto livello dimensionale, a tutte le imprese cui la medesima direttiva si riferisce, e dunque anche, in forza dell'allegato I che le elenca, alla s.r.l. italiana.

6. Conclusioni

Come si vede, lo smantellamento sia pur parziale del tradizionale apparato limitativo della libertà d'impresa a tutela dei terzi rappresentato dai contrappesi alla responsabilità limitata dei soci, proprio perché in forte sospetto di contrasto con fonti sovraordinate quali la Costituzione italiana e l'ordinamento comunitario sia nel merito delle soluzioni adottate che per la tecnica legislativa impiegata, finisce con il rendere il nuovo regime altamente instabile, in quanto lo espone all'esito negativo di potenzialmente numerose controversie davanti alla Corte costituzionale o alla Corte di Giustizia dell'UE. E' vero che il suddetto contrasto è apparso ad alcuni tale da giustificare, prima ancora che l'attivazione dei rimedi volti ad eliminarlo attraverso il ricorso agli organi di vertice di cui sopra, il tentativo di prevenirlo in via ermeneutica attraverso l'interpretazione adeguatrice della fonte subordinata rispetto a quella sovraordinata, come è avvenuto in materia di controlli, ed è altresì vero che tale tecnica è unanimemente ammessa (a partire dalla nostra Corte costituzionale che, in una recentissima ordinanza del 2013, a proposito della interpretazione costituzionalmente orientata, ribadisce la propria tralatizia giurisprudenza secondo cui "una disposizione di legge può essere dichiarata costituzionalmente illegittima solo quando non sia possibile attribuirle un significato che la renda conforme a Costituzione"). E' però altrettanto vero che l'interpretazione adeguatrice è stata fatta da tempo oggetto di alcuni *caveat*, fra i quali quello per cui tale forma di interpretazione, in particolare quella costituzionalmente orientata, pur sempre interpretazione è e va dunque pur sempre effettuata "entro il limite...di tolleranza ed elasticità del significante testuale" (sono parole delle Sezioni unite della Corte di Cassazione), nel senso che non può superare la regola dell'art. 12 preleggi in base alla quale il senso da attribuire alla legge è quello fatto palese non solo dall'intenzione del legislatore ma anche "dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse", pena, altrimenti, il rischio di una forzatura tale del significato in questione da sconfinare nella vera e propria ortopedia legislativa e dunque nella manipolazione del testo legislativo.

Ecco - avviandomi a conclusione - non vorrei, alla luce di quanto detto finora, che le nuove società di capitali, così come emergono, oltre che da un lungo *iter* legislativo, soprattutto dalla legislazione più recente, diventassero, causa l'assenza, o insufficienza, di contrappesi alla propagazione del beneficio della responsabilità limitata, terreno per scorribande di tipo speculativo, o quantomeno per iniziative di dubbia consistenza a danno dei terzi (come è già lecito temere in base ad uno studio recente dell'associazione sindacale dei notai della Lombardia -

presentato nella tavola rotonda tenutasi a Milano il 19 luglio 2013, da cui si apprende che, delle s.r.l. semplificate fino ad allora registrate, circa il 60% era inattivo, mentre il 90% era privo di dipendenti e il 45% aveva un capitale sociale inferiore a 500 euro).

Il sistema dei controlli societari: un quadro d'insieme*

1. *Controlli interni ed esterni, organi e procedure: una sintesi*

Tendenzialmente estraneo ai paradigmi del diritto civile, terreno elettivo dell'autonomia privata, il concetto di *controllo* è entrato con forza nel diritto societario come struttura portante dell'architettura corporativa, anzi, più precisamente, come componente essenziale della gestione dell'impresa.

L'evoluzione della realtà economica sottesa agli istituti, la progressiva articolazione dell'amministrazione societaria, la più puntuale consapevolezza della complessità degli interessi sottesi, ha prodotto nella disciplina, primaria e secondaria, l'emersione di un "corpo normativo" definibile come "sistema dei controlli" a cui la riflessione scientifica da tempo dedica analisi, rilievi critici, tentativi di razionalizzazione, proposte di riforma.

2. *I controlli interni nelle società di capitali*

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

* Si riproduce qui, con alcune modifiche, il contributo già pubblicato in «Giurisprudenza italiana», 10 (2013), pp. 2175-2181.

¹ In argomento mi permetto di rinviare, anche per ampi riferimenti, al mio ultimo lavoro in argomento: P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in «Rivista delle Società», 1 (2013), pp. 42 ss. Segnalo alcuni altri recenti lavori in cui ho trattato il tema: *I controlli societari: recenti riforme antichi problemi*, in «Banca, Borsa e titoli di credito», 5 (2011), I, p. 535; *Sistemi di controllo interno e corporate governance: dalla tutela delle minoranze alla tutela della correttezza gestoria*, in «Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni» 2 (2012), pp. 243 ss.

Precedentemente si vedano, tra i diversi scritti che ho dedicato a questa materia, *Consiglio di amministrazione e organi delegati: flussi informativi e responsabilità*, in «Le Società», 1998, pp. 899 ss; *Corporate Governance, consiglio di amministrazione, sistemi di controllo interno: spunti per una riflessione*, in «Rivista delle Società», 4 (2002), pp. 803 ss; *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 65 ss.; *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, vol. IV, t. 2, Cedam, 2004, pp. 227 ss.; *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in «Giurisprudenza commerciale», 1 (2005), pp. 435 ss; *Il sistema dei controlli interni nelle società di capitali*, in «Le Società», 3 (2005), pp.

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

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

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

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

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

Il *controllo di merito*, e cioè il controllo sull'opportunità e la convenienza economica dell'attività (più che dei singoli atti) di gestione, spetta ai soci nei confronti del consiglio di amministrazione e a quest'ultimo,

294 ss; *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, II, Utet, Torino, 2006, pp. 832 ss; *Sui controlli societari: funzioni da semplificare*, in «Il Sole 24-ore», 27 novembre 2007.

come *plenum*, nei confronti dei delegati. Si tratta di un controllo in forma di *potere di indirizzo, di condizionamento* e anche di *contrapposizione antagonistica*, con la revoca dell'amministratore o della delega, non già di sorveglianza e verifica in funzione di eventuali iniziative sul terreno della responsabilità.

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

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

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

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

In conclusione il concetto di controllo pare oggi doversi più analiticamente scomporre in tre subfattispecie: (i) *controllo di merito*; (ii) *controllo di correttezza gestionale e di adeguatezza amministrativa*; (iii) *controllo di legalità (formale e sostanziale)*.

Il *controllo* si emancipa poi dall'accezione tradizionale di "verifica *ex post*" (derivato del diritto amministrativo) e si evolve in *elemento coessenziale dell'esercizio dell'impresa e del potere amministrativo*.

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

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

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

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

4. *Controllo diretto e controllo indiretto*

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

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

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

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

I controlli indiretti, proprio perché molteplici articolati e diffusi, contengono in sé maggiori risorse di *feedback* e quindi di "autocorrezione", ma, proprio perché si fondano sui controlli diretti (i c.d. "controlli di linea"), rischiano anch'essi un "*default a catena*" in caso di carenza o di inefficacia

di questi e richiedono quindi un apposito presidio attraverso l'istituzione di un appropriato sistema di "controllori dei controllori".

5. *Controllo e vigilanza*

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

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

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

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

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

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

6. *Il dovere di vigilanza sugli assetti organizzativi*

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

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

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

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

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

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

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

7. *Il d. lgs. 231/2001: profili generali. L'istituzione del modello 231: onere o obbligo? Recenti riforme (art. 14, 12° co., L.183/2011)*

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

² Mi permetto di rinviare, anche per i riferimenti, al mio *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011, , in particolare *L'organismo di vigilanza (d. lgs.*

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

Vero è anche però che l'art. 2381 impone agli amministratori di dotare la società di assetti organizzativi adeguati: là dove il rischio da reato, e quindi il rischio di sanzione per la società, non sia insignificante, la mancata predisposizione del modello – come ha sancito il Tribunale di Milano³ – costituisce *anche* un inadempimento agli obblighi degli amministratori di predisporre assetti organizzativi adeguati.

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

La norma ha suscitato reazioni opposte.

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

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

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

231/2001): *profili di diritto societario*, pp. 203 ss., nonché ID., *Organismo di vigilanza 231 e sistema dei controlli*, in «Giurisprudenza commerciale», 4 (2009), I, pp. 643 ss.; ID., *Organismo di vigilanza 231 e gruppi di società*, in «Analisi giuridica dell'economia», 2 (2009), pp. 383 ss. Sul tema vedi da ultimo SACCHI, *L'organismo di vigilanza ex d. lgs. n. 231*, in «Giurisprudenza commerciale», 6 (2012), I, pp. 851 ss.

³ Cfr. Trib. Milano, 13 febbraio 2008, n. 1774, reperibile sul sito www.confindustria.it.

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

8. *La disciplina antiriciclaggio*

La disciplina antiriciclaggio (d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231)⁴ si innesta anch'essa nel complesso reticolo della normativa sui controlli, articolandosi su alcune linee direttrici, che possono così sintetizzarsi.

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

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

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

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

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

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

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

⁴ Ho trattato il tema in *Corporate governance, sistema dei controlli e procedure antiriciclaggio, in Riciclaggio e corruzione: prevenzione e controllo tra fonti interne e internazionali* (Atti del Convegno CNPDS, Fondazione Courmayeur, 28-29 settembre 2012), Milano, Giuffrè, 2013, pp. 78-98.

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

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

Un ulteriore tassello nel “reticolo” dei controlli.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

11. *La corporate governance nel settore assicurativo e nel settore bancario*

Significative indicazioni emergono, in materia di controlli, sia dal settore bancario sia dal settore assicurativo⁵.

Il Regolamento ISVAP, 20 marzo 2008, n. 20, disciplina la materia con particolare analiticità, collegando strettamente – in materia di controlli interni, di componenti del sistema, di flussi informativi, di gestione dei rischi, di esternalizzazione – le regole aziendalistiche con i precetti normativi⁶ e affronta con una disposizione specifica (art. 17), il tema – di rilievo sistematico generale – del *coordinamento tra organi di controllo* affidato ad un regolamento del consiglio di amministrazione.

La norma prevede espressamente che «l'organo amministrativo definisce e formalizza i collegamenti tra le varie funzioni a cui sono attribuiti compiti di controllo⁷» e rinvia dunque alla autonomia privata la soluzione di uno dei problemi più delicati in materia di amministrazione e controllo, area del diritto societario su cui incombe il grave interrogativo se la pluralità di istanze di controllo stimoli sinergie virtuose o produca invece inefficienti sovrapposizioni o duplicazioni.

⁵ Rinvio, in argomento, al mio *La corporate governance degli intermediari finanziari: profili di diritto speciale e riflessi sul diritto societario generale*, in *Liber amicorum Pietro Abbadessa. Società, banche e crisi d'impresa*, Torino, UTET, 2014, pp. 2167-2191.

⁶ Di particolare interesse la nozione di “Alta Direzione”, che getta un ponte tra diritto societario e diritto dell'impresa; la disciplina delle funzioni di controllo - revisione interna, *risk management* e *compliance* - di cui si individuano analiticamente le articolazioni operative; le disposizioni in materia di gruppo assicurativo.

⁷ La norma secondaria stabilisce infatti che «l'organo di controllo, la società di revisione, la funzione di revisione interna, di *risk management* e di *compliance*, l'organismo di vigilanza di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, l'attuario incaricato e ogni altro organo o funzione a cui è attribuita una specifica funzione di controllo collaborano tra di loro, scambiandosi ogni informazione utile per l'espletamento dei rispettivi compiti. L'organo amministrativo definisce e formalizza i collegamenti tra le varie funzioni a cui sono attribuiti compiti di controllo».

In effetti il combinarsi virtuoso di autonomia privata, norme secondarie, norme primarie può consentire – se l'equilibrio è raggiunto – la realizzazione di una regolazione efficace della materia, com'è avvenuto per altri profili, quale, ad esempio il tema delle operazioni con parti correlate⁸.

La legislazione bancaria⁹, ancorché ispirata ai peculiari profili di tutela del risparmio, è storicamente anticipatrice di ulteriori interventi legislativi in materia di emittenti quotati e di società di diritto comune. Per quanto attiene più direttamente alle regole relative alla gestione e ai controlli, si può osservare quanto segue.

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

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

Di particolare interesse infine la disciplina del *gruppo*: oltre all'art. 61, 4° co., t.u.b., è da segnalare la recente – 2011 – previsione della potestà regolamentare della Banca d'Italia in materia di “*governo societario, organizzazione amministrativa e contabile, nonché di controlli interni e sistemi di remunerazione e di incentivazione di gruppo*” [art. 67, 1° co. lett. d), t.u.b.].

La disciplina regolamentare vede come primo intervento rilevante la Circolare della Banca d'Italia del 1985, oggi abrogata, in tema di collegio sindacale.

Seguono le *Istruzioni di Vigilanza per le Banche* (30 luglio 1996; 21 aprile 1999) in cui si formulano linee direttrici in materia di amministrazione, con particolare riferimento alla struttura delle deleghe e alla funzione di sovraordinazione della gestione aziendale in capo al direttore generale.

⁸ Mi permetto, sul punto, di rinviare al mio *Le operazioni con parti correlate*, in «Giurisprudenza commerciale», 3 (2011), I, pp. 319 ss.

⁹ Vedi ora, per tutti, la ormai monumentale opera di R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, 5^a ed., Bologna, 2012. Per una trattazione specifica degli argomenti qui affrontati si veda A. MINTO, *La governance bancaria tra autonomia privata ed eteronomia*, Padova, 2012. Sul mercato mobiliare si veda ancora R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, 8^a ed., Torino, 2013; e cfr. altresì F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, 6^a ed., Torino, 2012.

Con le *Istruzioni di Vigilanza per le Banche* del 9 ottobre 1998, si impone un dovere di coordinamento e di raccordo tra l'organo di controllo e gli ispettorati interni.

Il provvedimento del 04/03/2008 *Disposizioni di Vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche*, rappresenta, poi la svolta significativa nel tentativo di fornire una regolamentazione organica e sistematica della materia.

Le disposizioni si articolano in *Principi generali* e *Linee applicative*, secondo le tecniche della c.d. "*Better regulation*" al fine di creare, nel rispetto del criterio di proporzionalità, "*la chiara distinzione dei ruoli e delle responsabilità, l'appropriato bilanciamento dei poteri, l'equilibrata composizione degli organi, l'efficacia dei controlli, il presidio di tutti i rischi aziendali, l'adeguatezza dei flussi informativi*".

Si prevede la predisposizione del *progetto di governo societario* che deve essere caratterizzato da una valutazione complessiva di tutti gli elementi attinenti alla struttura organizzativa, ai diritti degli azionisti, alla struttura finanziaria, al raccordo tra organi e funzioni aziendali. Sussumibili in caso di gruppo nel progetto di governo societario della capogruppo.

Le disposizioni più significative in materia di *controlli* possono individuarsi nella previsione della responsabilità dell'organo di controllo di "*vigilare sulla funzionalità del complessivo sistema dei controlli interni*" e nella specifica previsione dell'obbligo dell'organo di vigilanza di vigilare "*sull'adeguatezza del sistema di gestione e di controllo dei rischi*".

Si prevedono linee applicative specifiche in relazione ai flussi informativi, al coordinamento, nel gruppo, tra organi di controllo delle controllate, agli obblighi di verifica periodica, al coordinamento con il soggetto incaricato del controllo contabile.

In attuazione delle *Guidelines on Internal Governance* dell'EBA del 27 settembre 2011 il Governatore della Banca d'Italia ha emanato il Provvedimento 11/01/2012 che completa il sistema di *Corporate Governance* delle banche italiane con linee di indirizzo per "un governo efficace unitario e coerente dei rischi"; una chiara determinazione *ex ante* dei livelli di rischio; un approccio *integrato* - il punto è decisivo - ai rischi, nella loro più ampia accezione (rischi di credito, di mercato, operativi, reputazionali, di liquidità, *funding* etc.); un adeguato contributo e coinvolgimento delle funzioni aziendali competenti (in primis, *compliance*, *risk management*, pianificazione strategica), anche attraverso la partecipazione ai lavori del *board* oppure, ove costituiti, dei comitati interni ad esso.

Il secondo "pilastro" del provvedimento riguarda le disposizioni sulle professionalità e la composizione quali-quantitativa degli organi e

sulle regole per una migliore funzionalità in termini di procedure, metodi di lavoro, flussi informativi, tempistiche delle riunioni.

Infine le nuove disposizioni di Bankitalia (*“Disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche, sistema dei controlli interni, sistema informativo e continuità operativa”*, 15° aggiornamento 2 luglio 2013) si pone come risposta analitica ma organica e sistematica ai problemi in materia di gestione e controllo dell’impresa.

Ruolo essenziale del sistema di controllo nella *governance*, differente tipologia dei controlli, funzionalità dei controlli alla correttezza di gestione, priorità del coordinamento dei controlli, centralità della gestione del rischio sono concetti e principi espressi esplicitamente e tradotti in previsioni regolamentari.

In particolare si intende regolare, lo snodo cruciale nell’intera materia e cioè il problema del coordinamento delle funzioni di controllo, interne ed esterne. Si prevede infatti che «per assicurare una corretta interazione tra tutte le funzioni e organi con compiti di controllo, evitando sovrapposizioni o lacune, l’organo con funzione di supervisione strategica approva un documento nel quale sono definiti i compiti e le responsabilità dei vari organi e funzioni aziendali e societarie di controllo, i flussi informativi tra le diverse funzioni/organi e tra queste/i e gli organi aziendali e nel caso in cui gli ambiti di controllo presentino aree di potenziale sovrapposizione o permettano di sviluppare sinergie, le modalità di coordinamento e di collaborazione».

Le nuove Disposizioni di Vigilanza, rappresentano un riuscito tentativo di disciplinare la materia con pervasività, analiticità, completezza e organicità; con indicazioni puntuali per il diritto comune.

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

La riforma del diritto societario ha elevato, come già si è osservato¹⁰, i principi di corretta amministrazione a clausola generale di comportamento degli amministratori, prima espressamente contemplata soltanto per le società quotate [arg. *ex art.* 149, lett. b) t.u.f.].

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

¹⁰ Vedi *supra* § 2.

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

Atteso il carattere ormai sistematico della disciplina del gruppo¹¹ discende poi che l'adeguatezza degli assetti organizzativi non può essere circoscritta alla società-isola, ma deve essere considerata necessariamente nella dimensione di gruppo.

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

Senza poter entrare qui nei dettagli dell'articolazione operativa dei modelli, mi limito a segnalare come, a mio avviso, un utile strumento di coordinamento, possa ravvisarsi nel *regolamento di gruppo*.

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

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

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

E il problema centrale consiste, a mio avviso, nell'individuare regole

¹¹ In argomento sia consentito il rinvio al mio *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in «Rivista delle Società», 2/3 (2007), pp. 317 ss. e *Società per azioni, corporate governance, e mercati finanziari*, cit., pp. 255 ss.; *Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. Sbisà ("Commentario alla riforma della società," diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari), Milano, 2012.

efficaci per il *coordinamento tra organi e funzioni*, questione peraltro strettamente connessa al tema delle sovrapposizioni.

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

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

Ma il quadro regolatorio rimane, a mio parere, frammentario e meritevole di razionalizzazione anche attraverso specifici adeguamenti della disciplina codicistica e speciale vigente¹².

¹² Ho formulato alcune proposte di riforma in *Il sistema dei controlli nella spa e nella srl: proposte di riforma*, in «Il Nuovo Diritto delle Società», 12 (2012), pp. 9 ss. e in *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, cit., pp. 42 ss.

Le nuove s.r.l. senza (o quasi) capitale sociale

Nel 2012, come è noto, sono state introdotte nuove forme di s.r.l., alcune più facilmente collocabili all'interno del tipo, altre con connotati tali da essere meno facilmente inquadrabili in quest'ultimo. S.r.l. semplificate, a capitale ridotto, *start-up* innovative sono state previste, disciplinate, modificate in un brevissimo arco di tempo.

Il d. l. 24 gennaio 2012, n. 1 (Decreto sulle liberalizzazioni) ha introdotto un nuovo articolo nell'ambito della disciplina codicistica della s.r.l., il 2463 *bis*, che regolava la società a responsabilità limitata semplificata. Tale disciplina risultava poi incisivamente modificata dalla legge di conversione del 24 marzo 2012, n. 27.

Successivamente il d. l. 22 giugno 2012, n. 83 (Decreto crescita) ha previsto, nell'art. 44, la società a responsabilità limitata a capitale ridotto, senza alcun inserimento di tale disciplina nel contesto del codice civile. La norma è stata poi arricchita dalla legge di conversione del 7 agosto 2012, n. 134.

Occorre aggiungere il Decreto del Ministro della Giustizia del 23 giugno 2012, n. 138, che ha delineato il contenuto *standard* dell'atto costitutivo della s.r.l. semplificata.

Il d. l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito nella legge 17 dicembre 2012, n. 221, nel disciplinare le misure per la nascita e lo sviluppo di imprese *start-up* innovative, ne prevedeva i requisiti qualificandole come società di capitali, costituite anche in forma cooperativa. Con particolare riferimento alla s.r.l. sono state introdotte, oltre che riduzioni degli oneri per l'avvio, deroghe al diritto societario (sia pure con una durata limitata nel tempo)¹.

“L'atto costitutivo della start-up innovativa in forma di società a responsabilità limitata può creare categorie di quote fornite di diritti diversi e, nei limiti imposti dalla legge, può liberamente determinare il contenuto delle varie categorie” anche in deroga al principio di proporzionalità dei diritti rispetto alla partecipazione ed alla norma sui diritti particolari. Infatti *“l'atto costitutivo della società può creare categorie di quote che non attribuiscono diritti di voto o che attribuiscono al socio diritti di voto in misura non proporzionale alla partecipazione da questi detenuta ovvero diritti di voto*

¹ Sulle *start up* innovative v., di recente, E. FREGONARA, *La start up innovativa. Uno sguardo all'evoluzione del sistema societario e delle forme di investimento*, Giuffrè, Milano, 2013, a cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

limitati a particolari argomenti o subordinati al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative.”.

E ancora: *“le quote di partecipazione in start-up innovative in forma di società a responsabilità limitata possono costituire oggetto di offerta al pubblico di prodotti finanziari”.*

“Il divieto di operazioni sulle proprie partecipazioni non trova applicazione qualora l’operazione sia compiuta in attuazione di piani di incentivazione che prevedano l’assegnazione di quote di partecipazione a dipendenti, collaboratori o componenti dell’organo amministrativo, prestatori di opera e servizi anche professionali.”; infine l’atto costitutivo può “prevedere, a seguito dell’apporto da parte dei soci o di terzi anche di opere o servizi, l’emissione di strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi, escluso il voto nelle decisioni dei soci”.

Come risulta anche solo da questi rapidi cenni, le *start up* innovative possono essere costituite in forme differenti, che comprendono tutti i tipi di società capitalistiche, le cooperative, le società europee, purché non quotate. Sono previsti numerosi requisiti che concernano la compagine sociale, il tempo e le modalità della costituzione, la sede, le dimensioni, la distribuzione degli utili, l’oggetto, le modalità della produzione. Sono soggette a particolari regole di pubblicità, godono di una serie di vantaggi sotto vari profili (fiscale, del diritto del lavoro, del diritto fallimentare), “godono” altresì di alcune “deroghe al diritto comune”. Queste ultime concernano, in alcuni casi, tutte le società (in particolare sotto il profilo della disciplina delle perdite del capitale sociale), in altri solo le s.r.l.

Come si è visto, possono essere create categorie di quote, in particolare senza diritto di voto o con diritto di voto non proporzionale alle partecipazioni o limitato o condizionato. Inoltre le quote di partecipazione *“possono costituire oggetto di offerte al pubblico di prodotti finanziari, anche attraverso i portali per la raccolta di capitali”.* Oltre alla possibilità di emettere strumenti finanziari ed al venir meno, a certe condizioni, del divieto di compiere operazioni sulle proprie partecipazioni. Si tratta, come insistentemente sottolineato dallo stesso legislatore, che richiama puntualmente le norme di diritto comune, di una serie di deroghe, anche vistose, alle regole della s.r.l. Risulta peraltro evidente, per quanto non derogato, che si applica la disciplina di diritto comune.

Le norme “speciali” o forse meglio “eccezionali” applicate alle s.r.l. *start up* innovative si collocano su due piani nettamente distinti: infatti, in alcuni casi, si tratta di regole che consentono operazioni altrimenti inammissibili (emissioni di categorie di quote, di strumenti finanziari,

operazioni sulle proprie quote); in un caso (la possibilità di offerta al pubblico di quote) del venir meno di un tratto caratterizzante il tipo s.r.l., che si contraddistingue appunto, tra l'altro, per il suo carattere "chiuso". Ciò significa, in altre parole, che la disciplina della s.r.l. viene estesa dal legislatore anche a società "aperte".

Ma il processo evolutivo non era ancora terminato. Con il d. l. c.d. del fare del 28 giugno 2013, n. 76, convertito nella legge 9 agosto 2013, n. 98, il legislatore ha modificato la disciplina della s.r.l. semplificata, ha abrogato la s.r.l. a capitale ridotto, ha ammesso per tutte le s.r.l. la possibilità di costituirsi con un capitale inferiore ai 10.000,00 euro².

La s.r.l. semplificata può oggi essere costituita da persone fisiche di qualsiasi età e nominare anche amministratori estranei: il capitale sociale deve essere compreso tra 1 e 9.999,99 euro, costituito da conferimenti in denaro interamente versati. Può essere solo adottato uno statuto corrispondente a quello *standard* contenuto nel regolamento ministeriale. In presenza di tali presupposti, non sono dovuti onorari notarili e non sussistono costi per la registrazione.

In ogni caso possono costituirsi s.r.l. con capitale inferiore a 10.000,00 euro: in tale ipotesi la quota degli utili netti risultanti dal bilancio regolarmente approvato, destinati a formare la riserva legale, deve essere di almeno un quinto degli stessi fino a quando la riserva, unitamente al capitale sociale, abbia raggiunto l'importo di euro 10.000,00. La riserva così costituita può essere solo imputata a capitale ovvero destinata alla copertura di eventuali perdite, con l'obbligo di reintegrarla qualora diminuisca per qualsiasi ragione.

Da ultimo all'inizio del 2015 è stata modificata la disciplina delle *start up* e sono state introdotte le P.M.I. innovative.

Come si è già osservato, nell'ambito della disciplina delle *start up* innovative sono previste regole peculiari in tema di riduzione del capitale per perdite sia con riferimento alla fattispecie della perdita superiore al terzo, sia in relazione all'ipotesi di quella oltre al minimo. Come è stato efficacemente rilevato, "*alle procedure, già di per se favorevoli alla prospettiva della continuazione dell'attività anche con un capitale ridotto, il decreto deroga*

² Sulle nuove s.r.l., v., per tutti, di recente, M.S. SPOLIDORO, *Una società a responsabilità limitata da tre soldi (o da 1 euro?)*, p. 1085 ss., in «Rivista delle società», 6 (2013), pp. 1085 ss.; F. TASSINARI, *“Ne sexies in idem”*. La ricerca del legislatore italiano di semplificare la costituzione delle s.r.l., in «Società contratti bilancio revisione», 9 (2013), pp. 8 ss.; A. BUSANI, *Le nuove società a responsabilità limitata e le nuove s.r.l. con capitale inferiore a dieci mila euro*, in «Le Società», 2013, pp. 1068 ss.

sensibilmente, in un caso estendendo, nell'altro concedendo, un periodo di grazia per le start up innovative"³.

Invero l'art. 26 del Decreto sviluppo, al primo comma, stabilisce che, in caso di perdita oltre al terzo del capitale sociale, quest'ultima deve risultare a meno di un terzo entro il secondo esercizio successivo. Per contro, in caso di perdita che riduca il capitale al di sotto del minimo, l'assemblea, convocata senza indugio dagli amministratori, può sia ridurre immediatamente il capitale e contemporaneamente aumentarlo ad una cifra non inferiore al minimo, sia rinviare tale decisione alla chiusura dell'esercizio successivo senza che operi la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale. Se entro l'esercizio successivo il capitale non risulta reintegrato al di sopra del minimo, l'assemblea deve adottare i noti provvedimenti e quindi o ridurre e aumentare il capitale almeno al minimo, o trasformare la società, o porla in scioglimento.

Si tratta quindi di disposizioni che derogano in modo sensibile alla disciplina comune sia della s.p.a. sia della s.r.l., anche se vengono in considerazione, come tutte le regole peculiari delle *start up*, per un periodo limitato di tempo e precisamente per i primi cinque anni dalla costituzione.

La norma, come appare anche da una veloce lettura, introduce una deroga in qualche misura costruita simmetricamente a due fattispecie profondamente disomogenee. La riduzione del capitale per perdite rilevanti superiori al terzo ha esclusivamente una funzione di allarme per i creditori e i terzi in genere al fine di far conoscere agli stessi che la misura del capitale è stata parzialmente mutata. Profondamente differente è per contro l'ipotesi in cui il minimo del capitale, che il legislatore ritiene necessario, sia stato eroso da perdite rilevanti: tant'è vero che, in un caso, viene richiesto un intervento puramente eventuale da parte dell'assemblea e rinviata all'esercizio successivo la misura della riduzione del capitale ove persistente, mentre, nell'altro caso, il legislatore ritiene necessario un intervento immediato.

Possono sorgere dubbi sull'opportunità di derogare all'una e all'altra regola: se la scelta di consentire la continuazione dell'attività d'impresa anche in caso di perdite del capitale sociale può avere una sua giustificazione nell'ottica di favorire la nascita delle *start up*, meno comprensibile appare il rinvio delle misure di allerta per i creditori. Neppure appare del tutto giustificato un meccanico allungamento dei

³ E. FREGONARA, cit. (nt. 1), p. 55.

due tempi per uno stesso periodo, senza una riflessione sulla diversa rilevanza della fattispecie prese in considerazione.

Al fine di ricostruire la disciplina dettata dal legislatore, in particolare con riferimento alla perdita del capitale minimo, il suo impatto ed i possibili correttivi pare particolarmente utile un confronto con le disposizioni che sembrano collocarsi sullo stesso piano, ma che in realtà si inseriscono in uno scenario profondamente diverso: si tratta delle regole contenute nell'art. 182 *sexies* l. f. in tema di concordato preventivo e di accordi di ristrutturazione dei debiti⁴.

Come si osservava, anche in questo caso il legislatore sospende l'applicazione delle norme in tema di riduzione del capitale per perdite oltre il terzo e sotto il minimo, sia nell'ambito delle s.p.a. sia in quello delle s.r.l., per un periodo circoscritto di tempo, che va dal deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo o per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione o della proposta di accordo sino all'omologazione.

Anche in questo caso per tale periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale.

Decorso tale termine, troveranno applicazione le regole comuni con le varie alternative in caso di perdita del capitale sociale al di sopra del minimo.

Pertanto sia per le *start up* innovative sia in caso di ricorso alle procedure alternative al fallimento l'applicazione della regola "ricapitalizza o liquida" viene temporaneamente sospesa, per il periodo di un esercizio in un caso, per la durata del procedimento fino all'omologazione nell'altro.

Ed ancora: nell'uno e nell'altro ambito la prospettiva è naturalmente quella del possibile superamento della perdita e in particolare di quella più grave o perché, trattandosi di *start up*, quest'ultima è stata determinata dalle difficoltà dell'avvio ed è superabile con il successo dell'iniziativa o, trattandosi di società in concordato o che abbiano stipulato un accordo di ristrutturazione, intervengano

⁴ Cfr., da ultimi, T. ARIANI, *Disciplina della riduzione del capitale per perdite in caso di presentazione di domanda di concordato preventivo*, in «Il Fallimento», 1 (2013), pp. 112 ss.; G. D'ATTORRE, *I limiti alla disciplina societaria sulle perdite del capitale*, in «Il fallimentarista» (rivista online; caricato il 03/08/2012); U. TOMBARI, *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, in «Rivista delle Società», 6 (2013), pp. 1138 ss.; A. MUNARI, *Impresa e capitale sociale nel nuovo diritto della crisi*, Giappichelli, Torino, 2013; G. STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in «Rivista delle Società», 4 (2012), pp. 605 ss.; P. VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 322 ss.

sopravvenienze attive dovute alle esdebitazioni o finanziamenti da parte di soci o di terzi.

Ma i profili comuni non possono, a mio avviso, mettere in ombra le profonde differenze di scenari in cui le due regole si inseriscono.

In primo luogo, il legislatore fallimentare ha ritenuto opportuno prevedere una sorta di cautela per l'intervallo tra l'accertamento della perdita e il deposito della domanda, imponendo agli amministratori di gestire la società in un'ottica liquidatoria e quindi applicando la stessa regola che vale nell'intervallo di tempo tra l'accertamento della sussistenza di una causa di scioglimento e l'avvio di una fase di liquidazione con la nomina dei liquidatori. E' poi possibile superare tale intervallo proponendo, come espressamente previsto dall'art. 182 *sexies* l. f., una domanda di concordato che rende immediatamente applicabili le regole ora richiamate.

Inoltre, e la circostanza pare da sottolineare, la gestione della società durante la procedura è soggetta alle regole enunciate dall'art. 167 l. f., per cui il debitore conserva sì l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, ma sotto la vigilanza del commissario giudiziale ed inoltre gli atti di straordinaria amministrazione debbono essere autorizzati dal Giudice Delegato. Come è noto, oggi, anche in caso di concordato in bianco, il Tribunale può nominare il Commissario Giudiziale e la gestione avviene sotto la vigilanza dello stesso. In ogni caso, pertanto, pur non costituendo una gestione conservativa, si tratta di un'attività sottoposta a vigilanza e che richiede per una serie di atti l'autorizzazione da parte degli organi della procedura e quindi di carattere prudenziale.

La violazione di tali regole è poi sanzionata dall'art. 173 l. f. attraverso la revoca dell'ammissione al concordato e l'eventuale dichiarazione di fallimento, norma applicabile anche nel caso del concordato in bianco.

Per le società *start up* innovative naturalmente il contesto è profondamente diverso, trattandosi, di società non soggetta alle normali procedure concorsuali.

Come è noto, la legge 27 gennaio 2012, n. 3, che contiene disposizioni in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento, nell'attuale testo, trova applicazione al fine di porre rimedio a tali situazioni non soggette né assoggettabili a procedure concorsuali diverse da quelle regolate dalle norme in commento. Sia l'accordo di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti sulla

base di un piano, sia la liquidazione di tutti i beni del debitore sono attivabili solo a richiesta di quest'ultimo⁵.

La disapplicazione della regola "ricapitalizza o liquida" si colloca nel contesto delle varie agevolazioni concesse dal legislatore a favore delle *start up* sia pure per il periodo di tempo limitato di quattro anni, in particolare nell'ambito di quelle che concernono il diritto societario. Tuttavia appare disomogenea rispetto alle altre peculiarità che concernono tutte la s.r.l., e che sono dirette ad accentuare l'autonomia concessa ai soci per favorire il finanziamento delle medesime.

Come è noto, poi, si introduce un particolare strumento per le offerte al pubblico di strumenti finanziari emessi dalle *start up* innovative attraverso portali per la raccolta di capitali.

La previsione, da un lato, di strumenti diretti a favorire il finanziamento delle *start up* e, dall'altro, l'introduzione di una deroga relativa alle regole di allarme e di tutela in caso di perdita del capitale sociale non sembrano invero rappresentare opzioni tra di loro coerenti. Come si è osservato, *"la maggiore flessibilità in tema di ricapitalizzazione delle perdite, seppure teoricamente condivisibile, dimentica di tutelare proprio quella categoria di soggetti che la novella sulle start up innovative mira ad attrarre: i terzi finanziatori - investitori. Seppure è vero infatti che si intende in tal modo incentivare l'appeal del modello offrendo un'occasione in più di recupero in situazione di difficoltà, in realtà, attraverso lo stesso strumento, paradossalmente lo si penalizza. Pare in effetti poco provvidenziale la possibilità di rinviare una perdita che abbia superato il livello di guardia, se vi è il rischio, anche solo potenziale, di ampliare considerevolmente il passivo e di pregiudicare le stesse chances di ripresa"*⁶.

Occorre infine sottolineare che nulla pare escludere l'utilizzabilità da parte delle *start up* delle s.r.l. a capitale inferiore ai 10.000,00 euro e quindi di una società che nasce già sostanzialmente priva di capitale sociale⁷.

In tale prospettiva, così come per la s.r.l. sostanzialmente priva di capitale, appare necessario una riflessione sulla disciplina concernente gli obblighi degli amministratori alla luce dei principi di corretta gestione

⁵ V., da ultimo, R. BATTAGLIA, *I nuovi procedimenti di composizione delle crisi da sovraindebitamento dopo il maquillage della legge n. 3/2012*, in «Il Fallimento», 12 (2013), pp. 1433 ss.

⁶ E. FREGONARA, cit. (nt. 1), p. 55.

⁷ C. MONTAGNANI, *Disciplina della riduzione del capitale: impresa o legislatore in crisi?*, in «Giurisprudenza commerciale», 4 (2013), I, pp. 754 ss., in particolare p. 759.

societaria espressamente previsti per la s.p.a. e certamente applicabili anche alla s.r.l.

Da tali principi deriva l'obbligo per gli amministratori del monitoraggio dei rischi di liquidità e solvibilità al fine di verificare la sussistenza dell'equilibrio e della continuità dell'esercizio⁸. E occorre sottolineare come lo stesso legislatore faccia riferimento ad indici di tipo finanziario nel costruire la disciplina dei finanziamenti dei soci di s.r.l.

Qualora vengano individuati rischi di liquidità e solvibilità, gli amministratori, al di là dell'applicazione delle regole sul capitale, debbono adottare, in ossequio ai principi di corretta amministrazione, gli opportuni rimedi. Potrà in particolare venire in considerazione la causa di scioglimento del rapporto sociale per impossibilità sopravvenuta di conseguire l'oggetto sociale⁹ o meglio lo scopo sociale, con il conseguente passaggio ad una gestione di tipo conservativo.

Infatti, in tale prospettiva si colloca l'ipotesi di scioglimento del rapporto sociale per la sopravvenuta *antieconomicità* dell'esercizio dell'attività sociale. In questo caso non sopravvengono circostanze esterne alla società che rendano impossibile l'esercizio dell'attività comune, né circostanze interne che facciano venir meno i presupposti personali o patrimoniali - finanziari necessari per la continuazione dell'attività economica. Nel caso in esame sopravvengono circostanze che incidono non sulla possibilità di esercitare l'attività, ma sulla possibilità di conseguire il risultato a cui è diretto l'esercizio dell'attività comune.

La conclusione risulta avvalorata, nel contesto della disciplina societaria, dalla stessa rilevanza esterna del modello organizzativo. In altre parole, la riconduzione dell'antieconomicità della gestione alle ipotesi di scioglimento del rapporto sociale trova giustificazione non solo nell'ottica interna, degli interessi dei soci, ma anche nell'ottica esterna, degli interessi, in particolare, dei creditori. Come si è già osservato, i soci pongono in essere il modello organizzativo societario per conseguire uno scopo lucrativo: quando lo scopo non può essere perseguito - o perché non può essere attuata l'attività strumentale a raggiungere tale obiettivo, o perché l'attività non può conseguire il risultato - il rapporto sociale si scioglie. Nell'ottica dei rapporti esterni, l'esercizio di un'attività stabilmente ed irreversibilmente destinata a produrre perdite non può che pregiudicare gli interessi dei creditori stessi.

Ancora più radicalmente, sia pure con qualche forzatura del dato letterale, si è osservato che in ogni caso le norme in esame incontrano il

⁸ Ivi, p. 761.

⁹ Ma ivi, p. 764; e v. U. TOMBARI, cit. (nt. 4), pp. 1760 ss., a cui si rinvia per ulteriori indicazioni. Sugli obblighi di gestione conservativa v. G. STRAMPELLI, cit. (nt. 4), p. 622.

limite costituito dalla sussistenza di una “*fondata prospettiva - risultante dalla relazione degli amministratori e/o legata all’assunzione di provvedimenti gestionali idonei - di riassorbimento almeno parziale delle perdite*”¹⁰.

Certamente sia le regole in tema di *start up* sia quelle inserite nell’ambito della disciplina del concordato e degli accordi di ristrutturazione sia anche la previsione delle s.r.l. “a capitale simbolico” in qualche misura rappresentano un “*vulnus*” al ruolo ed alla rilevanza del capitale sociale nel sistema societario¹¹.

In ogni caso non ne eliminano la presenza, dal momento che la regola “ricapitalizza o liquida” è solo sospesa per un certo periodo di tempo, ma non soppressa e la s.r.l. continua ad avere un capitale, sia pure in una misura simbolica.

Tutto ciò comporta, sotto altro profilo, che acquista sempre maggior rilievo la regola concernente la rilevanza dell’equilibrio finanziario della società e che potrebbe essere tradotta nella formula “riequilibra o liquida”, che non sopprime quella tradizionale, ma si affianca ad essa.

¹⁰ C. MONTAGNANI, cit. (nt. 7), p. 770.

¹¹ Ivi, p. 759. Sui problemi concernenti il ruolo del capitale sociale cfr., di recente, G. STRAMPELLI, cit. (nt. 4); M. MIOLA, *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali*, in «Rivista delle Società», 6 (2005), pp. 1999 ss.; ID., *La tutela dei creditori e il capitale sociale: realtà e prospettive*, in «Rivista delle Società», 2/3 (2012), pp. 237 ss. E v., ancora C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, I, (“Trattato di diritto civile e commerciale”, continuato da P. Schlesinger), Giuffrè, Milano, 2012, pp. 459 ss.

L'art. 182-*sexies* legge fallimentare, ovvero il capitale sociale al tempo della crisi dell'impresa

1. *Le interferenze tra misure di salvaguardia del capitale sociale e soluzioni concordate della crisi nel diritto societario della crisi d'impresa.*

Com'è ben noto, è stato soprattutto l'anno 2102 quello in cui, dinanzi ad una crisi finanziaria sempre più devastante, il legislatore, anche sotto la spinta delle istituzioni europee, ha emanato - inaugurando un *trend* destinato ad ulteriori sviluppi - una legislazione particolarmente alluvionale nell'intento, purtroppo raggiunto solo in minima parte, di arginarla e superarla.

La particolare intensità degli interventi normativi e la circostanza che essi, avendo avuto ad oggetto incentivi di varia natura per la ripresa economica, abbiano interessato soprattutto, da un lato, le imprese costituite in forma societaria, e, dall'altro, gli istituti concorsuali deputati a perseguire una soluzione concordata delle crisi d'impresa, facendo emergere una vasta area d'intersezione e di sempre maggiore interferenza tra diritto societario e diritto concorsuale, hanno in via consequenziale dato impulso all'elaborazione di un nuovo "diritto societario della crisi"¹.

Tra le varie norme emanate in quest'ambito spiccano quelle dei cd. Decreti Sviluppo.1 e Sviluppo.2 susseguitisi a distanza di circa 4 mesi, ossia - rispettivamente - il D.L. 22 giugno 2012, n. 83 convertito in L. 7 agosto 2012, n.134, e il D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 convertito in L. 17 dicembre 2012, n. 221.

Il primo, in particolare, ha introdotto varie norme che hanno modificato l'impianto della legge fallimentare al fine di agevolare l'accesso alle procedure di concordato preventivo e di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-*bis* L.F., dando inoltre particolare risalto alla nuova figura del concordato con continuità aziendale delineata nell'art. 186-*bis*.

Tuttavia, tra le varie norme innovative, quella che forse con maggiore evidenza si è posta a cavaliere tra il diritto concorsuale e il diritto societario è l'art. 182-*sexies*, che ha disposto la temporanea paralisi, per tutta la durata del concordato, delle norme del codice civile contenenti misure poste a salvaguardia del capitale sociale in occasione di perdite superiori

¹ V. TOMBARI, *I finanziamenti dei soci e i finanziamenti infragruppo dopo il decreto sviluppo: preveducibilità o postergazione? Prime considerazioni sul diritto societario della crisi*, in www.ilfallimentarista.it, 20 dicembre 2012, p. 2.

al terzo, specie se capaci di intaccare o finanche di assorbire il capitale nella sua interezza.

La sospensione è stata prevista, quanto alle misure di salvaguardia per perdite superiori al terzo, idonee o meno che siano ad incidere sul capitale minimo, per tutte le società di capitali che, appunto, sono tenute ad avere un capitale minimo; mentre è stata prevista per le misure che scattano in caso di perdita dell'intero capitale quanto alle cooperative, per le quali, invece, essendo esse di norma caratterizzate dalla variabilità del capitale, non è prescritta una misura minima di quest'ultimo.

Più specificamente, con l'art. 182-*sexies* è stato disposto che, dalla data del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, anche nella forma del concordato in bianco, nonché della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182-*bis* ovvero della proposta di accordo di ristrutturazione a norma del sesto comma dello stesso articolo, e sino all'omologazione, non si applicano gli artt. 2446, commi 2 e 3, e 2447 c.c., nonché gli artt. 2482-*bis*, commi 3, 5, 6, e 2482-*ter* c.c., cioè le disposizioni che, rispettivamente in materia di S.p.A. e di S.r.l., impongono - in presenza di perdite superiori al terzo del capitale - l'adozione di due diverse tipologie di comportamenti sostanzialmente simili per le società sopra indicate.

Quando le perdite siano superiori al terzo, ma non abbiano intaccato il capitale minimo, l'organo amministrativo ha l'obbligo di convocare sollecitamente l'assemblea dei soci per informarli e aggiornarli con apposita relazione sulla situazione patrimoniale della società.

Nell'assemblea, i soci sono liberi di adottare i provvedimenti ritenuti più opportuni. Infatti l'art. 2446 per le S.p.A., e l'art. 2482-*bis* per le S.r.l., non pongono per i soci obblighi od oneri particolari da adempiere nell'immediatezza, ma si limitano a statuire che, se entro l'esercizio successivo la perdita non risulta diminuita a meno di un terzo, l'organo preposto all'approvazione del bilancio di tale esercizio deve ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate. In mancanza, l'organo amministrativo o di controllo devono chiedere al tribunale che venga disposta la riduzione del capitale in ragione delle perdite risultanti dal bilancio e il tribunale provvede con un decreto che è soggetto a reclamo e ad iscrizione nel registro delle imprese.

Obblighi, o meglio oneri, cui far fronte immediatamente sono previsti invece quando la erosione oltre il terzo abbia intaccato anche il capitale minimo di legge. Per tale evenienza l'assemblea dei soci - che ancora una volta deve essere convocata dall'organo amministrativo *senza indugio* - deve decidere o la riduzione del capitale in proporzione delle perdite ed il successivo aumento fino almeno al minimo di legge, ovvero, in alterna-

tiva, la trasformazione (regressiva) in una società di tipo diverso che richieda un capitale minimo più basso (ad es. da S.p.A. a S.r.l.) o addirittura non richieda alcun capitale minimo (come nel caso delle società di persone). In mancanza, opera la causa di scioglimento della società per riduzione del capitale al disotto del minimo legale o, rispettivamente, per perdita del capitale sociale, prevista, da un lato, per S.p.A., S.r.l. e S.a.p.A., dall'art. 2484, comma 1, n. 4, C.C. e, dall'altro, per le cooperative, dall'art. 2545-*duodecies* c.c..

Questa causa di scioglimento, però, non opera più, secondo quanto dispone l'art. 182-*sexies*, dal momento in cui vengono presentate le sopra ricordate domande di concordato o preconcordato o di omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti o una proposta di preaccordo di ristrutturazione, fino a quando non sopraggiunga l'omologa.

Resta peraltro ferma, soggiunge il secondo comma dell'art. 182-*sexies*, nonostante la "sospensione" della causa di scioglimento, ma solo per il periodo anteriore al deposito delle domande e della proposta suddette, l'applicazione dell'articolo 2486 c.c., che, nel regolare i poteri degli amministratori in seguito al verificarsi di una causa di scioglimento, li limita alla gestione della società ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale, divenendo, nei confronti della società, dei soci, dei creditori e dei terzi, personalmente e solidalmente responsabili dei danni conseguenti ad atti compiuti in eccesso rispetto ai limiti dei loro poteri.

Questo, in sintesi, il contenuto della nuova norma, e, al contempo, delle norme che disciplinano le misure di salvaguardia di cui la prima dispone la sospensione.

L'art. 182-*sexies* L.F., però, non è stata l'unica norma che ha bloccato l'operatività delle misure poste a salvaguardia del capitale, poiché, a distanza di soli quattro mesi, come si diceva, è intervenuto il "Decreto Sviluppo *bis*", che ha introdotto la nuova figura della start up innovativa, e per essa ha a sua volta disposto, con l'art. 26, comma 1, il rinvio fisso, per la durata di un esercizio (ossia, in sostanza, di anno), delle misure da adottare ai sensi degli artt. 2446, comma secondo, e 2482-*bis*, comma quarto, 2447 o 2482-*ter* del codice civile, precisando che, fino alla chiusura dell'esercizio successivo, "non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, punto n. 4), e 2545-*duodecies* del codice civile".

In concreto, qui il blocco delle misure di salvaguardia non dipende dall'accesso ad una procedura di composizione concordata della crisi ed opera autonomamente come mera ragione di proroga di tali misure per una durata che, diversamente da quella stabilita variabilmente dall'art.

182-*sexies* in rapporto alla diversa durata che può avere ciascun procedimento di composizione della crisi, è qui predeterminata in quella di un esercizio.

Alla luce di questo doppio intervento normativo può farsi subito una prima considerazione: il legislatore ha ritenuto che, in una situazione di crisi, fosse necessario tutelare a tutti i costi l'impresa e promuoverne la conservazione, anche a scapito degli interessi degli altri soggetti del mercato che si pongono in rapporto con essa, *in primis* evidentemente i creditori, poiché ha temporaneamente privato costoro di quella pur minimale tutela costituita dalle misure poste a presidio dell'integrità del capitale, riguardato soprattutto in quella sua funzione di garanzia, che, peraltro, solo *de residuo* ancora gli viene riconosciuta, in aggiunta a quella produttiva e a quella informativa.

Non entro nel merito dell'utilità e dell'efficacia - finora apparentemente alquanto modeste - di questo duplice intervento normativo.

Mi limito ad osservare però, da un lato, che quella situazione generalizzata di crisi che ha propiziato l'intervento normativo si spera non duri per sempre, mentre il legislatore non ha circoscritto affatto temporalmente la durata delle nuove norme, e da questo punto di vista non è irragionevole preconizzare il sopravvenire di un effetto da *overshooting*.

Dall'altro, forse la fretta ha giocato in senso fortemente negativo sull'emanazione della norma in commento, poiché la disciplina sospensiva introdotta con l'art. 182-*sexies* sembra solo in parte coerente con lo scopo prefigurato dal legislatore, per altra parte risultando invece quanto meno inutile e superflua, amplificando il suddetto effetto da *overshooting*, come fra poco cercherò di evidenziare.

Non senza prima osservare che una verifica in termini di effetti da *overshooting* dovrebbe peraltro costituire un dato costante nell'esame dei nuovi istituti normativi introdotti per risolvere i più diversi problemi socio-economici.

Tali istituti, infatti, sono rimedi che agiscono allo stesso modo dei farmaci: producono quasi sempre qualche effetto positivo sulla patologia che si vorrebbe curare, ma hanno anche inevitabilmente controindicazioni e negativi effetti collaterali.

Di seguito cercherò di segnalare - per quanto in modo necessariamente sommario - prima gli effetti positivi che l'art. 182-*sexies* può o vorrebbe realizzare, e subito dopo le controindicazioni e gli effetti collaterali che possono derivarne in sede applicativa.

2. *Gli effetti positivi*

Il primo effetto positivo che può riconoscersi all'art. 182-*sexies* è quello di aver eliminato un margine d'oggettiva incertezza che prima sussisteva circa l'applicabilità o meno delle norme in materia di salvaguardia del capitale per perdite oltre il terzo, anche eventualmente tali da azzerarlo, ove una società di capitali o una cooperativa intendessero accedere al concordato preventivo.

Mi riferisco a tali società perché evidentemente la questione non si è mai posta per le società di persone o per gli imprenditori individuali, visto che quelle norme di salvaguardia del capitale di cui stiamo discorrendo sono state tradizionalmente correlate alla responsabilità limitata, e quindi sono rimaste sempre estranee ai soggetti tenuti - istituzionalmente - ad una illimitata responsabilità.

Dicevo che la soluzione circa l'applicabilità di quelle norme in caso di concordato era controversa, anche se la maggioranza di dottrina e giurisprudenza si era espressa nel senso di ritenere sospesa l'applicazione di quelle norme, sia per effetto della prevista riduzione delle passività attraverso il concordato, che avrebbe inciso sulla stessa emersione delle perdite stanti le sopravvenienze attive realizzate per effetto della falcidia concordataria, con conseguente modificazione (in senso migliorativo) della situazione patrimoniale della società; sia per la sussistenza, nell'ambito del procedimento concordatario, di garanzie formali per i creditori e per i terzi, comparabili, se non superiori, a quelle sottese alla disciplina codicistica, attesa la presenza ed il controllo pervasivo del Tribunale e la previsione di una pubblicità informativa sulla situazione di crisi dell'impresa ancor più efficiente di quella posta in essere con le dette norme civilistiche.

Il legislatore, quindi, si è deciso a far propria - semplicemente - la tesi giurisprudenziale prevalente, e lo ha non a caso esplicitamente ammesso nella stessa Relazione al disegno di legge per la conversione del decreto legge n. 83/2012 nella parte relativa all'art. 33, ove si legge infatti che *«la norma recepisce un orientamento interpretativo diffuso in tema di concordato preventivo (per la verità formatosi soprattutto con riguardo al concordato liquidatorio piuttosto che rispetto a quello con continuità aziendale), ma lo estende anche al procedimento di ristrutturazione di cui all'art. 182-bis, commi primo e sesto»*².

Questa spiegazione va però colta in un duplice risvolto.

² Per questa disamina, e per quella più generale sulla nuova norma, mi sia consentito un rinvio al mio primo commento: F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, Milano 2012 ("Speciali Il Civilista"), pp. 30 ss.

Uno positivo, laddove appunto il legislatore riconosce di aver fatto propria una determinata soluzione giurisprudenziale eliminando l'incertezza interpretativa prima esistente, e per di più non limitandola al concordato, ma estendendola anche agli accordi di ristrutturazione.

Uno negativo, laddove, come vedremo fra poco, ha sintomaticamente ricordato che l'orientamento pregresso si era formato in realtà *con riguardo al concordato liquidatorio piuttosto che rispetto a quello con continuità aziendale*. Su tale aspetto, però, che merita specifiche riflessioni, torneremo fra poco.

Per il momento intendo tener fede al proposito di limitarmi ad evidenziare solo gli aspetti positivi della nuova norma.

Tra i quali va annoverata, in primo luogo, come si diceva, l'eliminazione dell'antecedente incertezza interpretativa.

Si potrebbe però obiettare che l'aver semplicemente dato il crisma della legge ad un orientamento che, nei fatti, si era già imposto, sembrerebbe piuttosto sminuire l'importanza dell'intervento normativo, anziché valorizzarlo. Del resto, si potrebbe aggiungere, anche se la nuova norma si applica, per esplicita previsione del Decreto Sviluppo, solo alle procedure iniziate dopo la sua data di entrata in vigore, sì che le operazioni realizzate prima dell'11 settembre 2012 non godono delle agevolazioni previste dal sopracitato articolo, di fatto sia le une che le altre, per effetto della comune derivazione della nuova norma dalla giurisprudenza prevalente anteriore, finiscono per essere disciplinate in modo pressoché identico.

Tuttavia occorre per onestà anche osservare che non senza difficoltà l'orientamento giurisprudenziale prima affermatosi avrebbe potuto continuare a giustificare la soluzione interpretativa della sospensione appellandosi ai poteri di sorveglianza e controllo del Tribunale a tutela di creditori e terzi³. Sappiamo infatti come la S. Corte abbia di fatto progressivamente ridotto fino al lumicino tali poteri, rendendo quasi risibile affermare oggi che la tutela codicistica del capitale in caso di perdita possa trovare un equivalente compensativo nei poteri di intervento del Tribunale, possibile – secondo la Cassazione – solo nei limiti della *cd. legittimità formale e sostanziale*.

Inoltre, distonica poteva apparire quella giustificazione alla luce dei neo-introdotti accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l.fall., che non prevedono alcun pur solo residuale controllo sulla gestione della società da parte del tribunale.

³ Cfr. ad es. R. NOBILI – M. SPOLIDORO, *La riduzione di capitale*, Torino 1993 (“Trattato delle società per azioni”, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. VI), p. 330.

Alla luce di tali circostanze, deve quindi doverosamente rivalutarsi l'introduzione di una norma, come l'art. 182-*sexies*, che ha disposto la sospensione come istituto di diritto positivo, evitando che restasse frutto di un'incerta opzione interpretativa.

La dottrina ha peraltro posto in luce altri aspetti positivi.

Da un lato, infatti, si è evidenziato che con la nuova norma si è incentivato ulteriormente – e utilmente, data la situazione di crisi globale – il ricorso alle soluzioni concordate della crisi, poiché queste usualmente prevedono *“una ristrutturazione del debito che, incidendo sul passivo reale dello stato patrimoniale, sono in grado, allorché dispiegano la loro efficacia, di restituire alla società quell'equilibrio patrimoniale che aveva perso a seguito dell'incidenza della perdita sul capitale sociale. In altri termini, il legislatore consente alla disciplina del capitale sociale di restare alla finestra, per assistere all'epilogo della ristrutturazione del debito (...): qualora il percorso della ristrutturazione si chiuda positivamente, detta disciplina non avrà ragione di attivarsi ovvero si attiverà (verosimilmente) per rimediare ad uno sbilancio inferiore a quello iniziale”*⁴.

Si è altresì evidenziato, proponendo un raffronto con la coeva disciplina dei finanziamenti prededucibili, come il legislatore abbia fatto una scelta opportuna anche sul piano pragmatico, poiché *“Sia quando sospende (...) gli obblighi di ricapitalizzazione (...) sia quando provoca il finanziamento dei soci con il miraggio della prededucazione, il legislatore constata pragmaticamente che la crisi è di norma il frutto della sfiducia degli stessi soci nelle capacità di remunerazione dei conferimenti, sì che sarebbe ben poco praticata una disciplina che incentivasse il loro rilancio nella partecipazione al capitale di rischio, sembrando invece più realistico attendersi dai soci, attraverso il loro finanziamento, un più flebile segnale di fiducia nelle possibilità di restituzione del debito da parte della società risanata”*⁵.

Ancora, questa volta sotto un profilo più specifico, ma colto ancora sul piano pragmatico, si è altresì rimarcato che, secondo lo stato dell'arte precedente, *“pur potendosi affermare l'inesistenza di un obbligo di “ricapitalizzazione”, trovava comunque applicazione la norma dell'art. 2484, comma 1, n. 4, c.c., con conseguente scioglimento di tutti i rapporti contrattuali che prevedono, per regola legale o convenzionale, lo stato di liquidazione di una delle parti quale causa di risoluzione. Il tutto con il rischio che la risoluzione di detti contratti po-*

⁴ Cfr. A. ROSSI, *La governance dell'impresa in fase di ristrutturazione*, relazione svolta al V Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale “Orizzonti del diritto commerciale: l'impresa e il diritto commerciale, innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore nella crisi”, Roma, 21-22 febbraio 2014.

⁵ *Ibidem*.

*tesse pregiudicare il tentativo di continuazione dell'impresa da parte della società e senza la possibilità di essere tutelati da norme come quelle dettate dall'art. 72, comma 6, l. fall. in caso di fallimento"*⁶.

In tal caso, come si vede, è stata più specificamente posta in luce l'utilità dell'art. 182-*sexies* non tanto nella parte in cui sospende l'applicazione delle norme poste specificamente a salvaguardia del capitale, quanto piuttosto nella parte in cui ha disposto la sospensione della regola che fa scattare lo stato di scioglimento-liquidazione quando le perdite idonee ad intaccare il capitale minimo non siano state rimosse.

Intesa in questo senso più specifico, l'utilità della norma è in effetti indiscutibile, e non solo perché evita che possa attivarsi la risoluzione di contratti a causa di clausole in essi contenute che possono rendere tale risoluzione operante in presenza di una intervenuta situazione di liquidazione, ma ancor prima con riferimento a tutte le procedure di soluzione della crisi che si propongano di conservare la continuità dell'impresa.

Infatti, se mai nessuno (o solo qualcuno) ha ipotizzato che non possano accedere ad un concordato liquidativo le società che già si trovino in istato di scioglimento-liquidazione, visto che lo stesso concordato diventa in tal caso una modalità per liquidare la società; invece l'operare già in atto di una causa di scioglimento può costituire effettivamente un ostacolo alla continuazione dell'impresa, e quindi all'accesso a procedure che tale continuazione presuppongano.

In fase di liquidazione, infatti, fase destinata a provocare l'estinzione dell'ente societario, si è giustamente segnalato che *"non è possibile l'adozione di qualunque piano, risultando in particolare incompatibile con il suo necessario esito estintivo un piano in continuità aziendale c.d. soggettiva, che preveda «la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore ex art. 186-bis l. fall.»"*⁷.

Non è un caso, d'altra parte, che lo stesso art. 182-*sexies*, al secondo comma, disponga che l'organo amministrativo vede limitato il potere gestorio in senso conservativo solo per il periodo antecedente alla presentazione delle domande, riacquistando per ciò stesso l'ordinario potere gestorio - ancorché questo sia poi ovviamente limitato dalle specifiche previsioni del piano e dai poteri di controllo del Tribunale o del Giudice delegato sugli atti di straordinaria amministrazione - nella fase andante dalla presentazione delle domande fino all'omologa. Tale riacquisizione dell'ordinario potere gestorio si giustifica solo nella prospettiva di una

⁶ Cfr. G. D'ATTORRE, *I limiti alla disciplina societaria sulla perdita di capitale*, in www.IIFallimentarista.

⁷ A. ROSSI, *op. cit.*

continuità dell'impresa, che a sua volta può sussistere solo in mancanza dell'operare di una causa di scioglimento/liquidazione.

Bene quindi ha fatto il legislatore a prevedere la sterilizzazione per tutta la durata del procedimento concordatario dello stato di scioglimento/liquidazione che consegue quando i soci non intendano adottare deliberazioni atte ad eliminare la causa di scioglimento⁸. Se tale causa di scioglimento non opera, infatti, la società può proseguire l'attività d'impresa e predisporre un piano di continuità.

Infine, è stato rilevato come *“l'introduzione dell'art. 182-sexies ha fatto sì che gli amministratori, dinanzi ad una erosione del capitale minimo, si trovino non più solo di fronte all'alternativa tra ricapitalizzazione e liquidazione, residuando per costoro anche la facoltà (...) di ricercare e attuare (...) soluzioni alternative volte al risanamento dell'impresa”*⁹.

In sostanza è stata aggiunta, a quelle previste dal codice civile, un'altra opzione, quella *“secondo la quale, ai sensi dell'articolo in commento, gli amministratori possono evitare lo scioglimento per perdite rilevanti, non solo con la ricapitalizzazione della società in perdita o con la sua trasformazione, ma anche mediante una domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo oppure di omologazione di un accordo di ristrutturazione”*¹⁰.

E con ciò direi che gli effetti positivi possono dirsi esauriti e sufficientemente illustrati, ed è dunque giunto il momento di indicare gli effetti negativi collaterali e le vere e proprie controindicazioni.

3. Gli effetti collaterali e le controindicazioni

Inutile e superflua sembra anzitutto quella parte dell'art. 182-sexies orientata a sospendere anche le più blande misure previste dagli artt. 2446 e 2482-bis, laddove, cioè, le perdite oltre il terzo non abbiano intaccato il capitale minimo.

Tali misure, non a caso nella prassi definite come meramente *“attendiste”* e *“neutre”*, consentono in realtà di non assumere alcuna misura di salvaguardia del capitale, quanto meno nell'immediatezza, accontentandosi di imporre agli amministratori solo un obbligo di informativa per i soci.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Cfr. G. STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in «Rivista delle società», 4 (2012), pp. 605 ss.

¹⁰ Cfr. A. DIMUNDO, *La sospensione dell'obbligo di ridurre il capitale sociale per perdite rilevanti nelle procedure alternative al fallimento*, in «Il fallimento e altre procedure concorsuali», 9 (2013), p. 1167.

Questi si vedranno costretti ad assumere sì una misura obbligatoria, ma solo alla fine dell'esercizio successivo. Sennonchè la misura che poi dovranno obbligatoriamente assumere non garantisce affatto l'integrità del capitale, poiché obbliga solo a ridurlo in proporzione delle perdite. Come è stato ben rilevato a questo riguardo, al postutto "*quella consistente nella riduzione del capitale (nominale), e dunque del passivo (c.d. ideale), si presenta (...) in termini di (una sorta di) privilegio concesso ai soci, che vale, in particolare, a legittimarli a sottrarre gli (eventuali) utili futuri a quel vincolo di indisponibilità al quale sarebbero stati altrimenti assoggettati, in modo da renderne possibile, se del caso, la distribuzione*"¹¹.

È appena il caso di osservare, ad ogni modo, come la soluzione normativa non sembri certo valorizzare molto la funzione di garanzia del capitale, visto che non solo il provvedimento di riduzione deve assumersi a distanza di non meno di un anno, ma soprattutto che è obbligatoria la riduzione, non invece l'aumento del capitale per riportarlo allo *status quo ante*.

Ciò in ultima analisi significa che il legislatore si è preoccupato solo di rendere veritiera la risultanza contabile rispetto alla realtà dimensionale del capitale, in modo che i creditori e i terzi sappiano che le perdite hanno diminuito la garanzia su cui prima potevano contare, ma non si è preoccupato affatto di garantirli con un ripristino *in integrum* di quella garanzia.

Può quindi dirsi che avere previsto, per il concordato preventivo e per gli accordi di ristrutturazione dei debiti, la sospensione di una misura già così debole ai fini della salvaguardia del capitale, sia stato un rimedio sostanzialmente inutile, da un lato essendo davvero pochi i concordati (ma anche gli accordi di ristrutturazione, che sono spesso preceduti da preaccordi o addirittura da preconcordati), che tra domanda ed omologa vedano trascorrere più di un anno, ossia il tempo prima della cui fine i soci non sono tenuti a ridurre il capitale; dall'altro non apparendo l'obbligo di ridurre il capitale un sacrificio reale per i soci, e dunque un sacrificio tale da meritare, per agevolare l'accesso al concordato o agli accordi, che fosse introdotta la nuova misura della sospensione.

A tal riguardo è stato poi giustamente osservato che, "*se la finalità della norma in esame è effettivamente quella di evitare che l'impossibilità di procedere alla ricapitalizzazione (...) precluda il ricorso a soluzioni concordate della crisi d'impresa idonee al risanamento economico-finanziario dell'impresa, sembra ingiustificata la disapplicazione degli artt. 2446, comma 2, e 2482-bis, commi 4, 5, 6, i quali non determinano l'attivazione della regola "ricapitalizza o liquida"*

¹¹ Cfr. G. FERRI, *Capitale sociale e società di persone*, in «Rivista del notariato», 2 (2012), p. 247 ss.

*ma soltanto l'adeguamento della cifra nominale del capitale sociale a quella effettiva, operazione neutra sul piano finanziario per i soci. Nel caso in esame dunque il "sacrificio" delle esigenze informative che deriva dall'esposizione nel bilancio d'esercizio di una cifra del capitale non più esistente non pare giustificato da alcuna esigenza sostanziale nell'ottica della preservazione del valore del complesso aziendale mediante il ricorso a soluzioni concordate della crisi d'impresa"*¹².

Del resto, come osservavo prima, nella stessa Relazione al disegno di legge per la conversione del decreto legge n. 83/2012, nel riconoscere che «la norma recepisce un orientamento interpretativo diffuso in tema di concordato preventivo», si avvertiva che esso si era formato «soprattutto con riguardo al concordato liquidatorio piuttosto che rispetto a quello con continuità aziendale».

E l'esplicito riferimento al concordato con continuità aziendale tradiva chiaramente quale fosse il retropensiero del legislatore del Decreto Sviluppo: la sospensione delle misure di salvaguarda del capitale avrebbe dovuto avere, come sua connaturata finalità, quella di agevolare la riuscita delle procedure concordatarie risanatorie e conservative di imprese in grado di proseguire la propria attività, non invece delle procedure di natura meramente liquidativa e dissolutoria.

Senonché l'art. 182-*sexies* risulta confezionato in modo da potersi applicare sia ai concordati con continuità aziendale, che a quelli liquidativi, e sospende l'applicazione non solo delle misure che potrebbero in qualche modo ostacolare le imprese in continuità, ma anche delle misure che non hanno affatto tale attitudine, come, appunto, quelle degli artt. 2446 e 2482-*bis*, previste per il caso in cui le perdite oltre il terzo non abbiano intaccato il capitale minimo.

Queste misure, infatti, in nessun caso impediscono la continuità dell'impresa, che ben può proseguire sia che esse vengano assunte, sia che non lo siano.

Da un lato, infatti, se i soci provvedono, *nulla questio*; dall'altro, se non lo fanno, non scatta affatto quell'unica conseguenza che potrebbe bloccare la continuità d'impresa, ossia lo scioglimento e la messa in liquidazione della società, perché la legge una tale eventualità non la considera affatto, prevedendo che, al posto dei soci, la riduzione del capitale nominale venga ordinata dal Tribunale in modo coattivo. Lo scioglimento, dunque, non è contemplato: *tertium non datur*.

Ma se così è, ne risulta ulteriormente dimostrato quanto si voleva dimostrare: ossia che la sospensione di tali misure è del tutto ultronea ed inutile, anche perché non è previsto in tal caso che scatti la conseguenza dello scioglimento, che potrebbe, in ipotesi, impedire l'accesso ad una procedura concordataria con continuità aziendale per incompatibilità

¹² STRAMPELLI, *op. cit.*

(ancorchè solo relativa) tra scioglimento/liquidazione della società e prosecuzione dell'impresa.

La sospensione delle misure in esame appare poi non solo inutile, ma anche contraddittoria, laddove venga proposto un concordato liquidativo: non si comprende infatti la ragione per cui, dinanzi a tale esito liquidativo, la cui attuazione è già in corso, l'amministratore, se lo scioglimento non sia stato già dichiarato prima, possa continuare a gestire la società non in modo semplicemente conservativo/liquidativo, ma con i poteri propri della gestione in continuità, come gli consente l'art. 182-*sexies*, senza distinguere tra caso e caso.

Quell'utilità che non può riconoscersi alla sospensione delle misure di salvaguardia del capitale previste per il caso in cui le perdite oltre il terzo non abbiano intaccato il capitale minimo, sembrerebbe a prima vista, ma solo a prima vista, da riconoscersi invece alle misure che, per contro, sono previste quando tale capitale minimo risulti diminuito.

In tal caso la legge prevede, come già detto, tre possibili alternative.

La prima è costituita dalla riduzione del capitale e dal suo aumento almeno entro il minimo di legge.

La soluzione legislativa sembrerebbe questa volta più funzionale alla conservazione del capitale come garanzia, sia pure nel minimo legale conformativo del tipo.

Sennonché l'obbligo di aumento entro detto minimo non è cogente, poiché, in via alternativa, ossia se i soci non vogliano deliberare l'aumento, o comunque non vogliano nemmeno per altra via ripianare le perdite, l'assemblea dei soci può deliberare la trasformazione della società; solo quando poi neppure la trasformazione venga deliberata, la società si scioglie.

Lo scioglimento quindi è, a sua volta, un'alternativa, che conferma la non cogenza dell'obbligo di aumento, il quale assume piuttosto la funzione di un onere se si vuole proseguire nell'attività d'impresa, quanto meno conservando l'identità del tipo sociale originario, visto che con la alternativa soluzione della trasformazione è possibile proseguirla con un tipo sociale diverso.

Sta di fatto che, ridottosi il capitale sotto il minimo, se si vuol far proseguire l'impresa occorre o ricapitalizzare la società o trasformarla. In mancanza, la società è destinata a chiudersi previa liquidazione.

Ma proprio per questo non è affatto detto che la sospensione delle misure in esame fosse la via unica ed obbligata per consentire la continuazione dell'attività in una procedura concordataria.

Da un lato, si può fare oggi, alla luce di vari interventi normativi susseguitisi in materia, una banale osservazione pragmatica: ormai la di-

sciplina delle S.r.l. costituisce una quanto mai facile modalità di uscita dall'*impasse* in cui si trovino i soci quando il capitale minimo risulti intaccato.

Infatti ricapitalizzare una società con un capitale minimo che può essere anche di un solo euro, quando appunto si tratti di S.r.l., non sembra impresa particolarmente ardua, e tanto meno lo è assicurare la presenza di questo capitale minimo (che diverrebbe un capitale iniziale) quando si opti per la trasformazione da S.p.A. ad S.r.l..

Se, dunque, l'art. 182-*sexies* sospende la necessità di dar corso a tali alternative, esse sarebbero di poco impegno anche ove l'art. 182-*sexies* non ci fosse.

Ma la conclusione trova una definitiva ed ulteriore conferma diretta - al di là del pragmatismo dell'osservazione appena fatta - se viene correttamente compresa la pur circoscritta utilità che all'art. 182-*sexies* va senz'altro riconosciuta nella parte in cui, come ho già detto, tale norma ha disposto la sospensione delle norme che fanno dipendere dalla riduzione o dalla perdita del capitale minimo lo scioglimento/liquidazione della società.

Infatti, partendosi dal presupposto che i soci non intendano ricapitalizzare o trasformare la società, per garantire la prosecuzione dell'attività in fase endo-concordataria sarebbe bastato conseguentemente prevedere la sospensione della sola causa di scioglimento¹³.

L'intervento normativo finalizzato a tutelare le imprese in continuità avrebbe dunque avuto senso solo se avesse eliminato, e per la sola parte in cui avesse eliminato, l'ostacolo costituito dallo scioglimento che può conseguire alla mancata adozione delle misure di salvaguardia del capitale; e non è seriamente dubitabile che tale ostacolo, previsto, come si è già detto, in caso di perdite che intacchino il capitale minimo ove non siano deliberate le altre misure di ripristino del capitale o di trasformazione della società, potesse rimuoversi anche senza sospendere tali altre misure.

Da ultimo, non può sottacersi che, se certamente l'art. 182-*sexies* comunque è una forma, per quanto indiretta, di incentivo ad accedere alle misure concordate della crisi quando non solo sussista una sottocapitaliz-

¹³ D'altra parte è ormai comune l'opinione secondo cui la sospensione può operare solo a vantaggio della società e non a suo svantaggio, con la conseguenza che i soci ben potrebbero decidere di ricapitalizzare la società nonostante abbiano la facoltà di avvalersi dell'effetto sospensivo previsto dall'art. 182-*sexies*. In tal caso cesserebbe *ipso facto* anche lo stato di scioglimento/liquidazione, e a maggior ragione la società potrebbe proseguire l'attività d'impresa senza l'ostacolo costituito da tale stato.

zazione, ma al tempo stesso anche una situazione di crisi-insolvenza da intendersi nella (diversa) accezione *finanziaria* rilevante per il diritto concorsuale (e solo allora, tenuto conto che quando vi sia solo la sottocapitalizzazione troverà applicazione unicamente la disciplina codicistica di salvaguardia del capitale, mentre, ove la crisi sia solo finanziaria, troveranno applicazione unicamente le norme e le soluzioni concorsuali), rischia tuttavia di determinare un quanto mai inefficiente effetto da *overshooting* laddove non sospende, per il periodo anteriore al deposito delle domande, l'obbligo per gli amministratori di attenersi ad un gestione meramente conservativa.

È chiaro, infatti, che se le domande di concordato o di preconcordato o di omologa di un accordo o di protezione in base ad una proposta di ristrutturazione, sono divenute, in forza dell'art. 182-*sexies*, una modalità alternativa per superare anche la crisi da sottocapitalizzazione, gli amministratori, per evitare il rischio di rispondere di danni per omissione di convocazione dell'assemblea dei soci o per la mancata attuazione della pubblicità inerente allo scioglimento o per aver ritardato nel presentare una di tali domande, saranno fortemente tentati di presentarle - in modo improprio e dannoso - anche quando non ricorrano tutti i relativi presupposti, specie le domande di concordato con riserva ex art. 161, co. 6, l. fall., le sole tra le domande protettive evocate dall'art. 182-*sexies* che non richiedano una previa e seria verifica dei dati aziendali e delle concrete possibilità di ristrutturazione del debito¹⁴.

Si alza quindi, da un lato, il livello di responsabilità degli amministratori (e forse finanche dei soci, quanto meno quelli di controllo, se consapevoli della mancata adozione di misure idonee al riequilibrio finanziario o al tempestivo accesso alle soluzioni concordate); dall'altro, il rischio di una rincorsa generalizzata ed inefficiente alle soluzioni concordate.

E con ciò potrebbe dirsi esaurita anche l'illustrazione degli effetti collaterali e delle controindicazioni dell'art. 182-*sexies*, anche se, da un certo punto di vista, in tale categoria tematica potrebbero farsi rientrare anche i vari profili e problemi interpretativi ed applicativi che tale norma comunque trascina con sé.

Nonostante la sua lineare sinteticità, infatti, ma forse proprio a causa di essa, la norma sottende varie problematiche.

Intersecandosi la materia societaria e quella concorsuale, alcuni problemi derivano dalla incertezza che ancora vi è su alcuni aspetti della prima, mentre altri problemi derivano dal modo in cui l'art. 182-*sexies* ha disciplinato la sospensione delle misure di salvaguardia del capitale distinguendo nettamente tre diversi periodi: quello che precede il deposito

¹⁴ ROSSI, *op. cit.*

delle domande, quello che va dal deposito fino all'omologa, quello che va dall'omologa in poi.

4. I profili e i problemi interpretativi ed applicativi

4.1.1. La controversa applicabilità delle norme di salvaguardia alle S.r.l. semplificate

Cominciando ad analizzare i profili che originano dalla normativa societaria, uno si è posto di recente in forza dell'introduzione delle s.r.l. semplificate, e, a seguito della soppressione della s.r.l. a capitale ridotto, per la possibilità che anche la s.r.l. ordinaria possa essere costituita con un capitale inferiore ad Euro 10.000, ma non minore di un euro.

Ci si è infatti chiesti al riguardo se le misure di salvaguardia del capitale siano applicabili anche alle S.r.l. che abbiano un capitale assai ridotto e alle S.r.l. semplificate, stante in tal caso il richiamo alle disposizioni in materia di s.r.l. "in quanto compatibili" contenuto nell'art. 2463-bis, ultimo comma, c.c.¹⁵.

La soluzione positiva sembra prevalere, soprattutto tra la dottrina notarile, che ha ritenuto incompatibile la disapplicazione delle dette misure con la responsabilità limitata dei soci.

Si è detto al riguardo che *"la s.r.l. semplificata resta pur sempre società di capitali con responsabilità limitata dei soci e, quindi, non pare ammissibile il permanere di detta responsabilità limitata in una situazione di deficit del capitale sociale causata dalle perdite subite, e ciò anche se la linea di confine sia posizionata oggi ad 1 Euro, cioè ad un livello inferiore rispetto a quello delle vecchie s.r.l.. In breve, (...) le s.r.l. semplificate non possono definirsi società a capitale assente"*¹⁶. Inoltre vi è *"una serie precisa di indici sistematici che orientano verso l'applicazione degli articoli in discorso anche alla s.r.l. semplificata. Alludo in primo luogo all'art. 2545-duodecies c.c. dettato per le società cooperative - prive come è noto di un capitale minimo - che qualifica come causa di scioglimento "la perdita del capitale sociale", con il che appare abbastanza chiaro che anche le società senza capitale minimo non possono continuare ad esistere senza capitale (...) Tanto più che quando il legislatore ha ritenuto di dover prevedere una disapplicazione delle norme in tema di riduzione del capitale sociale non ha mancato di farlo. E' quanto è accaduto con le start up innovative (...) il cui art. 26 pre-*

¹⁵ L. RESTAINO, *Capitale sociale e crisi dell'impresa*, reperibile in www.deltaservizimeeting.it/assets/restaino.pdf.

¹⁶ *Ibidem*.

vede il differimento di un esercizio degli obblighi di ricapitalizzazione (...) con conseguente inoperatività della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, n. 4), e 2545-duodecies c.c.. (...) Di conseguenza (...) le sospensioni previste dall'art. 182-sexies sono destinate a trovare applicazione anche ai sottotipi di s.r.l. di recente introduzione nel nostro ordinamento, che contemplano la possibilità di costituzione della società con un capitale anche di solo 1 Euro, e precisamente la società a responsabilità limitata semplificata e quella ordinaria con capitale inferiore a Euro 10.000”¹⁷.

Indubbiamente un po' più ostica si presenta la problematica relativa al coordinamento dell'art. 182-sexies con l'art. 26 D.L. 179/2012 in tema di start up innovative: *“La deroga alla disciplina del capitale sociale presenta nelle start up innovative portata più ampia ed è destinata a trovare applicazione anche al di fuori del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione. Si pone allora la questione se i criteri di sospensione dettati dall'art. 182-sexies siano destinati a prevalere sulla disciplina in questione o viceversa. In realtà le due deroghe operano secondo criteri differenti, uno di tipo temporale rigido, l'altro di durata ricavabile per relationem, in quanto collegata all'apertura di procedure di soluzione concordata della crisi ed alla durata delle procedure stesse. Dunque, la sospensione ai sensi dell'art. 182-sexies è destinata ad operare anche qualora non siano ancora trascorsi i termini, come si è detto allungati di un anno rispetto al diritto comune, affinché nelle start up scattino gli obblighi di riduzione, e se necessario anche di ricapitalizzazione. Una prevalenza della disciplina delle start up innovative potrà invece prospettarsi qualora, nella fase di esecuzione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione, si ripresenti l'esigenza di affrontare le perdite di capitale non ripianate dalla procedura adottata e dalle modalità predisposte nel piano”¹⁸.*

4.2. *Le misure di salvaguardia e gli obblighi degli amministratori nei tre periodi contemplati dall'art. 182-sexies*

I) *Nella fase anteriore alla presentazione delle domande*

Passando ora ad esaminare le problematiche derivanti dalla distinzione in tre periodi sottesa all'art. 182-sexies, con riferimento al primo periodo occorre rilevare che la norma, da un lato, nel far scattare la sospensione delle misure di salvaguardia solo dopo la presentazione delle domande, implicitamente le lascia sopravvivere tali e quali nella fase ante-

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ *Ibidem.*

riore; dall'altro, con il secondo comma, espressamente precisa che “*Resta ferma, per il periodo anteriore al deposito delle domande e della proposta di cui al primo comma, l'applicazione dell'articolo 2486 del codice civile*”.

Sono quindi due gli aspetti da considerare, ancorché siano in parte connessi l'uno con l'altro in ragione di come gioca la responsabilità dell'organo amministrativo.

Può darsi, così, che una qualsiasi causa di scioglimento si verifichi prima che si arrivi al deposito delle domande. La prima osservazione da fare è allora che l'art. 182-*sexies* sospenderà solo la causa di scioglimento che derivi dalla perdita di capitale oltre il terzo con diminuzione contestuale del capitale minimo, mentre non sospenderà le altre cause di scioglimento.

L'art. 182-*sexies* dispone peraltro la sospensione solo a partire dal deposito delle domande.

Quando, dunque, prima del deposito delle domande, si sia verificata una perdita superiore al terzo, ma senza incidenza sul capitale minimo, non è dubbio che gli amministratori abbiano in tal caso l'obbligo di convocare senza indugio l'assemblea relazionando i soci sulla situazione patrimoniale.

L'art. 182-*sexies* produrrà in tal caso i suoi effetti sospensivi solo se prima della decisione da assumere subito per l'adozione degli opportuni provvedimenti, o entro l'esercizio successivo *sub specie* di riduzione obbligatoria del capitale, gli amministratori presentino una domanda di soluzione della crisi.

Non è poi dubbio che anche quando, prima del deposito delle domande, si sia verificata la perdita superiore al terzo con incidenza anche sul capitale minimo, gli amministratori abbiano l'obbligo di convocare senza indugio l'assemblea relazionando i soci sulla situazione patrimoniale, anche se gli artt. 2447 e 2482-*ter* non prevedono esplicitamente tale incombente informativo.

Si reputa infatti, da parte della maggioranza degli interpreti, che, siccome l'obbligo informativo è previsto per i casi di perdite oltre il terzo, tra i quali rientra comunque anche quello di contestuale diminuzione del capitale minimo regolato dagli artt. 2447 e 2482-*ter*, anche in tale ipotesi l'obbligo informativo vada assolto.

L'art. 182-*sexies* produrrà in tal caso i suoi effetti sospensivi sulle misure contemplate in dette norme solo se prima della decisione da assumere subito da parte dei soci per la ricapitalizzazione o trasformazione gli amministratori presentino una domanda di soluzione della crisi.

Se, invece, l'assemblea sia stata già convocata e i soci non abbiano deciso nell'uno o nell'altro senso, si sarà già verificata in tal caso prima del de-

posito delle domande la causa di scioglimento (purchè iscritta nel registro delle imprese, evento solo a partire dal quale prende giuridicamente avvio il procedimento di liquidazione).

La sospensione del procedimento di liquidazione, di conseguenza, per effetto della presentazione delle domande, potrà avvenire in qualsiasi stadio esso si trovi in quel momento, senza la necessità di procedere alla revoca della liquidazione¹⁹, sia che la nomina dei liquidatori sia intervenuta, sia, viceversa, che non sia ancora intervenuta²⁰.

Nel primo caso, è da ritenere che rientri nei poteri di questi ultimi quello di proporre una domanda di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione. Nel secondo caso, viceversa, spetterà ancora agli amministratori procedere all'iscrizione della causa di scioglimento e nello stesso tempo gestire la società secondo i criteri conservativi di cui all'art. 2486 c.c., sino al giorno del «passaggio delle consegne» ai liquidatori o della revoca dello stato di liquidazione (art. 2487-ter c.c.) o del deposito della domanda di concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione o della proposta ex art. 182-bis, 6° comma, l. fall.²¹

È altresì opinione prevalente che non occorra invece in tale ipotesi convocare l'assemblea anche per la nomina dei liquidatori, essendo assorbente l'avvio della procedura di soluzione concordata della crisi, rispetto alla quale, da un lato, lo stato liquidativo resta sospeso, e, dall'altro, risulta conseguentemente superflua o comunque ancora prematura la nomina dei liquidatori.

Sotto altro profilo, peraltro, si pone anche il problema di stabilire in che modo coordinare i poteri conservativi degli amministratori ante-domanda, con la presentazione stessa della domanda.

¹⁹ F. BRIOLINI, *La gestione dell'impresa azienda e la conduzione della società nelle procedure di composizione negoziale delle crisi*, Relazione svolta al Convegno su «Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento» (Lanciano, 25-26 gennaio 2013).

²⁰ RESTAINO, *op. cit.*

²¹ Sulla generale tematica dei poteri e degli obblighi degli amministratori in una situazione di crisi cfr. F. BRIZZI, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori*, in «Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni», 10 (2008), pp. 1040 ss., 1083 ss.; M. MIOLA, *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell'insolvenza*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, I, Napoli, 2011, pp. 611 ss., 628 ss.; A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva della continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 838 ss.; D. GALLETTI, *Gli obblighi degli organi sociali dopo il deposito della domanda di concordato o di omologazione di accordo di ristrutturazione*, in www.ilfallimentarista.it, 7 gennaio 2013, p. 2; STRAMPELLI, *op. cit.*, pp. 630 ss., 649 ss.

Secondo un'opinione, l'interpretazione "coordinata" degli artt. 152 e 161 l.fall. e degli artt. 2446-2447 e 2482-bis/ter c.c. induce a ritenere necessario, per la salvaguardia dei diritti partecipanti al capitale e senza pregiudizio dell'interesse dei creditori, il coinvolgimento dell'assemblea dei soci nel processo decisionale di "scelta" e "definizione" della soluzione negoziale, nell'ipotesi (peraltro statisticamente più frequente) in cui la crisi d'impresa si collega alla perdita del capitale sociale²².

Questa tesi, che non può condividersi nella sua assolutezza laddove sembra suscettibile di espropriare in via indistinta ed omnicomprensiva l'organo amministrativo, senza che lo consenta alcuna deroga normativa, dell'autonomo potere - conferitogli dall'art. 152 L.F. salva diversa previsione statutaria - di presentare le domande di soluzione concordata della crisi, può considerarsi plausibile solo quando queste abbiano ad oggetto la continuità dell'impresa.

Qualora infatti si presenti già da subito, o - se si tratti di preconcordato - si preveda già da subito di depositare successivamente un piano di continuità pura, è ragionevole credere che occorra una delibera sociale integrativa, poiché la prosecuzione dell'impresa presuppone che dopo l'omologa si adottino le misure di salvaguardia del capitale, che, inutile dirlo, possono deliberarsi già da subito, ma con patto di condizionamento all'omologa, e che in ogni caso pertengono ai poteri dei soci.

II) *Nella fase intermedia compresa tra la presentazione delle domande e l'omologa*

Quanto alla fase intermedia compresa tra la presentazione delle domande e l'omologa, occorre ancor più rimarcare che non soltanto quella disposta dall'art. 182-sexies non è - trattandosi solo di sospensione - una disapplicazione definitiva, ma che non è neppure totale rispetto alle misure di salvaguardia del capitale.

Gli specifici richiami soltanto ai commi secondo e terzo dell'art. 2446 per le S.p.A., e ai commi quarto, quinto e sesto dell'art. 2482-bis per le S.r.l., lasciano desumere infatti che la sospensione non riguarda gli obblighi di convocazione dell'assemblea dei soci e di informativa posti a carico dell'organo amministrativo dal comma primo dell'art. 2446 e dai primi 3 commi dell'art. 2482-bis.

Quest'obbligo (con i relativi doveri di informativa), che poteva - nell'interpretazione data alla disciplina previgente - considerarsi anch'esso sospeso in corso di procedura concordataria, è invece espres-

²² F. GUERRERA, M. MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di "riorganizzazione"*, in «Rivista delle società», 1 (2008), p. 17.

samente sottratto alla sterilizzazione. Il che fa ritenere che la sua cogenza e vigenza sia stata volutamente affermata dal legislatore, il quale lo ha intenzionalmente sottratto alla deroga.

Ebbene, la maggioranza degli interpreti condivide l'idea che anche dopo il deposito delle domande di accesso alle soluzioni concordate della crisi l'organo amministrativo – se non lo abbia fatto già prima – debba convocare l'assemblea dei soci e illustrare la situazione patrimoniale, obbligo di convocazione che – quanto alla società per azioni – trova fonte anche nell'art. 17 della Seconda direttiva CE in materia di società, benché poi i soci restino liberi di adottare, ma anche di non adottare, alcuna misura di salvaguardia del capitale, stante l'effetto sospensivo che ad esse si applica in forza dell'art. 182-*sexies*.

Tale obbligo di convocazione vale peraltro, per quanto già detto poc'anzi, anche nel caso in cui le perdite superiori al terzo abbiano intaccato il capitale minimo, sebbene, non essendo articolati in più commi gli articoli 2447 e 2482-*ter* che disciplinano tale evenienza, l'art. 182-*sexies* si limiti a disporre la disapplicazione *tout court*, senza ulteriori precisazioni²³.

Si ritiene infatti che tale differenza derivi appunto solo dal modo in cui le norme richiamate sono state formulate e che però, nella sostanza, non muti – stante l'identità di *ratio* – la necessità di effettuare sempre la convocazione, anche in caso di diminuzione del capitale minimo, ai fini dell'informativa ai soci e della possibilità di adottare le misure di salvaguardia ritenute adeguate, pur non essendovi i soci obbligati a causa dell'operare della sospensione.

D'altra parte, si soggiunge, proprio perché la sospensione, durando solo fino all'omologa, non ha carattere definitivo, può essere interesse dei soci assumere in previsione di quel momento, sin da ora, magari condizionatamente all'omologa, le misure di salvaguardia del capitale idonee ad evitare lo scioglimento ed a proseguire nell'attività d'impresa, operazione che, da un lato, come sottolineato dal Consiglio Notarile di Firenze, “*per le sue intrinseche caratteristiche, non richiede alcuna autorizzazione giudiziale e in nessun caso pone problemi di compatibilità con la procedura*”²⁴; dall'altro, appare non solo legittima, giacché “*la norma in esame determina una sospensione dell'obbligo di procedere alla ricapitalizzazione durante la procedura, ma non sopprime certo la facoltà di procedervi*”²⁵, ma che deve anzi finanche reputarsi necessaria quando il piano di soluzione della crisi pre-

²³ STRAMPELLI, *op. cit.*

²⁴ CONSIGLIO NOTARILE DI FIRENZE, *Crisi d'impresa, concordato preventivo ed incrementi del patrimonio netto*, in www.consiglionotarilefirenze.it.

²⁵ D'ATTORRE, *op. cit.*

veda tale perdurante prosecuzione dell'attività, atteso che, altrimenti, essa non sarebbe giuridicamente fattibile, ostandovi lo stato di scioglimento-liquidazione.

Fatto si è che quasi mai nei piani in continuità è concretamente e in dettaglio regolata tale fase.

In sostanza, nelle domande di ammissione al concordato preventivo e nei piani, la previsione della ricostruzione del capitale non viene quasi mai dettagliata, e su ciò conviene richiamare l'attenzione degli operatori, poiché non è escluso che il Tribunale possa ravvisarvi un'ipotesi di inammissibilità della domanda.

Abbastanza ragionevole è poi la precisazione che, pur non operando la causa di scioglimento sopradetta, nulla peraltro vieta che i soci possano, comunque, deliberare lo scioglimento della società dopo la presentazione della domanda di concordato preventivo, sia perché, come già detto, la sospensione opera solo con riferimento allo scioglimento derivante dalla mancata adozione delle misure di salvaguardia del capitale minimo, e non ove esso dipenda dalle altre cause previste dalla legge, a partire da quella costituita da una delibera di scioglimento che i soci possono sempre liberamente assumere, sia anche perché la sospensione è una facoltà, non un obbligo²⁶.

²⁶ Si tratta di conclusione logica ormai fatta propria anche dagli orientamenti di prassi adottati da vari Consigli notarili e in particolare da quelli di Milano e Firenze. La norma riconosce, infatti, la sospensione degli obblighi in tema di conservazione del capitale sociale senza però limitare il potere di provocare lo scioglimento della società attraverso un'apposita delibera assembleare a norma dell'art. 2484, n. 6) c. c. (per delibera dell'assemblea). Quanto al problema interpretativo del se sia necessaria l'autorizzazione giudiziale per poter procedere allo scioglimento di una società che abbia presentato domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, si ritiene che l'operazione non necessiti di autorizzazione giudiziale trattandosi di una libera scelta organizzativa rimessa alla compagine sociale la quale fuoriesce dal novero degli atti per i quali la legge fallimentare richiede l'autorizzazione del Tribunale o del Giudice delegato, a seconda della fase in cui si trova la procedura. Non si tratta infatti di atto dal contenuto gestorio, e la relativa scelta non appare suscettibile di rientrare nel novero degli atti di straordinaria amministrazione per i quali il legislatore richiede la necessaria preventiva autorizzazione. La messa in liquidazione appare del resto scelta neutra per i creditori e, anzi, il più delle volte preordinata alla loro migliore tutela, per i probabili risparmi conseguibili. Non bisogna del resto dimenticare che la messa in liquidazione costituisce nel nostro ordinamento la via fisiologica della crisi (come mostra proprio l'art. 2484, n. 4). Le esigenze di tutela dei creditori non sono scalfite, posto che, comunque, le cautele previste in presenza di atti qualificabili come di "straordinaria amministrazione" troveranno integrale applicazione e dovranno naturalmente essere rispettate dal liquidatore che ha preso il posto del precedente organo amministrativo.

III) *Nella fase successiva all'omologa*

Quando poi l'omologa sopraggiunga, se i soci non abbiano provveduto prima ad adottare le misure di salvaguardia del capitale, dovranno farlo senza dubbio allora, ma, beninteso, solo se ed in quanto permanga, e nella misura in cui permanga, lo stato di sottocapitalizzazione.

Può infatti accadere che, per effetto della possibile sopravvenienza attiva che deriva dall'esdebitazione concordataria (o dall'accordo di ristrutturazione), la perdita sia stata riassorbita e non vi sia più la necessità di procedere alla copertura della stessa.

La dottrina non ha mancato inoltre di precisare, a questo proposito, che *“l'obbligo di rispettare le previsioni in tema di capitale sociale minimo non potrebbe essere legittimamente pretermesso o sospeso da una condizione del piano di concordato che preveda la facoltà per la società debitrice di continuare ad operare, in deroga agli artt. 2484, n. 4, 2545-duodecies e 2486 c.c., dopo l'omologazione e per tutto il tempo della esecuzione. Per vero, il piano di concordato, approvato dalla maggioranza dei creditori ed omologato dal Tribunale è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura (art. 184, comma 1, l. fall.), ma non può pregiudicare le posizioni e gli interessi di eventuali creditori successivi al decreto. Proprio tale situazione si verificherebbe laddove il piano di concordato prevedesse la facoltà per la società di operare sul mercato senza il capitale minimo, ledendosi in tal modo le ragioni dei creditori sociali e dei terzi tutelati dalle norme in materia di riduzione del capitale sociale per perdite”*²⁷.

5. *Riflessioni finali*

Giunto al termine dell'analisi che mi ero proposto di fare, resta da svolgere solo qualche breve considerazione conclusiva sul significato sistemico dell'intervento normativo.

Mi limiterò a farne solo due.

La prima è che, se certamente meritevole era ed è lo scopo di sostenere l'impresa, specie in una fase di crisi generalizzata, è anche vero che tutte le soluzioni estremizzanti ed assunte senza mediazioni rischiano, *ex se*, di determinare un effetto da *overshooting*, potendo esse, dall'altro lato della bilancia, risultare eccessivamente penalizzanti in primo luogo per i creditori, tra i quali però sono compresi, non dimentichiamolo, anche gli altri imprenditori, sui quali scaricare il dissesto può rivelarsi, in un'ottica sistemica, a causa del noto effetti epidemico delle situazioni di crisi, e per

²⁷ D'ATTORRE, *op. cit.*

eterogenesi dei fini, molto più dannoso che cercare a tutti i costi di risanare un'impresa incurabile.

Sta di fatto che, come si è puntualizzato in dottrina, *“il sommarsi della disapplicazione della disciplina della riduzione obbligatoria del capitale per perdite con la possibilità ex art. 182-quinquies legge fall. (...) di contrarre ulteriori finanziamenti legittima l'aggravamento dello squilibrio patrimoniale della società con l'effetto sostanziale di far gravare principalmente sui creditori sociali (...) il rischio dell'eventuale insuccesso del tentativo di risanamento”*²⁸.

Ciò senza poi considerare che nessuna impresa in crisi può veramente superare quest'ultima solo sulla base di interventi di geometria normativa, specie quando le ragioni della crisi risiedano nelle carenze dei progetti industriali o nella pura e semplice incapacità di realizzarli.

La seconda riflessione finale è questa: a mio avviso, ma credo che tale constatazione sia un dato comune ormai acquisito, già prima che fosse introdotta la sospensione delle misure di salvaguardia del capitale in caso di perdite rilevanti, la funzione in sé del capitale come garanzia dei creditori era divenuta quanto mai evanescente.

Del resto, e questo è un aspetto che ha un significato dirimente, la possibilità di costituire una S.r.l. ordinaria con un capitale minimo prossimo allo zero, che di fatto supera e rende inapplicabile - come si è rimarcato in dottrina - la regola *“ricapitalizza o liquida”*²⁹, lascia intuire che il legislatore ha in realtà inteso risolvere il problema della *“sottocapitalizzazione”* delle società italiane con la loro *“decapitalizzazione”*, cioè eliminando se non il capitale, quanto meno il ruolo che il capitale sociale svolgeva fino ad oggi.

Riflessione che, sotto il brillante gioco di parole, contiene forse anche l'auspicio che, per risolvere definitivamente i problemi delle società sottocapitalizzate, il legislatore non arrivi anche, di riforma in riforma, alla loro completa *“decapitazione”*.

²⁸ STRAMPELLI, *op. cit.*

²⁹ *Ibidem.*

Il Centro Studi d'Impresa – RES persegue l'obiettivo di promuovere lo studio dei rapporti fra diritto e mercato, sollecitando anche lo sviluppo di un'etica commerciale non esclusivamente di profitto, ma sensibile agli interessi della società nel suo complesso. Da questo punto di vista non è sembrato opportuno limitarsi ad indagini e proposte esclusivamente rivolte al sistema vigente, ma si è ritenuto indispensabile inserirle in un più ampio panorama storico e geografico. Questa nuova collana editoriale intende dunque fornire adeguata collocazione ai contributi scientifici multidisciplinari, di volta in volta sviluppati dagli studiosi che il Centro invita a riflettere su una particolare tematica.