

Corso di formazione per Revisori degli Enti Locali

PROGRAMMAZIONE FINANZIARIA DEGLI ENTI LOCALI E FUNZIONE DI VIGILANZA DEL REVISORE DEI CONTI

La gestione delle partecipate e il ruolo del Revisore

Alessandro Baudino

Sommario

<i>Introduzione</i>	2
<i>Il Dlgs. 175/2016 (TUSP) e il principio dell'assoggettamento delle società a partecipazione pubbliche e dei loro organi alle norme del diritto privato, per tutto quanto non espressamente derogato dal decreto</i>	5
<i>Il sistema della responsabilità civile degli organi amministrativi e di controllo delle società a partecipazione pubblica: rapporti e confini tra responsabilità civile e responsabilità contabile</i>	5
<i>Il principio del doppio binario</i>	8
<i>Il regime particolare delle società in house (e loro assoggettamento alle norme del diritto societario)</i>	8
<i>Il regime particolare delle società a partecipazione mista pubblico-privata (e loro assoggettamento alle norme del diritto societario)</i>	10
<i>La centralità degli obblighi di adeguata organizzazione e pianificazione dell'attività di impresa</i>	13
<i>I limiti alla libertà di organizzazione delle società in controllo pubblico</i>	14
<i>Il riconoscimento del valore economico, sociale ed occupazionale dell'impresa in funzionamento e gli obblighi di adeguata organizzazione e pianificazione in funzione della prevenzione del rischio di crisi</i>	15
<i>I limiti al ripianamento delle perdite ed al finanziamento delle società controllate da parte del socio pubblico</i>	17
<i>Il sistema dei controlli nelle partecipate: collegio sindacale, revisore o società di revisione, organo di controllo monocratico nella SRL</i>	17
<i>Il ruolo centrale dell'organo di controllo ed i suoi obblighi di attivazione a tutela di interessi diffusi (della società, dei soci, dei creditori e dei terzi)</i>	18
<i>Il principio della separazione tra attività di controllo sull'amministrazione e controllo sulla contabilità e sul bilancio</i>	20
<i>SPA e SRL a confronto: un disallineamento normativo da considerare</i>	21
<i>I nuovi obblighi di attivazione del revisore in presenza di segnali di crisi</i>	22
<i>Organo di controllo e revisore: la necessità di una virtuosa collaborazione</i>	23
<i>Il ruolo del Revisore dell'ente locale socio</i>	24
<i>Flussi informativi tra Organo di revisione e Organi di controllo degli organismi partecipati</i>	25
<i>Organo di controllo della società partecipata e Organo di revisione dell'ente partecipante: obblighi di attivazione a confronto</i>	26
<i>Profili di responsabilità civile</i>	27

Introduzione

L'impiego, da parte degli enti pubblici, delle società di capitali per la gestione dei servizi pubblici o per lo svolgimento di attività strumentali alla gestione dei servizi pubblici, costituisce una prassi consolidata in ambito comunitario ed internazionale, che risponde ad esigenze da lungo tempo recepite anche dal nostro ordinamento. Tuttavia la materia continua ad essere una delle più complesse del nostro sistema giuridico, e sconta gli effetti di un tormentato processo di produzione legislativa, caratterizzato dal continuo sovrapporsi di norme tra loro contraddittorie, influenzate dall'avvicinarsi di opposti indirizzi di politica legislativa e opposti orientamenti giurisprudenziali (della Cassazione e del Consiglio di Stato)¹.

L'intervento dal legislatore in questo settore è stato infatti per lunghi anni caratterizzato da una forma di "strabismo" che ha influenzato l'evoluzione della normativa in materia.

Con un occhio, infatti, il legislatore volge lo sguardo al sistema del diritto societario.

Da questa prospettiva, il legislatore individua nella società di capitali un modello organizzativo dell'attività di impresa altamente perfezionato che, per le sue caratteristiche di efficienza ed affidabilità, si presta ad essere utilizzato sia in assenza di un substrato pluripersonale (e quindi anche in forma di società unipersonale), sia in relazione al perseguimento di finalità di interesse pubblico, che anche in tempi ancora recenti parevano incompatibili con la finalità di lucro che caratterizza il contratto sociale (nell'accezione storica di cui all'art. 2247 c.c.).

La società di capitali costituisce infatti lo strumento oggi più idoneo, da un lato, per coordinare e regolare gli equilibri tra azionariato e management (mediante la previsione di un modello organizzativo incentrato su una equilibrata ripartizione di poteri tra assemblea dei soci e organo amministrativo); d'altro lato per conciliare gli interessi delle diverse categorie dei soggetti che operano sul mercato ed entrano in rapporti con la società:

- i soci (siano essi pubblici o privati), che conferiscono i capitali di rischio e di debito necessari per la conduzione dell'impresa;
- i finanziatori, i creditori ed i terzi che operano con la società e che fanno affidamento sul suo capitale sociale, in quanto garantiti dalle disposizioni imperative (penalmente tutelate), volte ad assicurare l'effettività del capitale sociale e la veridicità delle comunicazioni sociali.

Le esigenze di rispetto dei criteri di corretta amministrazione sono poi assicurate (quanto meno in linea teorica) da un sistema di controlli interni (Consiglio di amministrazione e Collegio sindacale, Revisore, Organismo di Vigilanza 231, Responsabili dei controlli di primo, secondo e terzo livello, ecc.) ed esterni (il Tribunale e, in caso di società che accedono al mercato dei capitali di rischio, gli Enti di controllo); mentre in caso di crisi soccorrono le varie procedure concorsuali volte a garantire la tutela dei creditori sociali e il rispetto della par condicio nonché l'istituto della composizione negoziata e gli altri strumenti di regolazione e composizione della crisi previsti dal Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza ("Codice della Crisi" o "CCII").

Sotto il profilo operativo, la scelta del modello organizzativo della gestione a mezzo di società per azioni partecipata dall'ente pubblico risponde poi ad ovvie esigenze di efficienza imprenditoriale e di opportunità: e cioè l'opportunità di promuovere la collaborazione tra enti locali ed altri soggetti apportatori di capitali, di tecnologie, di organizzazione e di competenze imprenditoriali specifiche, nella prospettiva di una più efficiente prestazione del servizio mediante una più agile struttura di tipo privatistico, nonché all'autofinanziamento del servizio stesso. In effetti si deve riconoscere che il

¹ Per un approfondimento delle tematiche qui riassunte si rimanda a: A. Baudino "La responsabilità degli amministratori delle società a capitale pubblico e misto, dopo il D.lgs. n. 175/2016 (di riordino della disciplina in materia di società a partecipazione pubblica)", *Il Nuovo Diritto delle Società*, Giappichelli, 3, 2017, p. 167 ss.; A. Baudino, G. Chiappero, "L'applicazione del dlgs. 231/2001 nelle società pubbliche o miste", in AA.VV., *Modello Organizzativo DLGS 231 e Organismo di Vigilanza – Seconda edizione*, Eutekne, Torino, 2019.

ricorso alle strutture giuridiche di diritto privato permette agli enti pubblici di reperire capitali privati per coprire i costi di gestione dei servizi pubblici ed inoltre consente una maggiore efficienza e flessibilità dell'attività rispetto a quelle permesse dai modelli di diritto pubblico quali ad esempio le aziende speciali².

L'adozione generalizzata dei modelli organizzativi delle società di capitali per lo svolgimento di servizi di interesse pubblico è inoltre coerente con i principi ispiratori della disciplina di emanazione comunitaria volta a garantire la concorrenza sui mercati nazionali e comunitari: essa permette infatti di assicurare un mercato unico, senza frontiere, ponendo sullo stesso piano vari soggetti pubblici e privati, in armonia con gli artt. 3 e 41 Cost., artt. 86 (ex art. 90), 87 (ex art. 92), 88 (ex art. 93), Trattato CE, artt. 4 e 34 Direttiva 93/38/CEE³.

Con l'altro occhio, il legislatore punta invece lo sguardo sul mondo del diritto amministrativo, caratterizzato dall'esercizio, da parte dello Stato e degli enti pubblici, da ampi poteri di imperio, volti a garantire il per-seguimento di interessi pubblici che spesso sfuggono ad una logica d'impresa⁴.

Da questa prospettiva, la partecipazione dell'ente pubblico al capitale della società è diventata il presupposto per l'emanazione di norme che comportano brusche deviazioni dai principi generali del diritto societario: deviazioni che si sono intensificate a seguito del recepimento, nel nostro ordinamento, del concetto di origine comunitaria di "*organismo di diritto pubblico*"⁵.

L'introduzione nel nostro ordinamento di tale definizione, che individua un soggetto non classificabile secondo gli schemi del diritto interno, ha permesso alla giurisprudenza di poter affermare che la normativa di diritto amministrativo si applica anche a soggetti di diritto privato, quali appunto le società per azioni a partecipazione pubblica, con riferimento a determinate materie.

E sull'onda di questo orientamento si è via via sviluppata la tendenza legislativa a restringere progressivamente i margini di libertà di azione delle società a capitale pubblico e misto, con la finalità di evitare distorsioni della concorrenza.

² Levis M., Manacorda C., Gromis E. di Trana, "Le società miste, analisi e indirizzi applicativi di un modello societario speciale. Formulario", ed. Il Sole - 24 Ore, 2003, p. 16 ss.

³ Questa esigenza è a tal punto sentita che l'art. 90 del Trattato CE salvaguarda il sistema di mercato aperto, instaurato dal diritto comunitario, inibendo ai singoli Stati di emanare o mantenere vantaggi concorrenziali in favore delle imprese pubbliche, o di imprese cui si riconoscono diritti speciali o esclusivi e, inoltre, l'art. 92 fa divieto di aiuti concessi sotto qualsiasi forma che possano falsare o solo minacciare di falsare la concorrenza. In questi termini Cass. civ. SS.UU. 13.2.99 n. 64.

⁴ È stato osservato che "*La natura camaleontica ed anfibia delle società partecipate pubbliche è dovuta, invero, al fatto che in una società innegabilmente di natura privata, e come tale disciplinata dal codice civile (libro quinto, articoli 2247-2511) confluiscono risorse di natura pubblica da parte di un soggetto pubblico, che inevitabilmente finiscono per alterare la natura stessa della società e il conseguente statuto*" (Miele T. "La responsabilità amministrativa e contabile dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle società partecipate pubbliche", in AA.VV. "Le Società Pubbliche", a cura di Fimmanò F., Catricalà A., *Universitas Mercatorum*, 2016, p. 546). Ciò ha fatto sì che "gli operatori amministrativi, ma anche la dottrina e la giurisprudenza, le collocassero, a seconda delle circostanze, e della convenienza nel regime pubblicistico, ritenendo prevalente l'aspetto sostanziale, o nel regime giuridico privatistico, ritenendo prevalente l'aspetto formale di soggetto privato assoggettato e disciplinato dal codice civile" (Miele T. "La responsabilità amministrativa e contabile dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle società partecipate pubbliche", in AA.VV. "Le Società Pubbliche", a cura di Fimmanò F., Catricalà A., *Universitas Mercatorum*, 2016, p. 544).

⁵ Come è noto, per individuare un organismo di diritto pubblico, secondo quanto stabilito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea è necessario che ricorrano cumulativamente tre precise condizioni: si tratti di una struttura istituita per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale; sia dotata di personalità giuridica; la sua attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la sua gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi o il suo organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico (Spiezia F., Monea P., Iorio E. "I servizi pubblici locali", Giuffrè, 2004, p. 139 ss.).

In questa particolare visione, influenzata dalla natura pubblica della compagine sociale, si inseriscono le disposizioni volte a prevenire il malcostume di utilizzare le società di capitale come schermo per eludere i vincoli di finanza pubblica, o per attribuire e remunerare incarichi legati a logiche puramente politiche. Queste disposizioni, come si dirà più approfonditamente in seguito, hanno introdotto limiti significativi alla gestione e all'organizzazione delle società pubbliche, seguendo l'illusione di poter contenere gli abusi e stimolare comportamenti virtuosi apponendo vincoli alle modalità di organizzazione e gestione delle società, anziché premiando gli amministratori capaci ed onesti e rimuovendo e sanzionando i negligenti e i corrotti.

A ciò aggiungasi che il percorso seguito dal legislatore nel disciplinare la materia delle società a partecipazione pubblica è stato, negli anni tutt'altro che univoco. Ed infatti dopo un primo periodo caratterizzato da un netto favore del legislatore verso l'impiego del modello organizzativo delle società di diritto privato (con la finalità di introdurre anche nel settore dei servizi pubblici i principi dell'efficienza e della competizione per consentire al pubblico dei consumatori la possibilità di usufruire dei servizi migliori a prezzi il più possibile contenuti), si è dovuto assistere ad un'inversione di tendenza: come dimostrato dalle numerose disposizioni che si sono succedute negli anni più recenti, finalizzate a limitare in misura sempre più rilevante sia l'ambito di operatività delle società a controllo pubblico, sia l'ambito di discrezionalità del socio pubblico nella costruzione del modello organizzativo⁶.

Il Dlgs. 175/2016 (TUSP) si è prefissato lo scopo di dare un inquadramento sistematico alla materia, rimuovendo le principali incertezze interpretative che avevano determinato l'insorgere di delicate problematiche operative per coloro (operatori del settore o professionisti e consulenti) che devono confrontarsi quotidianamente con le questioni attinenti alla gestione delle società a capitale (interamente o parzialmente) pubblico.

Negli anni successivi all'emanazione del TUSP sono tuttavia intervenute nuove disposizioni (su cui ci si soffermerà nei paragrafi successivi) che hanno ridisegnato il sistema delle responsabilità degli organi di amministrazione e controllo delle società (incluse quelle a capitale interamente o parzialmente pubblico), in funzione dell'obbligo di rilevazione precoce e gestione del rischio di crisi attraverso la pianificazione dell'attività d'impresa e l'adozione di assetti organizzativi adeguati volti al monitoraggio della continuità aziendale.

La rilevanza di queste nuove norme può essere ben compresa solo se si considera che esse sono il punto di approdo di alcuni processi di evoluzione normativa e di cambiamento tra loro intimamente connessi e che si sono affiancati negli ultimi anni, confluendo in una vasta disciplina (nazionale e comunitaria) che ha sovvertito orientamenti di pensiero, politiche pubbliche e d'impresa, schemi di ragionamento, abitudini, modalità di lavoro⁷. Questa disciplina ha reso irreversibile – quanto meno in Europa - la transizione verso una nuova cultura (sociale, ancor prima che giuridica e d'impresa) ispirata ai principi fondanti del vivere civile (di rango costituzionale e comunitario) della solidarietà

⁶ Per una ricostruzione accurata e completa della normativa che si è succeduta, si veda il prezioso lavoro di Urbano G. "La società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione", in "Amministrazione in cammino", in Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di Ricerca sulle Amministrazioni Pubbliche "Bachelet V.", Direttore Prof. Giuseppe di Gaspare, reperibile su <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/>.

⁷ Per approfondimenti sul tema, cfr.: BAUDINO A., FRASCINELLI R., "Governance collaborativa per la continuità e la sostenibilità dell'impresa", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 8.11.2023; BAUDINO A. "Fondamenti e orizzonti della nuova cultura d'impresa: come costruire una governance collaborativa a garanzia della continuità e della sostenibilità dell'impresa", in *Diritto ed economia dell'impresa*, 1, 2024, p. 39.

e della collaborazione, che costituiscono il presupposto fondamentale per costruire un progresso sostenibile⁸.

Il tema della gestione (e del controllo) delle partecipate pubbliche – e quello, correlato del ruolo del Revisore dell’Ente locale socio - devono essere inquadrati in questo contesto normativo, frutto dell’intreccio di normative nazionali, comunitarie e di attuazione di direttive comunitarie, i cui fondamenti saranno analizzati nei paragrafi che seguono.

Il Dlgs. 175/2016 (TUSP) e il principio dell’assoggettamento delle società a partecipazione pubbliche e dei loro organi alle norme del diritto privato, per tutto quanto non espressamente derogato dal decreto

Il principio è sancito in via generale dall’art. 1 co. 3 del Dlgs. 175/2016, ove espressamente si stabilisce che *“Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato”*.

La disposizione sopra richiamata enuncia un principio che ha consentito di restringere significativamente i margini di incertezza che avevano caratterizzato l’interpretazione della previgente disciplina delle partecipate pubbliche.

Esporremo qui di seguito le principali questioni che interessano chi è investito di funzioni di amministrazione e controllo delle partecipate pubbliche, soffermandoci sulle deroghe ai principi generali introdotte dal TUSP che particolarmente rilevano ai fini dei correlati obblighi di verifica e controllo da parte del Revisore dell’Ente locale.

Il sistema della responsabilità civile degli organi amministrativi e di controllo delle società a partecipazione pubblica: rapporti e confini tra responsabilità civile e responsabilità contabile

Una prima declinazione del principio di assoggettamento delle società a partecipazione pubblica delle norme sulle società contenute nel codice civile è contenuta nell’art. 12 del TUSP, che disciplina la responsabilità civile degli organi amministrativi e di controllo delle società a partecipazione pubblica.

L’articolo sancisce il principio che:

“I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali”.

La stessa disposizione fa tuttavia *“salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house”*;

⁸ Come è stato opportunamente osservato, *“I cambiamenti climatici ed i relativi gravissimi impatti sul nostro ecosistema, così come alcuni aspetti economico-sociali, inducono a coniugare la crescita economica con la salvaguardia delle risorse umane e naturali e delle nostre condizioni di vita anche, soprattutto, per le generazioni future; è questa l’essenza dello sviluppo sostenibile: condizione imprescindibile (anche se non l’unica) per la sopravvivenza stessa della Terra si traduce in un impegno necessariamente collettivo, che riguarda l’intera umanità. Sono questi principi fondamentali, da tempo affermati dalle più importanti autorità sovranazionali, quali l’ONU, l’OCSE, l’Unione europea, contenuti altresì nei nuovi articoli 9 e 42 della nostra Costituzione.”* (VERNERO P., in Prefazione al documento in data 8/3/2024 del CNDCEC, *“Sostenibilità, governance e finanza dell’impresa - Impatto degli esg con particolare riferimento alle PMI”*, cui si rimanda per un approfondimento dei temi qui trattati.

e precisa che *“Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell’esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione”*

L’art. 12 del T.U. 175/2016, con il suo richiamo *“alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali”*, risolve in realtà soltanto in parte il problema dei confini tra responsabilità civile e responsabilità contabile nelle società in controllo pubblico, lasciando aperte varie problematiche applicative che hanno formato oggetto di ampio dibattito tra i commentatori della disposizione in questione e di differenti e talora opposti arresti giurisprudenziali⁹.

La formulazione (molto sintetica e non certo felice), dell’art. 12 del TUSP fu l’esito di un parto travagliato.

Ed infatti, nella versione iniziale sottoposta al parere del Consiglio di Stato, il testo dell’art. 12 si limitava a prevedere, al comma 1, che *“i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salvo il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house”*, specificando al comma 2, che costituisce danno erariale *“il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che abbiano con dolo o colpa grave trascurato di esercitare i propri diritti di socio, pregiudicando il valore della partecipazione”*.

Il Consiglio di Stato, nel parere espresso in sede consultiva sullo schema del decreto legislativo, aveva rilevato come la Corte di Cassazione, secondo un orientamento ormai consolidato, riconoscesse la legittimazione del procuratore contabile *“nei soli casi in cui l’ente pubblico abbia subito un «danno diretto» al proprio patrimonio e non anche un «danno indiretto» quale conseguenza mediata del pregiudizio subito alla propria «partecipazione sociale”*. Quest’ultimo è, infatti, “assorbito” dall’azione di responsabilità civile promossa nei confronti degli organi di amministrazione e di controllo innanzi al giudice civile.

Il Consiglio di Stato osservava che *“lo stesso art. 2395 c.c., in materia di società per azioni, riconosce al socio la legittimazione a proporre azione di risarcimento del danno nei confronti degli amministratori nel caso in cui esso dimostri che sia stato «direttamente» danneggiato da atti colposi o dolosi degli amministratori stessi”*, e suggeriva pertanto di *“aggiungere prima della parola «subito» l’espressione « direttamente»”*.

Questo suggerimento, che riprendeva i principi enunciati nella sentenza della Cass. Sez. Un. N. 26806/2009 (nota, per il suo autorevole estensore, come sentenza “Carbone, che ha costituito una pietra miliare nella delicata materia della responsabilità degli amministratori e “sindaci delle società a partecipazione pubblica), avrebbe consentito di demarcare in modo netto i confini tra responsabilità civile e responsabilità contabile.

Il concetto su cui si fondava la predetta sentenza, del tutto logico e difficilmente contestabile sul piano del diritto e del buon senso) è che **la partecipazione (anche di controllo pubblico totalitario cosiddetto “analogo”, che caratterizza le società “in house”), non consente di superare il principio della personalità giuridica che la legge riconosce a tale tipo di società**: nel senso che la

⁹ Per eventuali approfondimenti sul tema si rinvia a Baudino A. *“La responsabilità degli amministratori delle società a capitale pubblico e misto, dopo il Dlgs. n. 175/2016 (di riordino della disciplina in materia di società a partecipazione pubblica)”*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, Giappichelli, 3, 2017, p. 167 ss. Per una ricostruzione accurata degli orientamenti giurisprudenziali formati in materia, cfr.: PELAGALLI E. , *“Gli approdi della giurisprudenza contabile sulla responsabilità degli amministratori delle società in house”*, in *Riv. Corte Conti*, N. 2, 2025, Parte I – Dottrina.

“distinzione tra la personalità giuridica della società di capitali e quella dei singoli soci e la piena autonomia patrimoniale dell’una rispetto agli altri non consentono di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno che l’illegittimo comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio dell’ente: patrimonio che è e resta privato”.

Con la conseguenza che **la giurisdizione della Corte dei Conti risulterebbe confinata alle sole ipotesi in cui i soci pubblici siano stati direttamente danneggiati dall’operato degli amministratori della società partecipata** (come nel caso del danno all’immagine dell’ente pubblico socio e, sembra corretto aggiungere, in tutte le altre ipotesi in cui l’art. 2395 c.c. riconosce azione diretta *“ai soci ed ai terzi che siano stati direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori”*).

In tutti gli altri casi il danno subito del socio pubblico è soltanto indiretto: in questi casi il soggetto direttamente pregiudicato dal comportamento degli amministratori è, infatti, la società, ed il risarcimento della stessa può essere fatto valere mediante l’esercizio delle azioni che il codice civile prevede, e che rientrano nella giurisdizione del giudice civile.

In questi casi il socio pubblico è in grado di tutelare egli stesso i propri interessi sociali mediante l’esercizio delle azioni civili (che nell’attuale sistema del diritto di societario possono essere promosse anche da minoranze esigee, ed addirittura deliberate dal Collegio Sindacale, ai sensi dell’art. 2393, comma 3, c.c., in caso di inerzia da parte degli azionisti). E quindi **il danno (erariale) si configurerebbe nel caso in cui, in conseguenza della mancata promozione delle azioni civili di responsabilità e risarcitorie, l’ente pubblico abbia a subire un pregiudizio derivante dalla perdita di valore della partecipazione**: nel qual caso, come osserva la sentenza citata, sarebbe *“sicuramente prospettabile l’azione del procuratore contabile nei confronti (non già dell’amministratore della società partecipata, per il danno arrecato al patrimonio sociale, bensì nei confronti) di chi, quale rappresentante dell’ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio ed abbia perciò pregiudicato il valore della partecipazione”*.

Su questa visione lucida e rigorosa, coerente con il complessivo sistema delle responsabilità degli organi di amministrazione e controllo delle società di capitali, è prevalsa tuttavia la preoccupazione che l’esclusione dell’ipotizzata giurisdizione del giudice contabile per l’azione di risarcimento di danni cagionati al patrimonio della società partecipata da un ente pubblico, possa comportare il rischio di un affievolimento delle azioni volte a reprimere i comportamenti illegittimi posti in essere da soggetti che, in definitiva, pur sempre amministrano risorse pubbliche.

Si è quindi affermato un orientamento giurisprudenziale (enunciato in modo articolato e ampiamente argomentato dall’ordinanza n. 20297 del 23 luglio 2024 della Cassazione civile a Sez. Unite), che sancisce il principio - nelle società *in house* - della coesistenza tra azione civile e azione contabile.

Il principio non contribuisce a fugare le incertezze sopra riferite¹⁰, ma occorre prenderne atto.

¹⁰ L’affermare che la responsabilità civile possa e debba coesistere con quella amministrativa comporta infatti il rischio che gli amministratori siano chiamati a risarcire due volte (una volta alla società, ed una seconda volta al socio pubblico) lo stesso danno cagionato dal loro comportamento illegittimo. Salvo ritenere, come era stato ipotizzato nella “sentenza Carbone”, che il danno erariale tutelabile attraverso il giudizio di conto sia quello “direttamente” cagionato al socio pubblico (ex art. 2395 c.c.), e non riparabile attraverso la reintegrazione del patrimonio della società partecipata (ad esempio: il danno reputazionale del socio pubblico); ovvero ritenere che, in caso di accertamento della responsabilità erariale, il risarcimento del danno consistente nel pregiudizio arrecato valore della partecipazione debba essere disposto non a favore del socio pubblico ma a favore della società partecipata (ma la tesi è stata rigettata dalla giurisprudenza, attese le diversa natura e le diversità finalità dell’azione del Procuratore contabile).

Il principio del doppio binario

Con l'ordinanza n. 20297/2024 la Suprema Corte afferma come avverso il medesimo fatto generatore di danno sia proponibile tanto un giudizio civile quanto uno contabile; questo perché diverse sono la natura e la finalità dei due rimedi. Infatti, l'eventuale giudizio contabile istaurato contro gli amministratori infedeli delle società *in house* avrebbe come obiettivo quello di tutelare il corretto utilizzo delle pubbliche finanze e l'efficiente raggiungimento delle finalità istituzionali dell'amministrazione. Dall'altro lato, il rimedio azionato dinanzi al giudice ordinario tenderebbe ad assurgere a una funzione riparatoria e compensativa volta a ristorare l'ente pubblico del danno patito in relazione alla partecipazione azionaria. **Quindi, rispetto ai medesimi fatti il pubblico ministero contabile potrà far valere le responsabilità generatrici di danno erariale degli amministratori e, contemporaneamente, l'amministrazione socia o la stessa società danneggiata potranno ricorrere al giudice ordinario per veder condannare gli stessi a rifondere i pregiudizi patiti dal patrimonio sociale a causa delle azioni messe in campo.**

I punti di approdo della giurisprudenza di legittimità (sintetizzati nella predetta sentenza) possono essere così riassunti:

1. In tema di responsabilità degli amministratori e dei componenti degli organi di controllo delle società a partecipazione pubblica, **la giurisdizione del giudice ordinario e quella della Corte dei Conti sono reciprocamente indipendenti** nei loro profili istituzionali, anche quando investono un medesimo fatto materiale, e l'eventuale interferenza che può determinarsi tra i relativi giudizi pone esclusivamente un problema di proponibilità dell'azione di responsabilità da far valere davanti alla Corte dei Conti, senza dar luogo ad una questione di giurisdizione.
2. La possibilità del concorso tra le due giurisdizioni trova giustificazione nella differente connotazione dell'interesse tutelato: **il Procuratore contabile agisce nell'esercizio di una funzione obiettiva e neutrale, rivolta alla repressione dei danni erariali conseguenti ad illeciti amministrativi**, rappresentando l'interesse generale al corretto esercizio delle funzioni amministrative e contabili, **con funzione essenzialmente sanzionatoria; l'azione civile promossa dall'ente pubblico socio è invece finalizzata al pieno ristoro del danno, con funzione riparatoria ed integralmente compensativa**, a protezione dell'interesse particolare e concreto dell'amministrazione attrice. Ai sensi dell'art. 12, comma 1, del d.lgs. n. 175 del 2016, i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, cui si affianca, senza sostituirla, la giurisdizione della Corte dei Conti per il danno erariale.
3. La qualifica di società "in house providing" non esclude la giurisdizione del giudice ordinario sulle azioni civilistiche promosse dall'ente pubblico socio, stante la diversità degli interessi tutelati nei due giudizi.
4. Non sussiste violazione del principio del *ne bis in idem* tra il giudizio civile ed il giudizio promosso per i medesimi fatti innanzi alla Corte dei Conti, poiché i due procedimenti presentano tendenziale diversità di oggetto e di funzione.

Il regime particolare delle società in house (e loro assoggettamento alle norme del diritto societario)

Una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale e normativa del fenomeno oggi comunemente definito con il termine inglese (oramai recepito a tutti gli effetti anche nel nostro ordinamento), di “in house providing”, esula dalle finalità di questa dispensa.

Occorre invece riassumere le disposizioni speciali che disciplinano questo modello organizzativo, poiché sulla corretta applicazione di queste disposizioni si focalizzano le attività di vigilanza di competenza degli organi incaricati – nei rispettivi ruoli e funzioni - di effettuare i controlli sul rispetto della legge e dei principi di corretta amministrazione.

Il Dlgs. 175/2016 (TUSP) all'art. 2 definisce come: “o) *«società in house»: le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto*”; e “c) *«controllo analogo»: la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante*”.

In aderenza ai principi sopra richiamati, l'art. 16 citato stabilisce che: “1. *Le società in house ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata*”.

Il Modello organizzativo delle “società in house” è poi disciplinato in modo più dettagliato dai co. 2 ss. dell'art. 16 del T.U. 175/2016, che attribuiscono ai soci la possibilità di derogare al Modello organizzativo tipico della spa e della srl entro margini più ampi di quelli consentiti, al fine di introdurre negli statuti delle società “in house” le previsioni in tema di oggetto sociale e *governance* necessarie per realizzare quel “controllo analogo” che costituisce il presupposto per ricevere affidamenti diretti.

In particolare, è previsto che, per realizzare tale presupposto, gli statuti delle società per azioni possano contenere “*clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-bis e dell'articolo 2409-novies del codice civile*”, attribuendo per esempio poteri gestori all'assemblea; ed è altresì espressamente previsto che gli statuti delle società a responsabilità limitata possano “*prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile*” (soluzione che, peraltro, era ampiamente adottata ancor prima che venisse menzionata dal legislatore).

Infine, è stato previsto che i requisiti del controllo analogo possano essere acquisiti “*anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali*”; patti che “*possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-bis, primo comma, del codice civile*”.

Gli statuti delle società “in house” devono inoltre “*prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci e che la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato sia consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società*”.

Dalla disciplina illustrata al paragrafo che precede emerge in tutta evidenza che le società “in house” sono “società a controllo pubblico” che possono essere costituite adottando (esclusivamente) i modelli organizzativi tipici della spa e della srl, ma che, per usufruire della possibilità di ricevere affidamenti diretti, **devono contenere alcune clausole statuarie e prevedere assetti di governance particolari, non conformi alle previsioni che regolano in via generale gli assetti organizzativi di tali società**: previsioni cui il T.U. 175/2016 consente in via eccezionale di derogare nel caso in cui la

società sia stata costituita e sia controllata da enti pubblici per realizzare un'opera o un servizio pubblico attraverso una persona giuridica da loro controllata.

Occorre ancora considerare, ai fini che qui interessano, che **il requisito del controllo analogo potrebbe configurare una situazione di “eterodirezione” che, se esercitata in modo abusivo (e cioè in contrasto con gli interessi della società controllata (e, di riflesso, in contrasto con gli interessi dei creditori della stessa), potrebbe assumere rilevanza sotto il profilo risarcitorio** (ai sensi degli artt. 2476 e 2497 c.c.¹¹), generando una corresponsabilità dell'ente controllante per i danni eventualmente arrecati ai creditori o ai terzi dall'esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento¹². Ma in nessun caso la situazione del controllo analogo può privare la società “*in house*” della sua autonomia patrimoniale, riconosciuta in via generale dalla legge, né può sottrarla all'applicazione della disciplina cui sono soggette le società di capitali, ove tale disciplina non sia derogata da alcuna norma di livello pari o superiore.

Il regime particolare delle società a partecipazione mista pubblico-privata (e loro assoggettamento alle norme del diritto societario)

Deviazioni significative dai modelli tipici delle società di capitali sono inoltre previste per le società a partecipazione mista pubblico-privata dall'Art. 17 del TUSP, che contiene la disciplina cui tali società sono soggette.

¹¹ La disposizione dell'art. 2476 co. 6 c.c. (dettata in tema di srl ma contenente un principio generale ricavabile dalle norme in tema di responsabilità extracontrattuale e applicabile quindi anche alla spa) stabilisce che “*Sono altresì solidalmente responsabili con gli amministratori, ai sensi dei precedenti commi, i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi*”; e l'art. 2497 c.c., in tema di direzione e coordinamento di società, stabilisce che “*Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società*”.

¹² In questo senso si vedano le lucide riflessioni di Fimmanò, il quale osserva che “*quando la società, in un modo o nell'altro, viene trattata a guisa di organo dell'ente, come la Corte di Giustizia U.E. ha ritenuto possibile, ci sono inevitabilmente delle conseguenze gravi sul piano dell'applicazione delle regole societarie che ne disciplinano l'organizzazione ed il funzionamento*” (...) “*in quanto la configurazione della fattispecie, laddove possibile, produce di per sé il fenomeno di abuso di direzione e coordinamento, in violazione dei criteri di corretta gestione societaria e imprenditoriale, con conseguenze gravi sia per l'ente che per la sua società*” (Fimmanò F. “Il macroproblema irrisolto della responsabilità dell'ente pubblico socio per abuso del dominio della società partecipata”, in AA.VV. “Le Società Pubbliche”, a cura di Fimmanò F., Catricalà A., *Universitas Mercatorum*, 2016, p. 64 ss.). E ancora, “La volontà «politica» di porre al centro del sistema il modello c.d. “*in house* (...) ispirata alla mera finalità dell'affidamento diretto della gestione di attività e servizi pubblici a società eterodirette e «abusate», in deroga ai fondamentali principi della concorrenza tra imprese e della trasparenza, ha spesso trasformato l'ente pubblico da soggetto gestore in una sorta holding che si occupa dell'attività di direzione e coordinamento delle società strumentali partecipate (art. 2497 c.c.). Questa discutibile esigenza ha portato ad enucleare un vero e proprio monstrum giuridico che, come visto, le Sezioni Unite (hanno ormai delineato (...), e cioè della società intesa come articolazione organizzativa dell'ente” (...) “Questa operazione non supportata normativamente dall'emersione di un tipo, genera tuttavia una confusione che non tiene conto del fatto che alcune categorie concettuali e sistematiche di diritto pubblico e comunitario non sono affatto applicabili sic et simpliciter al diritto commerciale” (Fimmanò F. “Il macroproblema irrisolto della responsabilità dell'ente pubblico socio per abuso del dominio della società partecipata”, in AA.VV. “Le Società Pubbliche”, a cura di Fimmanò F., Catricalà A., *Universitas Mercatorum*, 2016, p. 71 ss.).

Alcune di queste deviazioni sono destinate a produrre impatti significativi sugli equilibri economico finanziari e patrimoniale della società partecipata e, di conseguenza, sugli equilibri dell'ente partecipante. È pertanto utile evidenziare gli aspetti più rilevanti di questa disciplina.

Per quanto attiene al modello organizzativo utilizzabile, l'art. 17, comma 4 del TUSP stabilisce che nelle società di cui al presente articolo:

“a) gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'[articolo 2380-bis](#) e dell'[articolo 2409-novies del codice civile](#) al fine di consentire il controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell'impresa;

b) gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici partecipanti e ai soci privati di particolari diritti, ai sensi dell'[articolo 2468, terzo comma, del codice civile](#), e derogare all'[articolo 2479, primo comma, del codice civile](#) nel senso di eliminare o limitare la competenza dei soci;

c) gli statuti delle società per azioni possono prevedere l'emissione di speciali categorie di azioni e di azioni con prestazioni accessorie da assegnare al socio privato;

d) i patti parasociali possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'[articolo 2341-bis, primo comma, del codice civile](#), purché entro i limiti di durata del contratto per la cui esecuzione la società è stata costituita”.

Ed il comma 5 soggiunge che *“Nel rispetto delle disposizioni del presente articolo, al fine di ottimizzare la realizzazione e la gestione di più opere e servizi, anche non simultaneamente assegnati, la società può emettere azioni correlate ai sensi dell'[articolo 2350, secondo comma, del codice civile](#), o costituire patrimoni destinati o essere assoggettata a direzione e coordinamento da parte di un'altra società”.*

Le deviazioni più significative, e rilevanti ai fini che qui interessano, sono tuttavia quelle che attengono alla scelta del socio privato ed alla durata e cassazione della sua partecipazione.

Al riguardo, il comma 1 dell'art. 17 stabilisce che nelle società a partecipazione mista pubblico-privata:

- la quota di partecipazione del soggetto privato “non può essere inferiore al trenta per cento”;
- e la selezione del medesimo si svolge con procedure di evidenza pubblica “che hanno a oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista”¹³.

Il comma 3 dell'art. 17 stabilisce inoltre che:

- *“La durata della partecipazione privata alla società, aggiudicata ai sensi del comma 1 del presente articolo, non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione”.*

Inoltre:

¹³ Il comma 2 dell'art. 17 stabilisce che *“Il socio privato deve possedere i requisiti di qualificazione previsti da norme legali o regolamentari in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita. All'avviso pubblico sono allegati la bozza dello statuto e degli eventuali accordi parasociali, nonché degli elementi essenziali del contratto di servizio e dei disciplinari e regolamenti di esecuzione che ne costituiscono parte integrante. Il bando di gara deve specificare l'oggetto dell'affidamento, i necessari requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed economico-finanziario dei concorrenti, nonché il criterio di aggiudicazione che garantisca una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione pubblica che ha indetto la procedura. I criteri di aggiudicazione possono includere, tra l'altro, aspetti qualitativi ambientali, sociali connessi all'oggetto dell'affidamento o relativi all'innovazione”.*

- *“Lo statuto prevede meccanismi idonei a determinare lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio”.*

Lo scioglimento del rapporto societario comporta l’insorgere ha come effetto l’obbligo della società di rimborsare al socio cessato il valore della partecipazione.

Il TUSP nulla dice, tuttavia, sui criteri di liquidazione della partecipazione al socio privato cessato: donde occorre necessariamente fare riferimento alle disposizioni del diritto societario che regolano la materia.

La regolamentazione delle modalità di liquidazione del valore della partecipazione del socio uscente in caso di scioglimento del rapporto sociale limitatamente ad un socio, è contenuta nelle disposizioni che disciplinano l’ipotesi di recesso (artt. 2437 e ss. c.c., nelle S.p.A.; art. 2473 c.c., nella SRL). L’art. 2473-bis c.c., che prevede l’ipotesi di esclusione del socio nelle SRL, estende inoltre a questa ipotesi la disciplina dettata per il recesso, con la sola precisazione che in questo caso è “esclusa la possibilità di rimborso della partecipazione mediante riduzione del capitale sociale”.

Orbene, i criteri secondo i quali deve essere liquidata la partecipazione del socio cessato sono dettati dall’art. 2437-ter, comma 2 c.c., a norma del quale – per le società non quotate nei mercati regolamentati - *“il valore di liquidazione delle azioni è determinato dagli amministratori, sentito il parere del collegio sindacale e del soggetto incaricato della revisione legale dei conti, tenuto conto della consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali nonché dell’eventuale valore di mercato delle azioni”.*

Inoltre, poiché la norma fa riferimento al valore di mercato della società alla data in cui si verifica il fatto o la delibera che comporta l’insorgere del diritto di recesso, si ritiene che, in sede di valutazione della partecipazione, non si possa tener conto delle conseguenze in termini di indebolimento della capacità dell’azienda di produrre reddito insite nello stesso recesso; così come non sembra che si debba assoggettare il valore di liquidazione accertato ad uno sconto di minoranza, posto che la legge non lo prevede, ed anzi, invocando il principio di proporzionalità (del valore percentuale della quota rispetto a quello della società), sembrerebbe escluderlo consapevolmente¹⁴.

Occorre ancora riferire, per completezza, che l’articolo 2437-ter c.c., al comma 4, prevede che lo statuto può stabilire criteri diversi di determinazione del valore di liquidazione della quota, indicando gli elementi dell’attivo e del passivo del bilancio che possono essere rettificati rispetto ai valori risultanti dal bilancio, unitamente ai criteri di rettifica, nonché altri elementi suscettibili di valutazione patrimoniale da tenere in considerazione. Tuttavia **questa regola non consente alla società di introdurre criteri che possano condurre ad un valore delle azioni superiore o inferiore rispetto a quello ottenuto applicando i criteri legali**¹⁵.

¹⁴ Sul punto si rimanda alla dottrina citata in “Commentario breve al diritto delle società, a cura di MAFFEI ALBERTI, Padova, 2017, pag. 1207 e ss.).

¹⁵ La finalità del legislatore è infatti quella di consentire un ambito di discrezionalità comunque volto a garantire l’attribuzione alle azioni di un valore corretto e proporzionalmente determinato in relazione all’effettivo reale valore della società. Ciò si spiega con il fatto che l’attribuzione di un valore corretto non è solo un affare privato dei soci, da regolare in base il principio dell’autonomia privata, ma è una questione che coinvolge anche interessi pubblici e diffusi: e cioè gli interessi della società, dei creditori e dei terzi, posto che il processo di liquidazione della quota sfocia nell’obbligo di acquisto delle azioni da parte della società (qualora non avvenga ad opera dei soci), comportando la riduzione del capitale sociale, o addirittura lo scioglimento della società, con comprensibile rilevante impatto sui creditori e su tutti gli stakeholder. Quanto sopra affermato vale a maggior ragione nel caso in cui la società sia una società a partecipazione pubblica costituita per lo svolgimento di servizi pubblici essenziali, poiché in questo caso l’adozione di criteri erronei o fuorvianti di valorizzazione delle azioni si riverbererebbe sugli interessi pubblici sottesi, con conseguente innegabile danno erariale. I criteri statuari valgono quindi a consentire una migliore identificazione del valore reale della società e di conseguenza delle azioni da liquidare: per cui lo statuto potrà limitare, o al limite escludere l’operatività dei tre criteri indicati dalla legge e indicare un solo criterio da utilizzare, o all’opposto potrà indicare un particolare meccanismo di

I "meccanismi idonei a determinare lo scioglimento del rapporto societario" (recesso, esclusione, annullamento delle azioni, etc.) possono essere vari e devono essere articolati e disciplinati nello statuto.

Ma indipendentemente dalla soluzione o dal mix di soluzioni adottate, **la cessazione della partecipazione comporta quindi l'insorgere, in capo al socio, di un credito rilevante**, la cui soddisfazione potrà avvenire da parte di un terzo (qualora la partecipazione venga posta nuovamente a gara unitamente al nuovo contratto di servizio); ma qualora non si intenda addivenire ad una nuova gara (o la stessa vada deserta) **la liquidazione dovrà avvenire o mediante acquisto della partecipazione cessata da parte degli altri soci, oppure dovrà essere effettuata dalla società utilizzando riserve disponibili; e in mancanza, corrispondentemente riducendo il capitale sociale (mentre, qualora il capitale risulti insufficiente per il rimborso della partecipazione del socio receduto, la società dovrà essere posta in liquidazione).**

È dunque chiaro come il tema della cessazione del socio privato, per gli effetti che è destinato a produrre sugli equilibri della società e degli enti partecipanti, debba essere affrontato con la necessaria accortezza dall'organo amministrativo e costantemente monitorato dagli organi controllo e revisione.

La centralità degli obblighi di adeguata organizzazione e pianificazione dell'attività di impresa

Il sistema dell'amministrazione e controllo delle società di capitali (pubbliche o private) è oggi caratterizzato da un vasto corpo normativo (frutto di leggi, direttive e relative norme attuative) che, concentrando l'attenzione sulla rilevanza (interna ed esterna) del controllo di gestione, hanno introdotto per tutte le imprese l'obbligo di istituire un adeguato sistema di assetti organizzativi, amministrativi e contabili, volti a rilevare, prevenire, monitorare e gestire i rischi a cui l'azienda è esposta, a tutela di tutti gli stakeholder che a vario titolo subiscono gli effetti dell'attività d'impresa.

L'obbligo dell'imprenditore di adottare assetti organizzativi adeguati è stato introdotto in via generale mediante la modifica dell'art. 2086 c.c., che sotto la nuova rubrica "*Gestione dell'impresa*" si è arricchito di un secondo comma destinato ad assumere ruolo centrale nella disciplina dell'impresa. Il nuovo comma stabilisce infatti che "*L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale*".

In realtà, ancor prima dell'entrata in vigore del CCII e della modifica dell'art. 2086 CCII, il TUSP, precorrendo i tempi, aveva concentrato l'attenzione sui requisiti di organizzazione delle società in controllo pubblico.

Ed infatti l'art. 6 del TUSP, sotto la rubrica "*principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico*", al comma 3 impone di valutare l'opportunità di integrare, "*in considerazione delle dimensioni e delle caratteristiche organizzative nonché dell'attività svolta*", gli strumenti di governo societario con "

combinazione di più criteri. Il solo limite posto all'autonomia statutaria è dato dall'idoneità delle regole statutarie a raggiungere il risultato del valore reale della società e, di conseguenza, della partecipazione del socio cessato.

a) *regolamenti interni volti a garantire la conformità dell'attività della società alle norme di tutela della concorrenza, comprese quelle in materia di concorrenza sleale, nonché alle norme di tutela della proprietà industriale o intellettuale;*

b) *un ufficio di controllo interno strutturato secondo criteri di adeguatezza rispetto alla dimensione e alla complessità dell'impresa sociale, che collabora con l'organo di controllo statutario, riscontrando tempestivamente le richieste da questo provenienti, e trasmette periodicamente all'organo di controllo relazioni sulla regolarità e l'efficienza della gestione;*

c) *codici di condotta propri, o adesione a codici di condotta collettivi aventi a oggetto la disciplina dei comportamenti imprenditoriali nei confronti di consumatori, utenti, dipendenti e collaboratori, nonché altri portatori di legittimi interessi coinvolti nell'attività della società;*

d) *programmi di responsabilità sociale d'impresa, in conformità alle raccomandazioni della Commissione dell'Unione europea”.*

Il successivo comma 4 stabilisce inoltre che “*Gli strumenti eventualmente adottati ai sensi del comma 3 sono indicati nella relazione sul governo societario che le società controllate predispongono annualmente, a chiusura dell'esercizio sociale e pubblicano contestualmente al bilancio d'esercizio*”.

E il comma 5 soggiunge che “*Qualora le società a controllo pubblico non integrino gli strumenti di governo societario con quelli di cui al comma 3, danno conto delle ragioni all'interno della relazione di cui al comma 4*”.

In questo quadro normativo si innestano tuttavia le numerose disposizioni (assai discutibili e discusse e spesso di ardua interpretazione) che hanno **compresso in misura significativa la libertà dell'azionista pubblico di definire gli assetti gestori della società e che condizionano pesantemente l'organo amministrativo in sede di attuazione degli adeguati assetti organizzativi** imposti dalla disciplina sopra richiamata, introducendo limiti alla composizione dell'organo gestorio e financo alla modalità di attribuzione dei poteri in seno all'organo amministrativo.

I limiti alla libertà di organizzazione delle società in controllo pubblico

La prima, stringente, limitazione è quella prevista dai co. 2, 3, e 4 dell'art. 11 del T.U., che (sotto la rubrica “*Organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico*”) sancisce i seguenti principi imperativi in tema di composizione dell'organo amministrativo:

- (co. 2) l'organo amministrativo delle società a controllo pubblico è costituito, di norma, da un **Amministratore unico**;
- (co. 3) l'assemblea della società a controllo pubblico, con delibera motivata con riguardo a specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa e tenendo conto delle esigenze di contenimento dei costi, può disporre che la società sia amministrata da un **Consiglio di amministrazione** composto da **tre o cinque membri**;
- (co. 4) nella scelta degli amministratori delle società a controllo pubblico, le amministrazioni assicurano il rispetto del principio di **equilibrio di genere**, almeno nella misura di un terzo, da computare sul numero complessivo delle designazioni o nomine effettuate in corso d'anno. Qualora la società abbia un organo amministrativo collegiale, lo statuto prevede che la scelta degli amministratori da eleggere sia effettuata nel rispetto dei criteri stabiliti dalla L. 12.7.2011 n. 120¹⁶.

¹⁶ A norma dell'art. 1-ter della L. 2.7.2011 n. 120 sopra richiamata, lo statuto deve prevedere che il riparto degli amministratori da eleggere sia effettuato in base a un criterio che assicuri l'equilibrio tra i generi. Il genere meno rappresentato deve ottenere almeno un terzo degli amministratori eletti. Tale criterio di riparto si applica per

La seconda limitazione è quella prevista dal co. 9 dell'art. 11, che stabilisce che *“Gli statuti delle società a controllo pubblico prevedono altresì (...) l'attribuzione da parte del consiglio di amministrazione di deleghe di gestione a un solo amministratore, salva l'attribuzione di deleghe al presidente ove preventivamente autorizzata dall'assemblea”*.

Questa seconda limitazione appare ancora più assurda per chi analizzi la normativa dall'angolo di visuale proprio del diritto societario: poiché la distribuzione di deleghe in seno al Consiglio di amministrazione, secondo criteri di competenza, professionalità ed efficienza, costituisce un presupposto essenziale per garantire assetti organizzativi adeguati e una ripartizione delle responsabilità coerente con i ruoli rivestiti. Mentre, sotto altro profilo, ai fini specifici della gestione del rischio preso in considerazione dal Dlgs. 231/2001, nelle organizzazioni complesse il principio della separazione dei poteri costituisce uno strumento fondamentale per attuare adeguati sistemi di controllo interno volti a monitorare e ed evitare il rischio di commissione di reati presupposto¹⁷.

All'organo amministrativo compete il compito di adottare le soluzioni e gli strumenti idonei per realizzare assetti organizzativi adeguati nelle società soggette alle limitazioni normative e operative sopra descritte.

All'organo di controllo compete l'obbligo di vigilare sull'adeguatezza degli assetti e di segnalarne le eventuali carenze e gli interventi necessari per sopperirvi.

Il riconoscimento del valore economico, sociale ed occupazionale dell'impresa in funzionamento e gli obblighi di adeguata organizzazione e pianificazione in funzione della prevenzione del rischio di crisi

Tra i fattori di cambiamento che hanno inciso sulla gestione e sul controllo delle partecipate pubbliche deve essere segnalato il pieno riconoscimento – finalmente avvenuto a livello comunitario e nazionale – del valore dell'impresa in funzionamento, valorizzando gli strumenti dell'allerta interna ed il ruolo propulsivo dell'organo di controllo societario: in coerenza con le indicazioni di fonte comunitaria recepite nel Dlgs. 14/2019 e sm. (il CCII)¹⁸.

tre mandati consecutivi. Lo statuto provvede a disciplinare le modalità di formazione delle liste e i casi di sostituzione in corso di mandato al fine di garantire il rispetto del criterio di riparto previsto dal presente comma. Le stesse disposizioni sono riprese dall'art. 2 co. 2 del DPR 251/2012, ove è previsto che *“gli statuti disciplinano la formazione delle liste in applicazione del criterio di riparto tra generi, prevedendo modalità di elezione e di estrazione dei singoli componenti idonee a garantire il rispetto delle previsioni di legge”*.

¹⁷ Le limitazioni sopra descritte trovano la loro spiegazione in due fenomeni particolarmente radicati nel contesto economico, sociale e normativo contemporaneo. Il primo fenomeno è quello, già citato, che ha visto l'impiego delle società in controllo pubblico come strumento con cui aggirare i vincoli della finanza pubblica.

Il secondo fenomeno è la tradizionale tendenza delle Amministrazioni Pubbliche a replicare, anche nel più evoluto e sofisticato sistema delle società di capitali, il Modello organizzativo tipico delle “aziende speciali”, in cui le cariche di rappresentanza dell'ente sono affidate a soggetti investiti di un ruolo essenzialmente politico, mentre la gestione operativa è di regola affidata al Direttore Generale, e cioè a un soggetto che, nonostante l'elevato grado di autonomia e responsabilità, è comunque legato da un rapporto di subordinazione gerarchica con i soggetti che rappresentano l'ente. La realtà è infatti caratterizzata dalla presenza di un elevato numero di società in house o in controllo pubblico in cui i componenti del Consiglio di amministrazione sono addirittura privi di deleghe, e le funzioni gestorie sono svolte dal Direttore Generale, che nella maggior parte dei casi riceve indicazioni direttamente dall'azionista pubblico di controllo e nella gestione quotidiana si uniforma alle indicazioni di quest'ultimo, senza previamente informare il Consiglio di amministrazione.

¹⁸ Già nel 2014, con la Raccomandazione 2014/135/UE, la Commissione aveva segnalato l'esigenza e l'urgenza per gli stati membri di *«garantire alle imprese sane in difficoltà finanziaria, ovunque siano stabilite nell'Unione, l'accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce in*

In questo nuovo ambiente normativo è nodale la collocazione degli **strumenti di allerta interna ed esterna** (disciplinati dagli artt. 25-octies, 25-nonies e 25-decies del CCII), quali misure volte a favorire il monitoraggio della continuità aziendale (attraverso l'intercettazione precoce dei segnali di pre-crisi e crisi), consentire l'adozione tempestiva delle iniziative volte al riequilibrio economico finanziario e al risanamento dell'impresa, e aumentare l'efficienza delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, mediante l'incentivazione della richiesta da parte del debitore, in una fase molto anticipata, dell'accesso ai quadri e alle tecniche di ristrutturazione preventiva disponibili.

Questo passaggio è culminato con l'introduzione nel nostro ordinamento della **composizione negoziata della crisi d'impresa** (disciplinata al Capo I del CCII): strumento cui il legislatore affida un ruolo assolutamente centrale e preminente ai fini del superamento del rischio di crisi mediante il risanamento dell'azienda, preservando il valore dell'impresa come *going concern*.

Varie considerazioni di ordine letterale e sistematico inducono a ritenere che le disposizioni del CCII non modifichino quelle del TUSP, ma le integrino¹⁹.

Il primo effetto di questa integrazione è che i requisiti minimi di adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva del rischio di crisi, dettagliati dall'art. 3 del CCII, costituiscono ora la base minima di partenza dei “*programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale*” che le società a controllo pubblico devono predisporre ed illustrare “*all'assemblea*” nell'ambito della relazione sul governo societario che le società controllate predispongono annualmente, a chiusura dell'esercizio sociale e pubblicano contestualmente al bilancio d'esercizio²⁰.

Il secondo effetto è che l'avvio della **procedura di composizione negoziata della crisi costituisce oggi la prima attivazione che – anche nelle società a partecipazione pubblica o in controllo pubblico - l'organo amministrativo deve assumere** allorché emergano segnali di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza e risulti ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa (a norma dell'art. 14, comma 2, del TUSP, “*Qualora emergano, nell'ambito dei programmi di valutazione del rischio di cui all'articolo*

modo da evitare l'insolvenza, massimizzandone pertanto il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale». La Raccomandazione è stata raccolta dalla direttiva (UE) 2019/1023, che ha imposto ai Paesi membri di «*garantire agli imprenditori sani che sono in difficoltà finanziarie la possibilità di accedere a quadri nazionali efficaci in materia di ristrutturazione preventiva che consentano loro di continuare a operare e salvaguardare il valore delle loro aziende e i livelli occupazionali*». La Direttiva è stata infine recepita con il D.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, che ha modificato la disciplina del CCII incorporandovi organicamente il nuovo strumento della composizione negoziata della crisi, introdotta con il DL 118/2021.

¹⁹ La prima considerazione, sul piano sistematico e teleologico, è che, ancor prima dell'avvento del CCII, il sistema di valutazione (e dei relativi indicatori) del TUSP si era rivelato precursore di una filosofia, quella della rilevazione anticipata dei segnali della crisi (*early warning*), che ha successivamente trovato piena declinazione, a livello comunitario, con la direttiva 1023/2019 del Parlamento Europeo e del Consiglio, riguardante “*i quadri di ristrutturazione preventiva (...) e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione*”, cui si è uniformato il DL 118/2021. La seconda considerazione, sul piano strettamente normativo, è che l'applicazione delle nuove disposizioni alle società in controllo pubblico trova precisi riferimenti incrociati nelle norme del CCII e del TUSP, che non pongono deroghe al loro ambito di applicazione. Ed infatti, l'art. 14 del TUSP, sotto la rubrica “*Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*”, ha stabilito espressamente che “*Le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*”.

²⁰ Il dettato 3 del CCII è assolutamente chiaro nel sancire il preciso dovere che tutte le imprese si organizzino per adottare un sistema di controllo di gestione che consenta quanto meno la verifica ed il monitoraggio periodico degli indicatori sopra riportati. In caso contrario sarà facile rilevare l'inadeguatezza degli assetti organizzativi (in funzione della rilevazione e gestione precoce della crisi) e configurare a carico degli organi di amministrazione e controllo un'ipotesi di responsabilità nei confronti della società e dei creditori sociali per i danni conseguenti all'aggravamento del dissesto (che si sarebbe potuto evitare con un sistema di monitoraggio costante degli indicatori sopra indicati).

6, comma 2, uno o più indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo della società a controllo pubblico adotta senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento).

La prova dell'attivazione tempestiva della procedura di composizione negoziata consente di evitare la responsabilità degli organi di amministrazione e controllo per la prosecuzione dell'attività d'impresa, con assunzione di nuovo rischio imprenditoriale, pur in presenza di una causa di scioglimento, ai sensi dell'art. 2486 c.c.

E il mancato avvio, da parte dell'organo amministrativo, della **procedura di composizione negoziata della crisi potrà configurare – sempre ai sensi dell'art. 14, comma 2, del TUSP – “grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile”**, suscettibile quindi di legittimare il ricorso al controllo esterno da parte del Tribunale.

I limiti al ripianamento delle perdite ed al finanziamento delle società controllate da parte del socio pubblico

È opportuno ancora ricordare, ai fini che qui interessano, due importanti **limitazioni alla facoltà del socio pubblico di intervenire a sostegno della società controllata in default**.

La prima limitazione consiste nel divieto, sancito dal comma 4 dell'art. 14 del TUSP, di procedere ad un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, *“anche se attuato in concomitanza a un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte”*.

La seconda limitazione consiste nel divieto, sancito dal comma 5 dell'art. 14 del TUSP a carico delle amministrazioni socie (salve le ipotesi di riduzione del capitale al di sotto del limite legale previste dagli articoli 2447 e 2482-ter del codice civile), di *“sottoscrivere aumenti di capitale, effettuare trasferimenti straordinari, aperture di credito e rilasciare garanzie a favore delle società partecipate, con esclusione delle società quotate e degli istituti di credito, che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali”*.

Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti straordinari alle società partecipate a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti, *“purché le misure indicate siano contemplate in un piano di risanamento, approvato dall'Autorità di regolazione di settore ove esistente e comunicato alla Corte dei conti, che contempli il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni*.

Inoltre, a norma del comma 6 del medesimo art. 14, *“Nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita”*.

Il sistema dei controlli nelle partecipate: collegio sindacale, revisore o società di revisione, organo di controllo monocratico nella SRL

In virtù dell'espresso rinvio previsto dall'art. 1, comma 3 del TUSP, la disciplina dei controlli nelle società a partecipazione pubblica è quella prevista dal codice civile, con le seguenti limitazioni, previste dal secondo comma dell'art. 3:

- a) Nelle società per azioni a controllo pubblico la revisione legale dei conti non può essere affidata al collegio sindacale;
- b) Nelle società a responsabilità limitata a controllo pubblico l'atto costitutivo o lo statuto in ogni caso prevede la nomina dell'organo di controllo o di un revisore.

La decisione del legislatore di accordare al socio pubblico la facoltà di optare, nel caso di costituzione di una SRL, tra nomina di un organo di controllo e nomina di un revisore, è opinabile, in quanto offre spazio ad un "affievolimento" dei controlli proprio in un settore in cui la natura pubblica delle risorse impiegate richiederebbe invece una particolare attenzione alla rapidità ed efficacia degli strumenti di vigilanza sulla gestione.

Su questo tema ci si soffermerà pertanto infra.

Il ruolo centrale dell'organo di controllo ed i suoi obblighi di attivazione a tutela di interessi diffusi (della società, dei soci, dei creditori e dei terzi)

Un sistema di controllo in tanto può essere efficace in quanto non si limiti ad attribuire ai controllori poteri di investigazione, bensì attribuisca loro anche il potere di intervenire sull'operato dei controllati sia con funzione preventiva, al fine di impedire eventuali deviazioni del loro operato, sia con funzione di indirizzo, al fine di orientare la gestione ai canoni della legalità e correttezza, sia in funzione interdittiva/repressiva, e cioè al fine di sanzionare i comportamenti illegittimi ed attenuarne le conseguenze pregiudizievoli.

Nel sistema dei controlli delineati dal codice civile (come integrato dalle norme del CCII), questa funzione è svolta dal Collegio sindacale (o organo di controllo monocratico nella SRL), che è investito di penetranti poteri di attivazione volti a garantire interessi diffusi (della società, dei soci, dei creditori e dei terzi).

Il primo stadio di attivazione consiste nell'esercizio di una **funzione di indirizzo, rivolta all'organo amministrativo**, al fine di orientare la gestione ai canoni della legalità e correttezza,

Orbene l'Organo di controllo, di fronte a condotte irregolari o comunque contrarie a legge o statuto, ha il preciso obbligo di segnalare agli amministratori le condotte cui devono attenersi e di comunicare loro il suo dissenso, al fine di **orientare** diversamente le scelte degli amministratori e ricondurle alla legalità.

Tale **potere-dovere monitorio e di indirizzo** può essere esercitato mediante l'invio agli amministratori di osservazioni e proposte, o, nei casi più gravi, diffide dal compimento di determinati atti o richieste di revoca degli stessi.

Inoltre, nonostante la formulazione infelice dell'art. 2405 c.c. (che attribuisce ai sindaci esclusivamente il potere di "assistere" alle riunioni del consiglio di amministrazione), in considerazione della funzione consultiva che i sindaci rivestono, si deve ritenere che il potere di indirizzo possa essere fatto valere dall'organo di controllo in sede di consiglio mediante la formulazione di pareri, proposte e inviti, o, in caso di contrasto con gli amministratori, mediante verbalizzazione del dissenso.

All'Organo di controllo è precluso il potere di convocare il Consiglio di amministrazione. È tuttavia sempre possibile, in caso di amministrazione collegiale, sollecitare al presidente la convocazione del Consiglio di amministrazione in relazione a determinate iniziative.

Tale potere costituisce inoltre un preciso dovere ogniqualvolta occorra assumere delibere urgenti nell'interesse della società.

A ciò si aggiunge il potere/dovere dell'organo di controllo di "**chiedere agli amministratori notizie, anche con riferimento a società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari**" (art. 2403-bis, 2° co., c.c.,).

Accanto a questo limitato potere-dovere monitorio, la legge attribuisce ai sindaci un preciso potere-dovere di **referire il risultato dei propri controlli all'assemblea**: e cioè all'organo cui compete il potere di nomina e revoca degli amministratori ed al quale gli amministratori devono rendere conto del loro operato.

A questo riguardo, il 2° co. dell'art. 2406 c.c., attribuisce al collegio sindacale un **autonomo potere di convocazione dell'assemblea**: in base a tale norma il collegio sindacale oggi può, ed anzi deve, "*previa comunicazione al presidente del consiglio di amministrazione, convocare l'assemblea qualora nell'espletamento del suo incarico ravvisi fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere*".

Infine, "*se vi è fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate*", **l'organo di controllo potrà sollecitare l'intervento del Tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c.**

Tale iniziativa, atteso l'impatto che – per la sua gravità e per le conseguenze che ne possono derivare – può comportare sulla società, costituisce l'*ultima ratio*. L'Organo di controllo, in caso di fondato sospetto di gravi irregolarità degli Amministratori, dovrà quindi esaminare e dare corso preliminarmente ad iniziative alternative, volte ad adottare provvedimenti adeguati, informare tutti gli Amministratori, conferire con gli Organi delegati, sollecitare la convocazione del Consiglio di Amministrazione, e ove necessario convocare l'Assemblea (per l'assunzione dei provvedimenti di competenza della stessa (proponendo la revoca e sostituzione degli amministratori, e la promozione dell'azione di responsabilità – da parte dell'assemblea o dei singoli soci).

Solo nel caso in cui tali procedure alternative risultino impercorribili o in caso di inutilità delle stesse o in caso di urgenza, l'Organo di controllo procederà alla denuncia al Tribunale, che in questo caso integrerà un suo preciso dovere.

Occorre infine ricordare che, a seguito dell'entrata in vigore del CCII, tra i poteri-doveri di attivazione dell'organo di controllo è stata inclusa la **richiesta della liquidazione giudiziale della società**, ai sensi dell'art. 37 del CCII (norma che, attribuendo al Collegio sindacale la legittimazione alla presentazione dell'istanza, ha colmato una lacuna che, sotto il sistema previgente, finiva spesso con il frustrare le possibilità di attivazione dell'organo di controllo a tutela dei creditori e dei terzi).

Ed infatti il vecchio RD 267/42 (Legge Fallimentare), prevedeva all'art. 6 che la dichiarazione di fallimento potesse avvenire solo "*su ricorso del debitore, di uno o più creditori o su richiesta del pubblico ministero*", escludendo che la dichiarazione di fallimento potesse avvenire su segnalazione dell'organo di controllo.

All'organo di controllo permaneva la possibilità di segnalare l'insolvenza al Pubblico Ministero, ma l'art. 7. del RD 267/42 limitava l'iniziativa di quest'ultimo ad alcune specifiche ipotesi di insolvenza conclamata: e cioè "*1) quando l'insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore; 2) quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile*".

Questa lacuna del sistema finiva spesso con il frustrare le possibilità di attivazione dell'organo di controllo, cui si profilava come unica soluzione quella di chiedere l'intervento del Tribunale ai sensi

dell'art. 2409 c.c.: con il risultato, purtroppo frequente, che il fallimento veniva richiesto in ritardo dall'amministratore giudiziario nominato dopo l'espletamento della relativa procedura, quando il patrimonio della società era ormai disperso.

Il CCII ha sovvertito questa impostazione, stabilendo espressamente, all'art. 37 co. 2 (sotto la rubrica "Iniziativa per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza"), che *"la domanda di apertura della liquidazione giudiziale è proposta con ricorso del debitore, degli organi e delle autorità amministrative che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa, di uno o più creditori o del pubblico ministero"*.

L'articolo 38 co. 1 del CCII (sotto la rubrica: *"Iniziativa del pubblico ministero"*) stabilisce inoltre che: *"il pubblico ministero presenta il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale in ogni caso in cui ha notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza"*.

Il quadro degli strumenti di cui dispone l'organo di controllo si arricchisce quindi notevolmente: il che consente anche di effettuare una valutazione più attenta e approfondita circa le iniziative più idonee da adottare in relazione alla situazione della società, alla gravità della crisi, al comportamento dell'organo amministrativo, ai profili di urgenza, al carattere e agli effetti particolarmente invasivi che l'iniziativa volta alla richiesta della liquidazione giudiziale è destinata ad assumere.

La richiesta della liquidazione giudiziale si propone infatti come alternativa alle opzioni della denuncia al Tribunale, ai sensi dell'art. 2409 c.c., e alla segnalazione al PM.

Sembra corretto ritenere che la richiesta di liquidazione giudiziale costituisca l'ultima opzione, da esperire nel caso in cui la crisi sia conclamata ed irreversibile e l'organo amministrativo sia totalmente inerte e assente e occorra interrompere al più presto possibile l'attività della società al fine di non aggravare il dissesto in danno dei creditori e dei terzi.

Il principio della separazione tra attività di controllo sull'amministrazione e controllo sulla contabilità e sul bilancio

Come noto, l'attuale sistema dei controlli societari, disciplinato dal D. Lgs. 6/2003 e dal Dlgs. 39/2010 (come modificato Dlgs. 135/2016.) si fonda sulla separazione tra attività di controllo sull'amministrazione, affidata all'Organo di controllo (Collegio sindacale o Organo di controllo monocratico per le SRL), ed il controllo sulla contabilità e sul bilancio, affidato al Revisore (o alla Società di revisione).

Questa separazione di funzioni e ruoli assume rilevanza centrale anche in relazione al problema della rilevazione tempestiva dei segnali di crisi e dei fattori di rischio che possono comportare la compromissione della continuità aziendale.

Ed infatti al Revisore compete l'obbligo di monitorare costantemente la continuità aziendale e di segnalare alla direzione i fattori di rischio che possono portare ad una sua compromissione (in questo senso dispone il principio di revisione 570, che, in virtù del richiamo previsto dall'art. 11 del Dlgs. 39/2010, assume forza di legge).

All'Organo di controllo, nell'ambito dei doveri di vigilanza *"sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento"* (Art. 2403, c.c.), come integrati dalle Norme di comportamento elaborate dal CNDCEC, compete l'obbligo di vigilare *"che il sistema di Controllo e gli assetti organizzativi adottati dalla società risultino adeguati a rilevare tempestivamente segnali di perdita della continuità aziendale"* (norma 11.1) nonché *"adeguati anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa"*.

Inoltre (in coerenza con i meccanismi di allerta interna introdotti dall'art. 25-octies del CCII), qualora nell'ambito della vigilanza richiesta dalla legge, l'Organo di controllo rilevi *“l'esistenza di condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza della società, lo segnala tempestivamente e per iscritto all'organo amministrativo”* (norma 11.3).

Per contro al Revisore, la cui funzione presuppone una presenza costante ed un'attività continuativa di verifica dei fatti aziendali, con particolare riferimento alla sussistenza del presupposto della continuità d'impresa, è preclusa ogni possibilità diretta di intervento volta ad impedire o sanzionare il comportamento degli amministratori in caso di rilevazione di irregolarità o violazioni di legge.

Ed invero, al di là delle informazioni e valutazioni che il revisore deve rilasciare in sede di relazione e giudizio sul bilancio (che sono palesemente inidonee a svolgere una funzione preventiva), le possibilità di reazione da parte del revisore legale vanno necessariamente ricondotte nell'ambito del flusso informativo verso il Collegio sindacale, ex art. 2409-septies, al fine di sollecitare l'attivazione di quest'ultimo. Ma nel caso in cui il Collegio sindacale rimanga inerte o sia appiattito sulla posizione degli amministratori, al revisore è preclusa ogni possibilità di comunicare con gli azionisti o attivare in via diretta la reazione degli organi sociali²¹.

Mentre poteri preventivi ed impeditivi penetranti (quali la convocazione dell'assemblea, la promozione dell'azione di responsabilità, la facoltà di sollecitare l'intervento del Tribunale, ai sensi dell'art. 2409 c.c., ed il potere di richiedere la liquidazione giudiziale della società, ai sensi dell'art. 37 CCII) sono attribuiti all'Organo di controllo, sebbene la sua funzione sia disciplinata come un'attività intermittente che si realizza attraverso le verifiche periodiche e la partecipazione alle riunioni del Consiglio di Amministrazione (in caso di amministrazione collegiale).

Inoltre, sul piano della prevenzione (e nonostante il carattere per sua natura “intermittente” dell'attività di vigilanza) al Collegio sindacale è fatto obbligo di vigilare che il sistema di controllo e gli assetti organizzativi adottati dalla società risultino adeguati a rilevare tempestivamente segnali di perdita della continuità aziendale e di crisi dell'impresa, nonché di verificare che l'Organo Delegato si avvalga di piani adeguati e riferisca periodicamente in merito al Consiglio di amministrazione con la frequenza richiesta dal tipo di attività svolta e dai rischi cui la società è esposta²².

SPA e SRL a confronto: un disallineamento normativo da considerare

La separazione delle funzioni e dei ruoli affidati, rispettivamente, all'organo di controllo ed al revisore, consente il perpetuarsi di una situazione di **sperequazione con riferimento alla disciplina**

²¹ Invero il principio di revisione 570 pone a carico del revisore un obbligo di monitoraggio costante della continuità aziendale e di segnalazione alla direzione i fattori di rischio che possono portare ad una sua compromissione. Tuttavia il Dlgs. 39/210 non pone a carico del revisore alcun potere impeditivo e di reazione. L'art. 14 del Dlgs. 39/2010 (*“Relazione di revisione e giudizio sul bilancio”*) si limita stabilire al co. 1 che *“Il revisore legale o la società di revisione legale incaricati di effettuare la revisione legale dei conti: a) esprimono con apposita relazione un giudizio sul bilancio di esercizio e sul bilancio consolidato, ove redatto ed illustrano i risultati della revisione legale; b) verificano nel corso dell'esercizio la regolare tenuta della contabilità sociale e la corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili”*. Il comma 6 soggiunge che *“I soggetti incaricati della revisione legale hanno diritto ad ottenere dagli amministratori documenti e notizie utili all'attività di revisione legale e possono procedere ad accertamenti, controlli ed esame di atti e documentazione”*. Ma a questi obblighi ed a questi diritti non si accompagnano poteri di reazione ulteriori rispetto agli obblighi di scambio di informazioni con il Collegio sindacale di cui all'art. 2409-septies c.c.

²² Precise indicazioni in questo senso si ricavano dai principi di comportamento elaborati dai Consigli Nazionali dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili, ed in particolare dalle Norme 11.1 e 11.2 (recentemente rielaborate proprio in funzione delle nuove disposizioni in materia societaria introdotte dal CCII), che si concentrano sull'attività diretta alla prevenzione ed emersione della crisi.

della SRL (sperequazione che ha l'effetto di frustrare gli obiettivi di tutela dei creditori e dei terzi cui mira la disciplina dei controlli societari).

Ed infatti nelle SRL che, per scelta statutaria o assembleare, abbiano nominato il solo revisore, non possono trovare applicazione i rimedi che, per scelta (o omissione) del legislatore sono stati accordati esclusivamente all'organo di controllo.

Gli inviti da più parte rivolti a rimuovere questo disallineamento²³ non hanno purtroppo trovato terreno fertile in un ambiente (professionale e scientifico) poco propenso ad affidare al revisore compiti reattivi e propulsivi che meglio si adattano alle funzioni tipiche di un organo societario.

Ne consegue che, allo stato dell'arte, **nelle SRL che, indipendentemente dai limiti dimensionali, si siano dotate del solo Revisore, rimane preclusa la possibilità di dare efficacia e valenza sostanziale agli strumenti di allerta previsti dalla legge a tutela della società, dei creditori e dei terzi.**

Questo disallineamento normativo impone di considerare attentamente la scelta del sistema di controllo, ove si decida di optare per il modello organizzativo della SRL.

Ed infatti, sebbene l'art. 3, comma 2. Del TUSP, consenta tra la nomina dell'organo di controllo o la nomina del solo revisore, le due opzioni non sono affatto equivalenti.

Pertanto, **ove la SRL partecipata si sia dotata del solo revisore, sarà necessario un innalzamento della soglia di attenzione** da parte dell'ente partecipante nell'ambito delle attività di controllo sulle società partecipate.

I nuovi obblighi di attivazione del revisore in presenza di segnali di crisi

Il d.lgs. correttivo, n. 136/2024 è intervenuto sull'impianto del CCII con l'obiettivo di eliminare questi disallineamenti, riformulando una disposizione (l'art. 25-*octies* CCII., in tema di allerta interna) che, pur essendo collocata (con scelta discutibile sotto il profilo sistematico) nel Titolo II del c.c.i.i., dedicato alle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, va in realtà ad integrare il quadro degli obblighi che gravano sull'organo di controllo (Collegio sindacale della s.p.a. o organo di controllo monocratico della s.r.l.) e sul soggetto incaricato della revisione legale, specificando ed arricchendo di precisi contenuti sia gli obblighi di vigilanza sulla continuità aziendale, sia gli obblighi di attivazione in caso di rilevazione di segnali di crisi.

Sul fronte dei poteri e dei doveri, l'art. 25-*octies* CCII, nella sua nuova formulazione, dispone ora al comma 1 che **“l'organo di controllo societario e il soggetto incaricato della revisione legale, nell'esercizio delle rispettive funzioni”** [n.d.r.: l'enfasi non è nel testo di legge], devono segnalare **“per iscritto, all'organo amministrativo la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 2, comma 1, lettere a) e b), per la presentazione dell'istanza di cui all'articolo 17 [n.d.r.: e cioè la sussistenza di una situazione di ‘crisi’ o di ‘insolvenza’, come definite dall'art. 2 del CCII]”**.

Il comma 1, poi, prosegue disciplinando in dettaglio le modalità della segnalazione cui sono tenuti – nell'ambito delle rispettive funzioni – organi di controllo e revisore – di modo che essa possa risultare tempestiva ed efficace, aprendo una sorta di dialogo tra i soggetti investiti delle rispettive funzioni, diretto ad individuare le soluzioni possibili e le iniziative concretamente intraprese.

²³ Cfr.: A. BAUDINO, R. FRASCINELLI, P. VERNERO, *Revisore assente nella nuova procedura di composizione negoziata della crisi*, in www.Eutekne.info, 9/09/2021. Sul tema si veda anche: C. GUELFÌ, *Il ruolo cardine di revisori e sindaci nella procedura di composizione negoziata*, in *Norme e Tributi, Il Sole 24Ore*, 25/10/2021.

La disposizione fissa anche termini precisi entro i quali devono essere poste in essere le successive attivazioni.

Il comma 1 precisa infatti che *“La segnalazione è motivata, è trasmessa con mezzi che assicurano la prova dell’avvenuta ricezione e contiene la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l’organo amministrativo deve riferire in ordine alle iniziative intraprese”*.

La norma non si spinge a precisare cosa debbano fare in concreto i soggetti tenuti alla segnalazione, nell’ambito delle rispettive funzioni, qualora la segnalazione non sortisca effetti e l’organo amministrativo rimanga inerte e ometta di riferire in ordine alle iniziative intraprese.

Invero, è ben chiaro quali siano le attivazioni cui è tenuto l’organo di controllo, dal momento che le stesse sono dettagliatamente regolate dalla legge, che investe tale organo del potere di reazione.

Per quanto attiene alla posizione del revisore, la norma, diversamente da quanto era stato stabilito nella versione originaria del c.c.i.i. poi abrogata, non si spinge invece ad attribuire al revisore analoghi poteri di reazione e attivazione verso l’esterno, come era invece previsto nell’impianto iniziale del c.c.i.i. Le attivazioni del revisore rimangono infatti circoscritte alle pressioni esercitate nei confronti dell’organo amministrativo, e non includono il potere di segnalare ai soci e ai terzi la situazione in atto, se non nella relazione al bilancio di esercizio.

La sperequazione rispetto alla disciplina delle SpA quindi permane, nonostante le modifiche normative introdotte e di cui si è riferito.

Organo di controllo e revisore: la necessità di una virtuosa collaborazione

Alla luce del quadro giuridico di riferimento sopra delineato, appare evidente che, con riferimento alle funzioni di vigilanza sugli obblighi di adeguata organizzazione e pianificazione dell’attività d’impresa, le attivazioni delle due funzioni (Organo di controllo e Revisore) dovranno svolgersi su due piani: quello della prevenzione, e quello della reazione.

Sul piano della prevenzione, tanto il Collegio sindacale quanto il Soggetto incaricato della Revisione legale dovranno verificare che l’Organo Delegato adotti assetti organizzativi adeguati (anche in funzione della rilevazione tempestiva dei segnali di crisi e di perdita della continuità aziendale), si avvalga di piani attendibili e riferisca periodicamente in merito al consiglio con la frequenza richiesta dal tipo di attività svolta e dai rischi cui la società è esposta. E quando i piani saranno presentati, non potranno esimersi dall’analizzarli ed esprimersi sulla loro coerenza e adeguatezza²⁴.

L’attività di prevenzione dovrà inoltre fondarsi su un costante scambio di informazione tra i soggetti incaricati delle due funzioni di controllo (controllo contabile e di legalità).

La giurisprudenza tende infatti ad affermare la responsabilità del Collegio sindacale e del Revisore nel caso in cui la mancata attivazione sia stata agevolata da carenze nel flusso informativo che deve necessariamente svolgersi tra i due soggetti investiti del controllo²⁵.

²⁴ Indicazioni in questo senso si ricavano anche dai principi di comportamento elaborati dai Consigli Nazionali dei Dottori Commercialisti e dei Ragionieri, alle norme 11.1 e seguenti, relative all’attività diretta alla prevenzione ed emersione della crisi.

²⁵ Cfr. decreto App. Bologna, Sez. III, 16 giugno 2015, reperibile nella banca dati *De Jure*. Tale decreto è stato emanato nell’ambito di un ricorso in opposizione avverso una sanzione irrogata dalla CONSOB ad uno dei sindaci della società *Aión Renewables* in fallimento. La CONSOB contestava, in particolare, al sindaco in questione di aver svolto la funzione di mero “collatore” delle informazioni provenienti dagli organi di gestione e controllo contabile e non di non essersi avvalso appieno di quello “scambio di informazioni”, che gli avrebbe consentito, invece, di rilevare le inadeguatezze del sistema organizzativo e di controllo interno e di sollecitare l’adozione di

Ne consegue che il soggetto (Revisore o società di Revisione) incaricato del controllo contabile, ove rilevi profili di rischio legati a carenze organizzative o di pianificazione o all'inadeguatezza dei piani adottati, ancor prima di procedere alle formali segnalazioni di cui all'art. 25-*octies* c.c.i.i., dovrà non solo informare la direzione, acquisendo tutte le necessarie informazioni e svolgendo tutti i necessari approfondimenti; ma dovrà informare tempestivamente il Collegio sindacale, affinché quest'ultimo possa assumere le iniziative di sua competenza.

Il Collegio sindacale, a sua volta, dovrà preoccuparsi di richiedere periodicamente informazioni al Revisore; e dovrà procedere in via autonoma a controlli diretti quando le informazioni ricevute dal revisore contabile siano insufficienti oppure quando venga di fatto accertato un inadeguato esercizio dei poteri di controllo da parte del revisore.

Sul piano della reazione, le attivazioni dei due organi si svolgeranno necessariamente nell'ambito dei poteri-doveri che di cui sono investiti, e sui quali ci si è soffermati nelle pagine precedenti.

In presenza di criticità, in una prima fase entrambi gli organi saranno tenuti innanzitutto a confrontarsi con la direzione, al fine di svolgere con gli organi delegati i necessari approfondimenti, acquisire informazioni e formulare proposte, raccomandazioni e suggerimenti.

Nel caso in cui queste prime attivazioni risultassero inutili, le reazioni ulteriori dovranno necessariamente svolgersi nell'ambito dei diversi poteri-doveri di cui i due soggetti sono investiti.

Pertanto, il soggetto investito della revisione, non disponendo di poteri autonomi di attivazione verso l'esterno, non potrà che limitarsi ad effettuare le segnalazioni di cui all'art. 25-*octies* c.c.i.i. e informare tempestivamente il Collegio sindacale, sollecitando l'assunzione delle iniziative di sua competenza. E il Collegio sindacale, in presenza di incapacità, inadeguatezza o inerzia da parte dell'Organo Amministrativo, dovrà procedere alla convocazione dell'assemblea (proponendo la revoca degli amministratori ed eventualmente la promozione dell'azione di responsabilità nei loro confronti); e qualora l'assemblea rimanga inerte o appiattita sulla posizione degli amministratori, il Collegio sindacale dovrà altresì considerare l'eventualità di sollecitare l'intervento del Tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c., nel caso in cui dal ritardo nell'assunzione delle necessarie iniziative possano derivare danni alla società, ai creditori e ai terzi; ed in ultima istanza richiedere la liquidazione giudiziale della società.

Il ruolo del Revisore dell'ente locale socio

L'Art. 147-quater del Dlgs. 267/2000 (TUEL), sotto la rubrica "Controlli sulle società partecipate non quotate", stabilisce che "(1) *L'ente locale definisce, secondo la propria autonomia organizzativa, un sistema di controlli sulle società non quotate, partecipate dallo stesso ente locale*". E sulla base delle informazioni acquisite "(2) *...effettua il monitoraggio periodico sull'andamento delle società non quotate partecipate, analizza gli scostamenti rispetto agli obiettivi assegnati e individua le opportune*

quelle iniziative gestorie finalizzate alla loro rimozione. La Corte d'Appello bolognese rigettava il ricorso in opposizione, ritenendo fondato l'assunto posto alla base del provvedimento sanzionatorio della CONSOB, e, cioè, "che l'attività svolta dal Collegio Sindacale in presenza di una pluralità di segnali di inadeguatezza del sistema organizzativo e di controllo interno si è limitata [...] alla verifica formale di un flusso informativo tra le diverse funzioni e strutture preposte (audit e revisione); tale flusso informativo, tuttavia, non ha mai comportato un vaglio sostanziale dell'adeguatezza del sistema dei controlli interni e, comunque, non ha portato alla concreta attivazione degli strumenti attribuiti ai Sindaci dalla legge". Il caso si riferisce ai rapporti tra collegio sindacale e revisore di una società quotata, ma non v'è ragione per escludere l'applicazione di tali principi alle società non quotate, anche in considerazione del chiaro disposto dell'art. 2409-*septies* c.c. (*Scambio di informazioni*), a norma del quale "il collegio sindacale e i soggetti incaricati della revisione legale dei conti si scambiano tempestivamente le informazioni rilevanti per l'espletamento dei rispettivi compiti".

azioni correttive, anche in riferimento a possibili squilibri economico-finanziari rilevanti per il bilancio dell'ente”.

Art. 147-quinquies (Controllo sugli equilibri finanziari), stabilisce inoltre che “(3). Il controllo sugli equilibri finanziari implica anche la valutazione degli effetti che si determinano per il bilancio finanziario dell'ente in relazione all'andamento economico-finanziario degli organismi gestionali esterni”.

In questo contesto assume rilevanza centrale il ruolo dell'Organo di revisione dell'ente locale, che deve svolgere una duplice funzione di controllo:

- diretta, ovvero deve **vigilare sull'ottemperamento e sul corretto adempimento da parte dell'ente locale degli obblighi imposti direttamente in capo a quest'ultimo dalla legge, dallo statuto ecc.**;
- indiretta, ovvero deve **verificare che l'ente locale vigili sul rispetto degli obblighi da parte dei propri organismi partecipati** senza, tuttavia, entrare nel merito di tale controllo.

All'attività di collaborazione con l'Organo consiliare ex art. 239 comma 1 lettera b), del TUEL si affianca la **funzione di vigilanza e controllo sotto il profilo contabile, amministrativo e gestionale**, che dovendo riguardare i principali ambiti di competenza dell'ente, **riguarda anche i rapporti con gli organismi partecipati**.

A differenza di quanto previsto dalla disciplina dei controlli delle società partecipate, in cui vige il principio della separazione tra attività di controllo sull'amministrazione (affidata al collegio sindacale e all'organo di controllo nella SRL) e controllo sulla contabilità e sul bilancio (affidata al revisore o alla società di revisione), **l'Organo di revisione dell'ente locale concentra in sé queste due funzioni, disciplinate dall'art. 239 del TUEL**.

Il corretto esercizio delle due funzioni presuppone, da un lato, la **conoscenza del complesso quadro normativo cui sono soggette la società partecipate** (descritto nei paragrafi che precedono); d'altro lato la **conoscenza dei profili di rischio cui le predette società sono esposte, e dei fatti suscettibili di configurare profili di irregolarità gestoria** tali da richiedere l'attivazione dell'Organo di revisione.

Ai fini dell'acquisizione di queste informazioni assume rilevanza centrale lo **scambio di informazioni con gli organi di controllo delle società partecipate**.

Flussi informativi tra Organo di revisione e Organi di controllo degli organismi partecipati

L'Organo di revisione è tenuto a uno **scambio periodico di dati e informazioni** con gli organi di controllo degli organismi e società partecipati dell'ente locale.

Tale flusso informativo deve, tuttavia, riguardare esclusivamente quelle informazioni che risultano essere necessarie al fine dello svolgimento della propria funzione all'interno dell'ente locale.

Ai fini di un diligente svolgimento dei compiti di cui il Revisore è investito, è raccomandabile che l'Organo di revisione pianifichi **incontri periodici con i singoli organi di controllo** dei singoli organismi e società partecipati o quanto meno instauri con i medesimi canali informativi diretti.

Qualora, in considerazione della struttura e del numero delle partecipazioni, la calendarizzazione di incontri periodici sia difficilmente praticabile, è opportuno che l'Organo di revisione incontri i rappresentanti dei succitati organi di controllo almeno in fase di avvio della propria attività, in fase di rilascio e predisposizione della propria relazione sul rendiconto e del proprio parere sul bilancio di previsione e in fase conclusiva.

Tale scambio di informativa dovrà essere necessariamente intensificato in caso di urgenza o in casi specifici che richiedano una maggiore frequenza.

L'Organo di revisione, tramite l'ente locale, può richiedere agli organi di controllo degli organismi partecipati:

- le comunicazioni, se effettuate, destinate all'ente locale;
- l'esistenza di fatti censurabili o di irregolarità e tutti i dati e le informazioni che, a giudizio dell'organo di controllo, possano costituire indizi di un comportamento illegittimo o comunque anomalo da parte dell'organismo o della società partecipati;
- le relazioni o i verbali su qualsiasi documento e/o fatto il cui parere o il rilascio di una relazione da parte dell'organo di controllo è previsto espressamente dalla legge e/o abbia ricadute economico-finanziarie sull'ente locale.

Ed è opportuno che di questo scambio di informazioni venga tenuta traccia nelle carte di lavoro.

Organo di controllo della società partecipata e Organo di revisione dell'ente partecipante: obblighi di attivazione a confronto

Le considerazioni svolte nei paragrafi che precedono consentono di fare un raffronto tra il diverso ruolo rivestito, rispettivamente, dall'Organo di controllo della società partecipata e dall'Organo di revisione dell'ente partecipante e il diverso ambito di estensione dei poteri-doveri di attivazione e reazione di cui i due organi sono investiti.

Come in precedenza riferito, l'Organo di controllo della società partecipata (Collegio sindacale od organo di controllo monocratico della SRL) è investito di penetranti poteri-doveri che gli impongono di intervenire sull'operato dei controllati sia con funzione preventiva, al fine di impedire eventuali deviazioni del loro operato, sia con funzione di indirizzo, al fine di orientare la gestione ai canoni della legalità e correttezza, sia in funzione interdittiva/repressiva, e cioè al fine di sanzionare i comportamenti illegittimi ed attenuarne le conseguenze pregiudizievoli.

Tuttavia questi poteri-doveri, seppur attribuiti in funzione di tutela di interessi diffusi, (della società, dei soci, dei creditori e dei terzi) vengono essenzialmente esercitati nei confronti dei soggetti controllati e dei soci, per stimolare le attivazioni necessarie a prevenire e rimuovere le violazioni rilevate.

Rientrano, in queste attivazioni, le sollecitazioni agli amministratori, la convocazione dell'assemblea (art. 2407 c.c.), la deliberazione dell'azione di responsabilità (art. 2393, comma 3, c.c.), finalizzate a **reprimere le violazioni e ripristinare la legalità privilegiando gli strumenti endosocietari**; salvo il caso in cui tali strumenti risultino inadeguati od inefficaci (come nel caso di appiattimento della posizione dei soci su quella degli amministratori o di incapacità di funzionamento dell'organo assembleare) e il protrarsi della situazione di irregolarità rilevata determini un pregiudizio per i vari stakeholder: nel qual caso l'organo di controllo potrà sollecitare l'intervento esterno del Tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c.. E come estrema ratio, ove ne sussistano i presupposti e l'organo amministrativo rimanga inerte, l'organo di controllo potrà chiedere la liquidazione giudiziale della società, ai sensi dell'art. 37 del CCII.

Ma, anche quando le irregolarità riscontrate configurino profili di reato (false comunicazioni sociali, violazioni delle norme in materia di sicurezza, etc.), **l'organo di controllo non è tenuto a denunciare i fatti all'autorità giudiziaria competente**, rimanendo tale iniziativa riservata alla decisione dei soggetti lesi.

Diverso è invece il regime cui è sottoposto il Revisore dell'ente locale socio.

L'Articolo 239, comma 1, del TUEL (“Funzioni dell'organo di revisione”) stabilisce infatti che *“L'organo di revisione svolge le seguenti funzioni: (...) e) referto all'organo consiliare su gravi irregolarità di gestione con contestuale denuncia ai competenti organi giurisdizionali ove si configurino ipotesi di responsabilità”*.

Non si può quindi escludere, ed è anzi frequente, che, in relazione a fatti imputabili agli organi di amministrazione della società partecipata, l'azione penale venga avviata su iniziativa del Revisore dell'Ente locale che abbia avuto notizia e conferma di tali fatti nell'ambito delle propria attività di vigilanza sulle partecipate.

Profilo di responsabilità civile

La responsabilità civile del revisore è sinteticamente disciplinata dall'art. 240 del TUEL che, sotto la rubrica “Responsabilità dell'organo di revisione”, stabilisce che *“I revisori rispondono della veridicità delle loro attestazioni e adempiono ai loro doveri con la diligenza del mandatario. Devono inoltre conservare la riservatezza sui fatti e documenti di cui hanno conoscenza per ragione dei loro ufficio”*.

Occorre a questo proposito chiarire che il richiamo, fatto dal legislatore, alla diligenza del mandatario, non comporta un'attenuazione del grado di responsabilità di cui il Revisore è investito.

Il Revisore è un professionista del controllo, e quindi il grado di diligenza che gli è richiesto è quello previsto dal secondo comma dell'articolo 1176 c.c., a norma del quale *“nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata”*.

Occorre poi evidenziare che, ai fini di ottenere l'esonero dalla responsabilità, **il revisore non potrà essere invocare l'attenuazione della colpa prevista dall'art. 2236 c.c.**, che stabilisce che *“se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni se non in caso di colpa grave”*.

Infatti, se è vero che l'obbligo di vigilanza che compete al componente dell'Organo di revisione indiscutibilmente implica la soluzione di questioni di indubbia difficoltà e complessità, è altrettanto vero che *la vigilanza costituisce anche la prestazione caratteristica dell'organo*, e quindi la prestazione deve essere svolta con il grado di diligenza richiesta in relazione alla difficoltà e complessità dell'incarico.

Per individuare l'ambito della responsabilità civile del Revisore occorre muovere dalla verifica della natura della prestazione caratteristica oggetto del rapporto che lo lega all'ente.

L'obbligazione del revisore si sostanzia in una prestazione d'opera professionale, e cioè un'**obbligazione di mezzi**: dal quale scaturisce esclusivamente obbligo di apprestare i mezzi idonei al raggiungimento del risultato richiesto dal creditore, ma non l'obbligo di realizzare tale risultato. **Il contenuto dell'obbligazione del prestatore d'opera professionale coincide quindi con la diligenza che egli è tenuto ad osservare nello svolgimento della sua attività.**

Ne consegue che, in questo caso, l'inesattezza della prestazione (ovvero l'inadempimento, e la conseguente responsabilità dei soggetti ad essa tenuti) non potranno essere invocati allegando semplicemente la sussistenza del danno (derivato dal mancato impedimento dell'evento pregiudizievole), ma dovranno essere dimostrati attraverso la prova di una violazione degli obblighi di diligenza cui il debitore della prestazione di mezzi era tenuto.

Nelle obbligazioni di mezzi, *“l'inesattezza dell'adempimento è data dalla difformità tra prestazione eseguita ed il modello della prestazione diligente”* : nel senso che **la diligenza si pone sia come**

criterio di determinazione della prestazione dovuta, sia come criterio di accertamento della responsabilità.

La prova della colpa è, cioè, anche la prova dell'inesattezza della prestazione: e tale prova compete al creditore.

In altre parole, il creditore ha l'onere di provare l'inadempimento, e tale prova implica la prova della negligente esecuzione della prestazione. Mentre, allorché il creditore abbia provato la violazione degli obblighi di diligenza ed il loro collegamento causale con il danno, compete al debitore provare che tale violazione è stata determinata da una causa a lui non imputabile.

In questo contesto, assumono rilevanza particolare i **“Principi di vigilanza e controllo dell'Organo di revisione degli Enti locali”**, emanati dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili. Questi principi, infatti, vanno ad **integrare i doveri specifici che la legge pone a carico dei componenti dell'organo di controllo**. In questo senso essi contribuiscono a qualificare il contenuto della cosiddetta *“diligenza professionale”*, che connota l'attività propria del revisore.

I Principi di vigilanza, enunciati nel documento 10 (norme 10.1-10.10), richiamano in modo dettagliato tutti gli **adempimenti che devono essere tenuti presenti dall'Organo di revisione in relazione alla gestione degli organismi partecipati dagli enti locali**.

Essi costituiscono, da un lato, uno strumento fondamentale per l'impostazione del lavoro di revisione e per l'acquisizione della informazioni in relazione alle quali potrebbe rendersi necessaria una specifica attivazione.

Sotto altro profilo, **la prova del rispetto dei principi di vigilanza ageverà sicuramente la difesa nelle eventuali azioni di responsabilità** che dovessero fatte valere dall'art. 240 del TUEL