

IL COMMERCIALISTA VENETO n. 160 - LUGLIO / AGOSTO 2004



ASSOCIAZIONE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI DELLE TRE VENEZIE

INSERTO

SCRITTI IN MEMORIA
DI GIULIO PARTESOTTI

Pubblicità IPSOA

LA DISCIPLINA DEL FINANZIAMENTO DEI SOCI NELLA RIFORMA DELLA SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA

DIEGO MANENTE

Università Ca' Foscari di Venezia - Università di Padova

1. Premessa

La nuova disciplina della società a responsabilità limitata introdotta del D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, attuativo delle l. delega 3 ottobre 2001, n. 236, affronta nell'art. 2467 c. c. il tema – che, almeno sul piano civilistico, non aveva fin qui trovato un esplicito inquadramento legislativo – dei finanziamenti effettuati dai soci in favore della società, ponendo due parametri generali di valutazione ed una disposizione precettiva in ordine al rimborso delle contribuzioni in danaro, in qualsiasi modo qualificate, che formalmente si presentano come *capitale di credito*, ma nella sostanza economica costituiscono parte del *capitale proprio* della società (per la distinzione tra versamenti *causa societatis* e versamenti a titolo di mutuo, con ampia ricognizione delle diverse fattispecie, v., *ex multis*, TANTINI, *I versamenti dei soci alla società*, in *Trattato della società per azioni*, diretto da COLOMBO e PORTALE, Vol. I, tomo 3, Torino, 2004. p. 743 ss.; ID, *I "versamenti in conto capitale". Tra conferimenti e prestiti*, Milano, 1990, *passim*; PARRELLA, *Versamenti in denaro dei soci e conferimenti nelle società di capitali*, Milano, 2002, *passim*).

Questa regolamentazione, che non trova un *pendant* espresso nella disciplina delle s.p.a. – ma sul punto torneremo (§4) – è stata estesa dal legislatore della riforma anche ai finanziamenti effettuati da chi svolge attività di direzione e controllo sulla società, e cioè nell'ambito dei gruppi, e quindi anche alle s.p.a., almeno in tale ambito: art. 2497 *quinquies*.

Dal punto di vista strutturale, l'art. 2467 c. c., nei due commi in cui si sviluppa, si presenta come una disposizione "a struttura invertita", nel senso che la fattispecie è definita nel capoverso e la disciplina (in estrema sintesi riassumibile nella postergazione dei finanziamenti dei soci riconducibili alla fattispecie e nell'obbligo di restituzione, nel caso di loro rimborso da parte della società nell'anno anteriore al fallimento della stessa) è stabilita dal comma 1.

La norma è diretta a contrastare il fenomeno della c.d. *sottocapitalizzazione nominale*, che si ha quando la società è dotata dei mezzi necessari all'esercizio dell'impresa, che si realizza non attraverso l'apporto di mezzi propri (capitale di rischio) – effettuato anzi in misura del tutto inadeguata – ma con la concessione diretta o indiretta di prestiti alla società da parte dei soci (capitale di credito) (per questa definizione e la distinzione tra *sottocapitalizzazione nominale* e *sottocapitalizzazione materiale* delle società, che ricorre, invece, quando il fabbisogno finanziario di una società dotata di capitale è del tutto sproporzionato per difetto rispetto all'oggetto sociale e non è coperto nemmeno con i prestiti dei soci, v. PORTALE, *I "finanziamenti" dei soci nelle società di capitali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, I, 666 ss. e ID, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate*, in *Trattato delle società per azioni*, cit., Vol. I, tomo 2, p.3 ss., fondamentali ai fini dell'approfondimento delle tematiche oggetto del nostro scritto).

Questo fenomeno, particolarmente diffuso nelle società medio-piccole ed a base ristretta e nei rapporti di gruppo (§4), è, all'evidenza, assai pericoloso per i creditori sociali, in quanto consente al socio di crearsi, in caso di insuccesso dell'impresa, il ruolo di creditore, per vantare un credito sul patrimonio sociale in concorso con gli altri creditori, mentre come socio dovrebbe, al contrario e per definizione,

essere postergato a questi.

In sostanza, il legislatore della riforma ha introdotto una sorta di "responsabilità del socio per il corretto finanziamento dell'impresa" (PORTALE, *I "finanziamenti"*, cit., 670 s.), che mira ad evitare che le norme poste a presidio del capitale sociale vengano aggirate con l'*escamotage* del finanziamento.

I soci non hanno, in altri termini, obbligo alcuno di apportare nuove risorse ad una società in crisi – potendo infatti scegliere per la liquidazione (concorsuale o no) –, ma, ove decidano di continuare a finanziarla, i loro versamenti devono andare a vantaggio dei creditori sociali, in quanto o devono essere effettuati a titolo di conferimento – ed in tal caso sono imputati al capitale e soggetti al rischio d'impresa – o, se sono effettuati a titolo di prestito, devono essere postergati nel rimborso.

L'espedito tecnico della postergazione non fa altro che riequilibrare la posizione dei soci finanziatori, impedendo loro di avvantaggiarsi rispetto agli altri creditori sociali, senza peraltro compromettere la loro possibilità di partecipare alla divisione di un'eventuale residuo attivo prima della sua ripartizione fra tutti i soci al termine di procedure liquidatorie o concorsuali.

Il quadro comparatistico rimanda immediatamente alla conformazione dell'istituto elaborata – tanto sul piano legislativo (legge sulle società a responsabilità limitata [GmbHG]), quanto su quello dottrinale e giurisprudenziale – in Germania a partire dagli anni ottanta del secolo scorso, che ha costituito l'archetipo della disciplina del fenomeno, a livello di legislatore o di giurisprudenza pratica, per gli altri sistemi continentali (es. Grecia, Austria, Belgio, Portogallo, Polonia) (per una completa ricognizione del panorama straniero v. ancora PORTALE, *I finanziamenti*, cit., 665 ss.).

Del resto, proprio la prospettiva comparatistica evidenzia la sempre maggiore difficoltà di tracciare la differenza tra capitale proprio e capitale di credito, tanto da consigliare di proporre un concetto mobile di capitale proprio, basato più sulla sostanza economica che sulla forma giuridica del negozio di finanziamento, con la conseguente tendenza alla contrapposizione tra un *concetto nominale* ed un *concetto materiale* di capitale proprio (PORTALE, *I "finanziamenti"*, cit., 682).

2. Gli elementi tipologici della fattispecie

Passiamo ad analizzare l'art. 2467 c. c.

La norma, ricordavamo, disciplina il rimborso dei finanziamenti dei soci riconducibili agli schemi delineati dal comma 2.

Occorre dunque procedere preliminarmente alla ricostruzione degli elementi tipologici della fattispecie.

Notiamo, anzitutto, che la soluzione prescelta dal legislatore della riforma non tiene conto del solo fatto della mera provenienza soggettiva del finanziamento (vale a dire dell'erogazione della contribuzione da parte dei *soci*), e ciò all'evidente fine di non fissare una regola troppo rigida, certamente più tranquillizzante per i creditori sociali, ma tale da rappresentare un'eccessiva remora all'apporto patrimoniale di credito dei soci.

La norma, infatti, corregge il dato della provenienza del finanziamen-

to dai soci combinandolo con due ulteriori condizioni *alternative* (per una diversa interpretazione, secondo cui i criteri menzionati nel comma 2 devono invece essere intesi come due facce del medesimo principio, rappresentando la *ragionevolezza* una clausola di carattere generale, v. tuttavia IRRERA, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario*, diretto da CAGNASSO *et al.*, Vol. II, Bologna, 2004, sub art. 2467, p. 1791 s.) adottate quale parametro di confronto, anche in considerazione del tipo di attività esercitata:

A) l'eccessivo squilibrio dell'indebitamento

B) la situazione finanziaria nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento.

Questi parametri valutativi consentono di distinguere gli apporti dei soci soggetti alla disciplina restitutoria delineata nel comma 1, da tutti gli altri eventuali rapporti finanziari tra soci e società, che non hanno invece una regolamentazione diversa da quelli con qualsiasi altro terzo (in questo senso cfr. anche la *Relazione* accompagnatoria del D. Lgs. n. 6 del 2003).

Sarà compito delicatissimo degli interpreti e della giurisprudenza quello di delimitare i concetti dell'*eccesso di indebitamento* e della *ragionevolezza del conferimento* rilevanti ai fini della norma in esame. Basti qui osservare

a) quanto alla prima condizione (eccesso di indebitamento), che il parametro di riferimento è ovviamente costituito dai mezzi propri della società e non dal capitale sociale, e che l'eccessivo squilibrio sembra connotarsi in termini di *situazione di crisi*, preludio di grave dissesto finanziario che potrà culminare anche nell'insolvenza (cfr. D. U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, p. 201);

b) quanto alla seconda condizione (situazione finanziaria nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento), che la prospettiva ricostruttiva più attendibile sembra quella di collegarla ad ipotesi nelle quali il conferimento si palesa opportuno in un momento di necessità di maggiori dotazioni da parte della società per esigenze di strategia aziendale (es. conquista di nuovi mercati, riconversione industriale, mutamento della linea produttiva, ecc.) (v. ancora SANTOSUOSSO, *ibidem*).

Queste condizioni di sottocapitalizzazione devono esistere – si badi – al momento dell'*erogazione della contribuzione*, con l'avvertenza tuttavia che la "riqualificazione" del finanziamento non ha necessariamente il carattere della definitività, in quanto (PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate*, cit., p. 163 s.) essa cessa non appena la società (ri)diventi solvente (indipendentemente dai "prestiti") o cessi la situazione di manifesta sottocapitalizzazione. Può naturalmente verificarsi anche la situazione inversa, e cioè che un normale prestito concesso ad una società di capitali, correttamente finanziata, si trasformi in un "prestito sostitutivo", ove la società entri in crisi ed il "finanziamento" resti nella disponibilità della società (con un rinnovo od una proroga), perché reputato necessario per assicurare la sua solvibilità (PORTALE, *ibidem*).

Dietro la lettera apparentemente assai rigida della norma – che fa riferimento alla provenienza del finanziamento dai "soci" – la determinazione del perimetro soggettivo della fattispecie presenta in realtà contorni problematici, potendo discutersi, ad esempio, se siano assoggettabili alla disciplina restitutoria del comma 2 (sul punto cfr., ancora, PORTALE, *I finanziamenti*, cit., 670 s., con ampi riferimenti all'esperienza tedesca):

a) solo i prestiti dei soci titolari di partecipazioni consistenti (c.d. soci-imprenditori), non anche quelli titolari di quote minime, ininfluenti rispetto alla volontà sociale

b) i finanziamenti dei c.d. terzi vicini ai soci (in base a rapporto fiduciario o di mandato o quando esista unità economica fra socio e terzo);

c) i finanziamenti di chi ha deciso di diventare socio al fine del salvataggio della società.

Profili, questi, che non possono ovviamente essere oggetto di ulteriore approfondimento in questa sede, ma che con ogni evidenza offrono fertili spunti di riflessione.

Rimanendo alla ricostruzione degli elementi tipologici della fattispecie

come disegnata dal comma 2, occupiamoci adesso della definizione del perimetro oggettivo di applicazione della norma.

La disposizione parla di finanziamenti "*in qualsiasi forma effettuati*".

Quest'ultimo inciso apre la norma ad un ambito di applicazione potenzialmente amplissimo, tale da ricomprendere ogni contribuzione in denaro in qualsiasi modo nominalmente qualificata.

Nel novero della possibile casistica si segnalano, per le implicazioni problematiche in ordine alla riconducibilità alla disciplina dell'art. 2467 c. c. (sul punto ancora PORTALE, *I "finanziamenti"*, cit., 673 ss.):

a) i *finanziamenti indiretti* (i finanziamenti, cioè, in cui formalmente il prestito è erogato non dai soci ma dai terzi – normalmente finanziatori istituzionali – i quali si fanno garantire dai soci con il rilascio di fidejussioni o altre garanzie che consentano a questi di agire in regresso o surroga);

b) i c.d. *finanziamenti in natura* (es. concessioni di azienda o immobili in godimento, prestazioni di servizi);

c) le *dilazioni di credito* (problema questo particolarmente rilevante nell'ambito dei gruppi: si pensi all'ipotesi in cui, nel caso dell'art. 2497 *quinquies*; in presenza di una "situazione finanziaria nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento", un socio di controllo abbia consentito al differimento di qualche mese dell'incasso di alcune fatture nei confronti della società poi fallita nell'anno: si potrà ritenere che la dilazione del credito commerciale costituisce finanziamento e che, di conseguenza, l'incasso ricade nell'obbligo di restituzione?)

3. La disciplina del rimborso del finanziamento dei soci

Veniamo alla disciplina del rimborso dei finanziamenti dei soci – riconducibile agli schemi delineati dal comma 2 – stabilita dal primo comma dell'art. 2467, c. c.

La soluzione prescelta dal legislatore – prescindendo in questa sede dal considerare gli eventuali profili di responsabilità ex art. 2476 c. c. per l'indebita restituzione dei finanziamenti – è quella:

- della postergazione del relativo credito rispetto a quello degli altri creditori;

- dell'obbligo di restituzione da parte del socio nel caso di suo rimborso nell'anno anteriore al fallimento della società in violazione della postergazione.

La norma avrà il suo terreno elettivo di applicazione nella *sede concorsuale* (pur in difetto di una più puntuale indicazione, la disposizione opera non solo in caso di fallimento della società finanziata, ma anche in ipotesi di amministrazione straordinaria).

La riforma ha infatti disegnato un'ipotesi che, in sede di prima interpretazione, è stata qualificata di "revocatoria speciale".

Va, peraltro, sottolineato come essa sembri in realtà prescindere completamente dall'elemento soggettivo (per una diversa impostazione v. tuttavia GALGANO-GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di dir. comm. e di dir. pubbl. ec.*, diretto da GALGANO, Vol. XIX, tomo I, Padova, 2004, p. 485, secondo i quali invece si presume che i soci conoscessero l'insolvenza della società), così avvicinandosi, almeno nella sostanza, alle fattispecie di inefficacia *ex lege* di cui agli artt. 64 e 65 l. fall.

Restituita la somma alla massa, si potrà discutere se il finanziatore abbia poi titolo per insinuare – ovviamente, nell'affermativa, con collocazione postergata rispetto a tutti gli altri creditori ammessi – il proprio credito restitutorio al passivo della procedura ex art. 71 l. fall. (per l'affermativa RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Le società*, 2004, 547).

I rimborsi antecedenti saranno invece soggetti al regime ordinario della revocatoria fallimentare (GALGANO-GENGHINI, *ibidem*).

Nel caso in cui *durante societate* il rimborso del finanziamento non sia invece avvenuto, l'applicazione delle regole della postergazione comporterà, in ambito fallimentare, che in sede di graduazione, il credito del socio dovrà essere naturalmente posposto a quello di tutti gli altri creditori, indipendentemente dalle eventuali garanzie

concesse dalla società, di cui, a seguito della "riqualificazione" del prestito, non si dovrà tener conto.

La disciplina della postergazione sarà, naturalmente, applicabile anche in fase di liquidazione non concorsuale.

Ben più problematico è, invece, stabilire se la regola della postergazione sia applicabile, oltre che in fase di liquidazione (concorsuale o no), anche durante la vita della società.

Occorre, infatti, conciliare l'eventuale affermazione di un divieto assoluto di rimborso *durante societate*, con l'inefficacia limitata nel tempo delle restituzioni dei finanziamenti nel caso di fallimento (il rimborso si consolida in un anno).

La soluzione preferibile è quella di ritenere (PORTALE, *I finanziamenti*, cit., 681) che la regola della postergazione sia applicabile anche durante la vita della società tutte le volte in cui la restituzione trasformerebbe la c.d. sottocapitalizzazione nominale in sottocapitalizzazione materiale (su queste nozioni v. *supra*, §1)

Ammessa l'applicabilità della regola anche in vita della società, rimane in ogni caso da chiarire se e come sia possibile per i creditori far valere la postergazione senza necessità di provocare la liquidazione o il fallimento.

Atteso che il consolidamento del rimborso avviene nell'anno dal fallimento, dovrebbe ipotizzarsi un'azione preventiva inibitoria della restituzione del finanziamento ed un'azione di restituzione nell'interesse di tutti i creditori.

Occorre tuttavia interrogarsi in ordine a quali strumenti di informazione abbiano i creditori per venire preventivamente a conoscenza della restituzione dei finanziamenti.

Sopperisce in parte a questa esigenza l'art. 2427, n. 19 bis, c. c., circa il contenuto della *Nota integrativa* (disposizione richiamata per le s.r.l. dall'art. 2478 bis, c. c.), pur dovendosi al riguardo osservare che la previsione di questa norma ("finanziamenti effettuati dai soci alla società") sembra non coprire l'intera area dei finanziamenti ("in qualsiasi forma effettuati") previsti dall'art. 2467 c. c. (per interessanti riflessioni sui problemi che attengono all'imputazione in bilancio dei finanziamenti dei soci v. TANTINI, *"Migrazione" dei versamenti spontanei dei soci del passivo (debiti) al patrimonio netto (riser-*

va) nel bilancio di esercizio, in *Giur. comm.*, 2003, II, 694, dove ulteriori riferimenti).

Naturalmente, l'eventuale cessione del credito derivante dal finanziamento ad un terzo e la cessazione della qualità di socio non incidono sulla (ri)qualificazione del prestito. Questa conclusione è perfettamente conforme ai principi in materia di cessione di credito (il cessionario subentra nella posizione del cedente) ed al fatto che, ai fini della "riqualificazione", è determinante la situazione della società al momento della cessione del "finanziamento" (o della sua proroga) (in tal senso PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate*, cit., p.164).

Residua il grave problema della disciplina dei finanziamenti effettuati (e non ancora restituiti) prima dell'entrata in vigore della riforma. Nel silenzio della legge è da ritenere che anche l'ipotesi della restituzione attuale di finanziamenti eseguiti, prima della riforma, quando ricorrevano, retrospettivamente, le condizioni del comma 2 dell'art. 2467 c. c., rientri negli schemi applicativi del comma 1 della disposizione.

4. Considerazioni conclusive

La collocazione della disciplina dei finanziamenti dei soci nell'ambito delle norme sulla s.r.l. è dovuta al fatto che il fenomeno, come già si ricordava, è particolarmente diffuso nelle società medio-piccole ed a ristretta base (e la società a responsabilità è appunto il tipo che, in linea di principio, dovrebbe essere utilizzato da queste imprese collettive).

In realtà, come è stato giustamente osservato (PORTALE, *I finanziamenti dei soci*, cit., 681) il fenomeno che si è voluto disciplinare è, tipologicamente, quello della sottocapitalizzazione nominale e le relative regole sono in realtà espressione di principi generali di diritto dell'impresa – com'è dimostrato dall'estensione dell'art. 2467 c. c. ai rapporti di gruppo, nei quali il fenomeno è, dal punto di vista della normalità statistica, parimenti frequente – come tali, quindi, da ritenere applicabili anche a tutte le altre società.

LA STRUTTURA PERSONALISTICA DELLA NUOVA S.R.L. TRA AUTONOMIA STATUTARIA E FLESSIBILITÀ DELL'ORGANIZZAZIONE

MAURO PIZZIGATI
Università Ca' Foscari di Venezia

La riforma della disciplina della società a responsabilità limitata assume un particolare rilievo, nell'ambito della riforma del diritto societario e, infatti, il modello della società a responsabilità limitata viene a collocarsi al confine tra società di persone e società per azioni "chiuse".

Inoltre va osservato che tale modello appare il più congeniale all'esercizio delle imprese piccole e medie e che, per elevare la capacità competitiva del nostro sistema economico, è parsa opportuna la previsione di una disciplina societaria particolarmente agile che, per le sue caratteristiche di "flessibilità" e di ampliamento degli spazi di autonomia privata, sia in grado di agevolare la costituzione e lo sviluppo di imprese caratterizzate dalla presenza di soggetti che investono capitali propri in società, con l'intento di gestire personalmente l'impresa o, comunque, di influire direttamente sulla sua gestione (C. Angelici).

Tuttavia, per quanto il modello della s.r.l. risulti più congeniale alle imprese piccole e medie, non si impone, né si riserva a queste ultime il ricorso a tale modello: anzi, l'idea di fondo della riforma è quella di porre a disposizione degli imprenditori, in genere, diversi modelli normativi, tra i quali gli stessi possano liberamente scegliere, a seconda delle loro esigenze.

Si deve quindi continuare ad ammettere, per le imprese piccole e medie, il ricorso anche a società azionarie, specie ove vi sia l'interesse ad una più agevole possibilità di circolazione delle partecipazioni sociali e/o di emissione di strumenti di debito.

Comunque, sul piano sistematico, l'adozione di una disciplina normativa che assegna alle società a responsabilità limitata uno spazio di autonomia organizzativa abbastanza vicino a quello delle società di persone, potrà indurre ad un ricorso meno diffuso ai modelli corrispondenti a società di persone e ad un maggiore ricorso ad un modello di società cui viene mantenuto il riconoscimento del beneficio della responsabilità limitata.

La riforma della società a responsabilità limitata, nell'art. 3 della legge delega 3.10.2001, n. 366 prevede, quale principio generale, l'emana- zione di un "autonomo e organico complesso di norme, anche suppletive, modellato sulle esigenze proprie delle imprese a ristretta compagine sociale" (sub 1, lett a).

Siffatta indicazione è completata dalla previsione espressa di "un'ampia autonomia statutaria" (sub 1, lett. b) e, quindi, di un'ampia "libertà di forme organizzative", nel "rispetto del principio di certezza nei rapporti con i terzi" (sub 1, lett. c) e viene altresì sottolineata la "rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci" (sub 1, lett. a).

Si tratta di affermazioni di fondo, che possono essere tradotte nel concetto di "libertà di autorganizzazione" e, quindi, di "flessibilità" e di semplificazione degli assetti organizzativi della s.r.l., cosicché sono intuibili, da subito, i vantaggi connessi all'adozione del nuovo modello, il quale presenta, come vedremo, connotati e caratteristiche che l'avvicinano sensibilmente all'area delle società personali, pur mantenendo i soci una responsabilità limitata ai conferimenti dovuti.

Libertà, peraltro, di autorganizzazione non illimitata, poiché essa,

anche se rispetto al sistema vigente è assai ampliata, non deve pregiudicare la certezza dei rapporti, soprattutto a protezione degli interessi dei creditori sociali e dei terzi in genere.

Ma, passando dai principi ispiratori di fondo contenuti nella legge delega, all'articolato elaborato dal legislatore delegato, vediamo in quali punti più significativi quest'ultimo ha applicato i principi sin qui delineati del tutto sinteticamente e, prima di fare ciò, appare opportuno ricordare che la relazione governativa accompagnatoria, nella parte dedicata alla riforma della s.r.l., espressamente afferma che quest'ultima, muovendosi in una direzione di integrale revisione del modello oggi esistente, "intende offrire ...uno strumento caratterizzato da una significativa ed accentuata elasticità, imperniato fondamentalmente sulla considerazione delle *persone dei soci* e dei *loro rapporti personali*" e, in questo senso, la s.r.l. "cessa di presentarsi come una piccola società per azioni" e si caratterizza, invece, "come una società personale la quale, perciò, pur godendo del beneficio della responsabilità limitata... può essere sottratta alla rigidità della disciplina richiesta nella società per azioni".

Ma veniamo al decreto legislativo.

In primo luogo, un ambito ove è possibile rilevare la valorizzazione del carattere personalistico della "nuova" s.r.l., è quello dei conferimenti dei soci.

Ed infatti l'art. 2464, secondo comma, c.c. dispone che possano "essere conferiti tutti gli elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica" e l'art. 2464, sesto comma, c.c. disciplina i conferimenti che hanno ad oggetto "la prestazione d'opera o di servizi a favore della società", prevedendo che, in questi casi, il conferimento possa anche avvenire "mediante la prestazione di una polizza di assicurazione o di una fideiussione bancaria", con cui vengono garantiti, per l'intero valore ad essi assegnato, gli obblighi assunti dal socio che ha conferito l'opera o i servizi.

Al riguardo, la relazione governativa pone in luce che il legislatore delegato ha ritenuto di poter considerare come conferibili tutti i valori che siano sicuramente utili per lo svolgimento dell'attività sociale, anche se non si prestano a svolgere con pienezza e direttamente un ruolo per la tutela dei creditori, poiché tale soluzione "corrisponde ad una prospettiva volta ad accentuare la *caratterizzazione personalistica del tipo societario in questione*, nel quale il contributo del socio molto spesso si qualifica per le sue qualità personali e professionali, piuttosto che per il valore oggettivo dei beni apportati".

Un altro punto da porre in luce riguarda il rapporto fra diritti attribuiti ai soci, partecipazione posseduta e conferimenti (V. Afferni, G. Zananone).

L'atto costitutivo può infatti prevedere la possibilità che la misura della partecipazione sia fissata in modo non proporzionale ai conferimenti (art. 2468, secondo comma, c.c.) e che vengano attribuiti, al socio, "particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili" (art. 2468, terzo comma, c.c.). E vorrei qui osservare che i diritti "particolari" attribuiti ai soci e riguardanti l'amministrazione e la distribuzione degli utili, sono modificabili – salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo –

“solo con il consenso di tutti i soci” (art. 2468, quarto comma, c.c.), avvicinando la s.r.l. all’area delle società personali.

Ed ancora: nella “nuova” s.r.l. si prevede che le partecipazioni siano liberamente trasmissibili, salvo contraria disposizione dell’atto costitutivo (art. 2469, primo comma, c.c.).

Peraltro, nel caso in cui l’atto costitutivo disponga l’assoluta intrasferibilità delle partecipazioni o la trasferibilità delle stesse sia subordinata “al gradimento di organi sociali, di soci, o di terzi, senza prevederne condizioni e limiti” o con “condizioni e limiti che impediscono il trasferimento a causa di morte” (art. 2469, secondo comma, c.c.), viene contemplato, a favore del socio (o dei suoi eredi) il diritto di recesso.

L’avvicinamento della s.r.l. alle società personali si può apprezzare anche in tema di scioglimento del rapporto sociale in ordine al socio: l’“autonomia contrattuale, sul punto, può prevedere ipotesi di esclusione per giusta causa (art. 2473 bis c.c.), può disciplinare il trasferimento *mortis causa* della partecipazione (art. 2469 c.c.), può stabilire cause di recesso (art. 2473 c.c.), in un contesto di rilevanza – in via generale – di quest’ultimo, che oltre che nei casi previsti per volontà dei soci, è possibile anche, normativamente, in tutte quelle situazioni che incidono, in modo significativo, sull’oggetto sociale o sui diritti attribuiti ai soci (A. Toffoletto).

L’atto costitutivo può dunque accostare molto, anche sotto tutti questi profili, la s.r.l. ad una società di natura personale, allontanandola dal modello della s.p.a., ove – come i primi commentatori hanno già sottolineato (M. Rescigno) – pur nella sua apertura a varie cause di recesso normativamente stabilite, ma anche statutariamente determinabili (art. 2437 c.c.) l’esclusione del socio non è contemplata.

Anche le norme in tema di liquidazione della quota (art. 2473 c.c.) sono simili a quelle delle società di persone, salvo puntualizzare che – rispetto ad esse – vi è la possibilità che il rimborso della partecipazione al socio che recede, in proporzione del patrimonio sociale e tenendo conto del valore di mercato al momento della dichiarazione di recesso, venga attuata “anche mediante acquisto da parte degli altri soci” – in base alle loro partecipazioni – oppure “da parte di un terzo, concordemente individuato dai soci medesimi”.

Vi è altresì l’ulteriore previsione che, qualora ciò non avvenga, “il rimborso è effettuato utilizzando riserve disponibili o, in mancanza, “riducendo corrispondentemente il capitale sociale” (art. 2473, penultimo comma, c.c.).

E, proseguendo, va altresì sottolineato che, nella s.r.l., la disciplina della liquidazione della quota può addirittura condurre, in caso di insufficienza di riserve o di capitale, allo scioglimento della società (art. 2473, penultimo comma, c.c.): il che avvalorata la prevalenza della “centralità” del socio e dei suoi diritti anche rispetto alla stessa “sopravvivenza” dell’ente sociale.

Del resto, la relazione accompagnatoria correttamente rileva che se, né all’interno della società, né nel mercato, si reputa conveniente fornire la società stessa di mezzi finanziari idonei a consentirne la sana sopravvivenza, appare giusto concludere che il suo scioglimento non rappresenta una perdita per il sistema economico e che è, invece, doveroso garantire al socio quanto spettantegli, quantomeno attraverso il procedimento di liquidazione.

La gestione della società e la formazione della volontà sociale costituiscono due altri punti qualificanti, dove si può apprezzare la “libertà di organizzazione” della “nuova” s.r.l. (C. Granelli).

I soci, infatti, possono ricorrere ad una forma di amministrazione di tipo personalistico e l’atto costitutivo può prevedere che, se l’amministrazione spetta a più persone, questa può essere affidata ad esse congiuntamente od anche disgiuntamente, consentendo espressamente l’applicabilità, ex artt. 2257 e 2258 del codice civile, del diritto di opposizione ivi contemplato, con decisione dei soci, su siffatta opposizione, sulla base della partecipazione agli utili, che nella s.r.l. può essere, in vari modi, modellata a piacimento (art. 2475, terzo comma, c.c.).

Analoghe considerazioni si possono fare anche con riferimento alle decisioni da parte del consiglio di amministrazione, che possono essere liberamente adottate, salvo l’obbligo di comprovare, con

documenti sottoscritti dagli amministratori, l’oggetto della decisione e il consenso alla stessa (art. 2475, quarto comma, c.c.).

Eguale si può concludere circa la formazione della volontà sociale: le deliberazioni dei soci debbono essere collegialmente assunte in alcune fattispecie dettagliatamente precisate, (art. 2479 c.c.) ma, a parte questi casi, possono essere generalmente adottate mediante consultazione scritta ovvero sulla base del consenso espresso per iscritto con l’unico obbligo di documentare, con certezza, il contenuto delle decisioni ed il consenso espresso dai soci (art. 2479, terzo comma, c.c.).

Più “flessibilità” nella s.r.l. vi è anche in tema di computo delle maggioranze assembleari (art. 2479 bis c.c.) ed in tema di adempimenti per la convocazione, che sono del tutto liberi, salva l’esigenza di garantire “la tempestiva informazione dei soci sugli argomenti da trattare” (M. Rescigno).

Ciò detto, più approfondita deve essere, a questo punto, l’analisi in ordine alla suddivisione delle competenze fra soci e amministratori, nonché circa i profili di responsabilità gravanti sui soci e sugli amministratori.

Vanno qui senz’altro condivise varie considerazioni già svolte dai primi commentatori (C. Angelici, F. Galgano, A. Gambino, M. Rescigno, G. Zanarone) e di cui vorrei dare, di seguito, conto.

La s.r.l., in raffronto alla s.p.a., si distingue per una diversa attribuzione delle competenze inerenti la gestione societaria: la s.r.l. aggiunge, rispetto alla s.p.a., alla competenza dei soci – sottraendola agli amministratori – le decisioni sul compimento di operazioni che “comportano una sostanziale modificazione dell’oggetto sociale determinato nell’atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci” (art. 2479, n. 5, c.c.).

Rilevanti sono anche le differenze circa la responsabilità dei soci e degli amministratori: se molto simile pare essere, fra s.r.l. e s.p.a., la disciplina del conflitto di interessi dei soci (artt. 2479 ter, secondo comma, c.c. e 2373 c.c.) diversa, rispetto alla s.p.a., è, invece, quella relativa al conflitto di interesse relativo agli amministratori (artt. 2475 ter e 2391 c.c.), che è senz’altro più sensibile agli aspetti di invalidità dell’atto rispetto a quello risarcitorio, che espressamente emerge, invece, nella disciplina della s.p.a. (C. Angelici, A. Gambino, N. Abriani, M. Rescigno).

Vanno anche evidenziati la postergazione dei finanziamenti dei soci, nonché l’obbligo di restituzione nel caso di loro pagamento, da parte della società, nell’anno anteriore alla dichiarazione di fallimento della stessa (art. 2467 c.c.).

Nella disciplina della s.r.l. vi è, inoltre, la regola della responsabilità solidale dei soci “che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi” (art. 2476, penultimo comma, c.c.).

Nella s.r.l. è contemplata la possibilità che il singolo socio possa esercitare l’azione sociale di responsabilità e può anche essere richiesta, nel caso di gravi irregolarità nella gestione della società, un provvedimento cautelare di revoca degli amministratori (art. 2476, terzo comma, c.c.).

Vi è, poi, una nuova prospettiva, rispetto alla s.p.a., degli adempimenti richiesti perché l’amministratore possa essere esonerato da responsabilità, in quanto l’esenzione è legata ad una più generica manifestazione di dissenso (art. 2476, primo comma, c.c.), mentre, nella s.p.a., è conservato l’obbligo, a carico degli amministratori, di far annotare senza ritardo il loro dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del Consiglio (art. 2392, ult. comma, c.c.).

Nella s.r.l. ed anche se vi è il Collegio sindacale, e i soci che non partecipano all’amministrazione viene riconosciuto un diritto individuale di informazione sugli affari sociali e di ispezione sulla documentazione sociale e relativa all’amministrazione (art. 2476, secondo comma, c.c.).

Circa il controllo legale dei conti, nella s.r.l. esso è previsto in caso di superamento di soglie dimensionali, non legate soltanto al capitale (art. 2477, c.c.), ma non v’è alcuna differenza per ciò che concerne il ruolo attribuibile al Collegio Sindacale, che è lo stesso rispetto al Collegio sindacale della s.p.a. (V. Salafia).

È venuta peraltro meno l'applicabilità dell'attuale art. 2409 c.c. in tema di controllo giudiziario: e ciò appare del tutto giustificato dall'esistenza di significativi poteri di controllo, da parte del singolo socio.

Si è così di fronte, come si può desumere anche dalla relazione, ad una particolare valorizzazione del controllo del socio sulla società a responsabilità limitata ed ovviamente, ove vi sia, del Collegio sindacale, con eliminazione –peraltro- del controllo giudiziario e, in particolare, del controllo esercitabile attraverso l'intervento del P.M.

Controllo reso ancora più importante, stante la già ricordata azione individuale di responsabilità e la possibile revoca cautelare dell'amministratore, sempre su iniziativa del singolo socio, secondo principi che sono di natura schiettamente personalistica, come si è già osservato (A. Amendola – L. Nazzicone).

Ma non si può non terminare questo esame, senza segnalare un'importante novità: la possibilità, per la s.r.l., di emettere titoli di debito, la cui sottoscrizione è riservata agli "investitori professionali", fermo restando che, in caso di successiva circolazione dei titoli, chi li ha sottoscritti risponde della solvenza della società, nei confronti degli acquirenti che non siano pur essi investitori professionali ovvero

soci della società (art. 2483, secondo comma c.c.).

E' ancora l'atto costitutivo della società a poter stabilire se la società possa emettere titoli di debito, attribuendo, in caso positivo, la relativa competenza ai soci o agli amministratori, determinando gli eventuali limiti, le modalità e le maggioranze necessarie per la decisione (art. 2483, primo comma c.c.).

La legge, infatti, non prevede regole particolari, salvo gli obblighi, testè indicati, in ordine alla sottoscrizione da parte di investitori professionali e alla garanzia della solvenza in caso di circolazione successiva dei titoli, peraltro limitatamente ai casi sopra individuati. L'esame complessivo effettuato permette dunque di confermare, ad ogni effetto, la totale centralità dell'autonomia statutaria nella "nuova" s.r.l., cosicché in essa si cumulano e si coniugano alcuni indiscutibili vantaggi, come già all'inizio di questo intervento ho rilevato.

La responsabilità limitata dei soci, infatti, diviene compatibile con una disciplina "flessibile", al punto da poter essere modellata su base personalistica e massimamente "aperta" alla libertà negoziale nell'organizzazione sociale e dei rapporti fra i soci.

PRIME NOTE SULL'ESTENSIONE DELLA DISCIPLINA ANTI-RICICLAGGIO ALLE PROFESSIONI CONTABILI E LEGALI

ALBERTO URBANI
Università Ca' Foscari di Venezia

Il presente scritto riproduce, con alcuni adattamenti ed integrazioni, la nota introduttiva al D. Lgs. 20 febbraio 2004, n. 56 pubblicata sulla terza edizione del Commentario breve alla legislazione sulla cambiale e sugli assegni a cura di Pellizzi e Partesotti, Padova, 2004, p. 717 ss.

1. Il D. Lgs. n. 56/2004 e le finalità dell'intervento legislativo

Con un decreto legislativo pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* nei primi mesi dell'anno (trattasi del D.Lgs. 20 febbraio 2004, n. 56, in *Gazz. Uff.* n. 49 del 28 febbraio 2004, S.O.), l'ordinamento italiano ha recepito la direttiva comunitaria 2001/97/CE in materia di prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi da attività illecite. Come si vedrà tra breve, alla piena operatività delle nuove disposizioni italiane si frappone a tutt'oggi il varo di talune norme attuative; può tuttavia tentarsi, in questa sede, un primo commento, con ovvia riserva di valutazioni meno approssimative quando il quadro normativo in materia si sarà adeguatamente completato. Come noto, l'ordinamento italiano dispone da più di dieci anni di una specifica disciplina antiriciclaggio (D.L. 3 maggio 1991, n. 143, convertito con modificazioni in l. 5 luglio 1991, n. 197), che per vero incontra giudizi non univoci, oscillanti in genere tra il persistere di alcune ritrosie e perplessità per lo più da parte degli operatori bancari e finanziari ed il plauso sostanziale delle autorità preposte al contrasto della criminalità economica. Praticamente coeva alla legge italiana è poi la direttiva comunitaria 91/308 del 10 giugno 1991: proprio tale sostanziale contemporaneità, del resto, consentì all'epoca l'adozione di regole in larghissima parte coincidenti tra i due corpi normativi, cosicché il legislatore italiano poté dare formale recepimento alla direttiva (sotto la specie, anzi, di «integrazione dell'attuazione») in tutta tranquillità, mediante la legge delega 6 febbraio 1996, n. 52 (c.d. legge comunitaria 1994, art. 15) ed il conseguente D. Lgs. 26 maggio 1997, n. 153.

La seconda direttiva comunitaria in materia, ossia appunto la n. 2001/97/CE, recepita dal nuovo provvedimento in parola con alcuni mesi di ritardo (il recepimento, infatti, sarebbe dovuto avvenire entro il 15 giugno 2003), è primariamente ispirata dall'intento di ampliare il novero dei soggetti tenuti all'osservanza degli obblighi di identificazione della clientela e di registrazione delle operazioni (cfr. art. 2 l. n. 197/1991), nonché di segnalazione delle operazioni sospette di riciclaggio (art. 3 l. n. 197/1991). Per vero, il nostro ordinamento aveva in larga parte già anticipato tale estensione, dal momento che con D. Lgs. 25 settembre 1999, n. 374 era stata disposta l'applicazione totale o parziale delle disposizioni antiriciclaggio a numerose categorie economico-professionali (in particolare: società di recupero crediti; imprese operanti nel settore della custodia e trasporto di denaro contante, titoli e valori a mezzo di guardie giurate; agenzie d'affari in mediazione immobiliare; esercenti l'attività di commercio di cose antiche; case d'asta e gallerie d'arte; soggetti implicati nel commercio d'oro per finalità industriali o di investimento; fabbricanti, mediatori e commercianti di oggetti preziosi; case da gioco; imprese artigiane dedite alla fabbricazione di oggetti preziosi; mediatori creditizi; agenzie in attività finanziaria); ciò nonostante, restava ancora da risolvere, tra gli altri profili, il nodo dell'estensione della normativa in parola alle c.d. professioni contabili ed a quelle legali, questione particolarmente delicata soprattutto per le evidenti

interrelazioni con i vincoli, specie in termini di segretezza, imposti dai singoli ordinamenti professionali. Su tali aspetti incide pertanto, principalmente, il decreto legislativo in discussione, approvato dal Governo in forza della delega conferitagli dall'art. 1, commi 1 e 3, della l. 7 febbraio 2003, n. 14, c.d. legge comunitaria per il 2002.

2. L'ambito di applicazione

Sulla scorta di tali premesse, l'art. 2 del D. Lgs. n. 56/2004, dunque, ridefinisce innanzi tutto l'ambito di applicazione della normativa antiriciclaggio, confermando tuttavia la tradizionale distinzione tra obblighi di identificazione e di registrazione, da un lato, ed obblighi di segnalazione, dall'altro. Ai primi – e quindi agli *obblighi di identificazione e di registrazione* di cui all'art. 2 della legge n. 197/1991 – sono oggi tenuti, secondo il tenore del 1° co., le banche, Poste Italiane S.p.a., gli istituti di moneta elettronica, le società di intermediazione mobiliare (Sim), le società di gestione del risparmio (Sgr), le società di investimento a capitale variabile (Sicav), le imprese di assicurazione, gli agenti di cambio, le società fiduciarie, le società che svolgono il servizio di riscossione dei tributi, gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco generale o in quello speciale di cui rispettivamente agli artt. 106 e 107 T.U. banc., i soggetti operanti nel settore finanziario iscritti nelle sezioni dell'elenco generale previste dagli artt. 113 e 155, commi 4 e 5, T.U. banc., le società di revisione iscritte nell'albo speciale previsto dall'art. 161 T.U. fin., i soggetti che esercitano ai sensi dell'art. 1, comma 1, del D. Lgs. n. 374/1999 le attività ivi indicate, le succursali italiane dei soggetti sin qui indicati ed aventi sede legale in uno Stato estero nonché le succursali italiane delle società di gestione del risparmio armonizzate, gli iscritti nell'albo dei ragionieri e dei periti commerciali, nel registro dei revisori contabili, nell'albo dei dottori commercialisti ed in quello dei consulenti del lavoro; agli obblighi in questione sono assoggettati, infine – ma questa volta soltanto in casi determinati – i notai e gli avvocati. Gli *obblighi di segnalazione* di operazioni sospette di riciclaggio, ex art. 3 l. n. 197/1991 riguardano invece tutti i soggetti poc'anzi elencati, cui si aggiungono però anche le società di gestione accentrata di strumenti finanziari, le società di gestione dei mercati regolamentati di strumenti finanziari e i soggetti che gestiscono strutture per la negoziazione di strumenti finanziari e di fondi interbancari, le società di gestione dei servizi di liquidazione delle operazioni su strumenti finanziari, le società di gestione dei sistemi di compensazione e garanzia delle operazioni in strumenti finanziari, gli uffici della Pubblica Amministrazione.

Confrontando i due elenchi ora riportati con i dati rivenienti dalla lettura combinata degli artt. 2 (obblighi di identificazione e di registrazione) e 3 (obblighi di segnalazione) della c.d. legge antiriciclaggio, si nota innanzi tutto una opportuna opera di aggiornamento del lessico legislativo, dal momento che le elencazioni contenute nella legge originaria mostravano ormai il segno del tempo, risultando non più allineate con la terminologia utilizzata dalle legislazioni di settore e talvolta addirittura non più corrispondenti alla configurazione giuridica di taluni dei soggetti ivi menzionati: non a caso, in tempi recenti era stata appunto auspicata una revisione in tal senso (cfr. URBANI, in *Normativa antiriciclaggio e contrasto della crimi-*

nalità economica, a cura di Di Brina e Picchio Forlati, Padova, 2003, p. 108 ss., nt. 20, nonché in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, I, p. 485 ss.). E' così – volendo esemplificare – che all'espressione «enti creditizi», di origine comunitaria, oggi si è sostituita la parola «banche», conformemente al linguaggio adottato dal Testo Unico bancario; Sim ed Sgr, imprese di investimento disciplinate dal Testo Unico della finanza, hanno preso il posto delle corrispondenti categorie di intermediari un tempo sottoposti alle prescrizioni della l. n. 1/1991; l'originario riferimento agli «uffici postali», ricondotti nell'ambito della Pubblica Amministrazione, ha ora dovuto tenere conto della trasformazione in «Poste Italiane S.p.a.».

Un secondo elemento di novità è dato dall'*estensione* delle disposizioni antiriciclaggio a categorie per molti versi assai «vicine» a quelle menzionate nella legge del '91, ma da questa ovviamente non considerate in quanto affermatesi in un momento successivo: è il caso ad esempio delle Sicav, introdotte dal D. Lgs. 25 gennaio 1992, n. 84 ed oggi regolate dal Testo Unico della finanza, ovvero degli istituti di moneta elettronica, per disciplinare i quali si è recentemente introdotto nel Testo Unico bancario un apposito Titolo V bis (art. 114 bis – 114 quinquies).

Un terzo ambito di intervento della novella legislativa attiene viceversa ad una *parzialmente diversa "distribuzione" degli obblighi* di registrazione e segnalazione, nel senso che taluni soggetti prima tenuti anche a registrare tutte le operazioni di importo eccedente la soglia dei venti milioni di lire (poi 12.500 euro, a seguito del D.M. 17 ottobre 2002), vengono ora sottoposti unicamente agli obblighi di segnalazione delle operazioni sospette: così, in particolare, per la Pubblica Amministrazione, con l'evidente obiettivo di sgravare il comparto pubblico di adempimenti rivelatisi alla prova dei fatti sostanzialmente inutili.

La novità più significativa, peraltro, riguarda come già anticipato l'estensione dell'ambito applicativo delle prescrizioni antiriciclaggio. Oltre a richiamare le categorie cui già il D. Lgs. n. 374/1999 citato aveva reso applicabili le norme in discorso, il recente intervento legislativo ha, da un lato, aggiunto al novero delle categorie tenute ad identificare la clientela e conservare le informazioni le professioni *lato sensu* contabili (ragionieri e periti commerciali, revisori contabili, dottori commercialisti e consulenti del lavoro, cui si associano le società di revisione iscritte nell'elenco speciale di cui all'art. 161 T.U. fin.) e quelle legali (notai ed avvocati), dall'altro, sottoposto agli obblighi di segnalazione tutti questi soggetti, ma anche altre categorie, tra le quali le società di gestione accentrata di strumenti finanziari (cfr. art. 80 T.U. fin.) e quelle di gestione dei mercati regolamentati (cfr. art. 61 T.U. fin.).

Problemi delicati, in particolar modo, pone l'estensione degli obblighi in parola alle c.d. professioni legali. Invero, il legislatore delegato mostra di avere ben presenti le difficoltà che solleva una siffatta estensione, tanto è vero che, diversamente dalle altre categorie di soggetti tenuti agli adempimenti antiriciclaggio, relativamente ai quali non pone limitazioni specifiche, i notai e gli avvocati vi sono espressamente sottoposti soltanto «quando, in nome o per conto di propri clienti, compiono qualsiasi operazione di natura finanziaria o immobiliare e quando assistono i propri clienti nella progettazione o nella realizzazione di operazioni riguardanti (...)» una molteplicità di fattispecie, così riassumibili con qualche semplificazione: trasferimento a qualsiasi titolo di beni immobili o attività economiche; gestione o movimentazione di denaro; organizzazione degli apporti necessari alla costituzione, alla gestione o all'amministrazione di società; costituzione, gestione o amministrazione di società, enti, *trust* o strutture analoghe (cfr. art. 2, comma 1, lett. t)). In via di primissima valutazione, sembra potersi ritenere che stante la posizione, per così dire, di «terzietà istituzionale» del notaio, che in ciò si differenzia nettamente dall'avvocato, le ipotesi in cui questi possa vedersi richiesto di compiere operazioni di natura finanziaria o immobiliare «in nome o per conto» di propri clienti, e non già solo di «assisterti» in tali operazioni, siano riconducibili a vicende nelle quali egli operi al di fuori delle funzioni strettamente attinenti al suo ministero: si può pensare, ad esempio, al caso in cui il notaio riceva dal cliente una somma di denaro affinché proceda alla cancellazione di

un'ipoteca, ovvero al notaio chiamato a compiere operazioni di natura finanziaria o immobiliare in veste di esecutore testamentario (per uno spunto indiretto, cfr. art. 28, comma 1, n. 3) della l. notarile, l. 16 febbraio 1913, n. 89).

Altra rilevante questione, cui il D. Lgs. n. 56/2004 cerca di dare una risposta appagante, è quella del potenziale conflitto delle disposizioni antiriciclaggio con le norme dettate dai singoli ordinamenti professionali, specie per quanto attiene alla tutela del *segreto*. In proposito, il provvedimento in esame, sulla scorta di quanto consentito dall'art. 6, par. 3, comma 2, della direttiva antiriciclaggio n. 91/308/CEE, come modificato dalla direttiva n. 2001/97/CE (si veda, sul punto, il 17° *considerando* della direttiva 2001/97), sottrae le professioni contabili e quelle legali dagli obblighi di segnalazione «per le informazioni che essi ricevono da un loro cliente o ottengono riguardo allo stesso, nel corso dell'esame della posizione giuridica del loro cliente o dell'espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza del medesimo in un procedimento giudiziario o in relazione a tale procedimento, compresa la consulenza sull'eventualità di intentare o evitare un procedimento, ove tali informazioni siano ricevute o ottenute prima, durante o dopo il procedimento stesso». In tal modo, il diritto del cliente alla difesa, nel nostro ordinamento protetto anche costituzionalmente, ed il correlato obbligo di segretezza che vincola il professionista vengono adeguatamente temperati con l'interesse pubblico, parimenti meritevole di tutela, alla repressione dei fenomeni criminali, nel caso di specie del riciclaggio del denaro di provenienza illecita.

3. La previsione di norme attuative

L'art. 3 della novella legislativa in commento, dopo aver ribadito gli obblighi di registrazione anche delle c.d. operazioni frazionate (cfr. art. 2, comma 2, l. n. 197/1991), affida al Ministro dell'economia, sentiti l'Uic, le competenti autorità di vigilanza di settore e le amministrazioni interessate, il compito di emanare entro 240 giorni dalla data di entrata in vigore del D. Lgs. n. 56/2004 un *regolamento* atto ad orientare gli operatori circa il contenuto e le modalità di esecuzione degli obblighi in materia, con riguardo alla specifica attività esercitata da ciascuna categoria interessata. Si tratterà ovviamente di un atto di notevole importanza per chiarire i molti dubbi, rimasti a tutt'oggi irrisolti, che già la cennata estensione applicativa delle disposizioni antiriciclaggio recata dal D. Lgs. n. 374/1999 aveva sollevato. Quello appena ricordato non è comunque l'unico ambito per il quale il D. Lgs. n. 56/2004 rinvia ad un intervento ministeriale. Analoga previsione, infatti, è contenuta nel comma 4 dell'art. 8 in riferimento agli obblighi di segnalazione di operazioni sospette da parte dei professionisti contabili e legali; per questi ultimi, anzi, il successivo comma 5 *sospende* l'applicazione delle nuove disposizioni sino alla data di entrata in vigore dei provvedimenti del Ministro dell'economia. Dal canto suo, anche l'Uic è chiamato a dettare *disposizioni applicative* in materia (v. art. 8, 6° co.): invero, la non chiarissima formulazione della previsione in discorso potrebbe lasciare emergere qualche dubbio circa la sfera di intervento disciplinare dell'Ufficio, che pare tuttavia dover essere ragionevolmente circoscritta a quanto previsto nel comma precedente, anche per evitare altrimenti possibili sovrapposizioni con il potere regolamentare che l'art. 3 bis della legge n. 197/1991 assegna alla Banca d'Italia.

4. Gli intermediari abilitati

Per altro verso, il decreto in presentazione rivede altresì la materia dell'abilitazione ad effettuare operazioni di importo eccedente la soglia di 12.500 euro (art. 1, l. n. 197/1991): in precedenza, l'art. 4 della legge istituiva la categoria c.d. degli *intermediari abilitati*, distinguendo tra operatori automaticamente abilitati in forza dell'attività esercitata (comma 1) ed operatori viceversa abilitabili con decreto del Ministro del tesoro, oggi dell'economia (comma 2): entrambi i commi dell'art. 4 sono stati ora abrogati, ma ciò nonostante la distin-

zione permane, per quanto parzialmente modificata nell'estensione soggettiva, in base a quanto disposto dall'art. 4 del nuovo decreto.

5. La collaborazione tra autorità

Nel contempo, sulla scia di una tendenza ormai consolidata in ambito bancario e più in generale finanziario (cfr. ad es. art. 7 T.U. banc. ed art. 4 T.U. fin.) e d'altronde già presente, nello specifico, nell'art. 11 della legge n. 197/1991, il successivo art. 5 del decreto in parola sancisce a chiare lettere l'obbligo per le varie autorità di vigilanza di settore di collaborare con l'Uic, anche mediante lo scambio di informazioni, al fine di agevolare le rispettive funzioni, e ciò in deroga all'obbligo del segreto d'ufficio. Confrontata con il citato art. 11 della legge del '91 – com'è ovvio, contestualmente abrogato dalla novella – la nuova disposizione si segnala in particolare per l'evidenziazione dell'Uic come organo centrale dell'intero impianto organizzativo antiriciclaggio (in argomento, v. DONATO, in *Mercati finanziari e riciclaggio*, a cura di Bruni e Masciandaro, Milano, 1998, p. 148; CASSESE E., *Il controllo pubblico del riciclaggio finanziario*, Milano, 1999, p. 106 ss.; URBANI, *op. cit.*, partic., rispettivamente, p. 114 ss. e p. 491 ss.), ma soprattutto per la ora esplicitata doverosità della collaborazione (se secondo l'art. 11 della legge n. 197/1991 le autorità «potevano scambiarsi informazioni e collaborare», oggi le stesse semplicemente «collaborano») e per il coinvolgimento anche delle amministrazioni e degli organismi locali delle professioni interessate.

6. Modifiche alla legge n. 197/1991. Profili sanzionatori

Con l'occasione, il D. Lgs. n. 56/2004, all'art. 6, introduce alcune ulteriori significative novità in materia incidendo direttamente sul testo della legge n. 197/1991.

In primo luogo, il comma 2 bis della legge, che prima prevedeva il divieto di un saldo superiore a lire venti milioni (soglia elevata a 12.500 euro con il già ricordato successivo provvedimento ministeriale del 2002) per i *libretti di deposito bancari o postali al portatore*, viene interamente sostituito da una nuova formulazione, che se da un verso recepisce formalmente l'aggiornamento della soglia di rilevanza, dall'altro, soprattutto, interviene per chiarire quale comportamento debba tenere la banca o l'ufficio postale qualora il saldo venga ad eccedere l'importo in questione, risolvendo in tal modo il dubbio che prima d'ora aveva trovato risposta soltanto in una nota ministeriale: in proposito, si stabilisce così che i libretti con saldo superiore a 12.500 euro, esistenti alla data di entrata in vigore della nuova disposizione (quindi al 14 marzo 2004) debbano essere estinti dal portatore entro il 31 gennaio 2005; il mancato rispetto della nuova disposizione – secondo il, pure nuovo, art. 5, comma 6 bis, l. n. 197/1991: si ricordi che, in precedenza, la violazione in parola non era accompagnata da una specifica sanzione – è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria fino al 20% del saldo, ovvero dal 20% al 40% del saldo, a seconda, rispettivamente, che la violazione non ecceda ovvero ecceda l'importo di 250.000 euro.

Sempre dal punto di vista sanzionatorio, l'art. 6, comma 6, del decreto

introduce una percentuale minima (che si aggiunge pertanto a quella massima già prevista sin dalla formulazione originaria della legge) della sanzione amministrativa pecuniaria disposta per i casi di inosservanza delle prescrizioni dell'art. 1 della legge riguardanti la c.d. «canalizzazione bancaria delle operazioni» (ossia il trasferimento per il tramite di intermediari abilitati), percentuale in questa prima ipotesi fissata nella misura dell'1%, ovvero per quelli di omessa segnalazione di operazione sospetta ex art. 3 della legge, percentuale minima qui invece stabilita nel 5%.

Per quanto poi concerne le sanzioni applicabili nei confronti dei c.d. soggetti abilitati, l'art. 7 del D. Lgs. n. 56/2004 in esame, da un lato introduce una percentuale minima anche per il caso di omessa segnalazione al Ministero dell'economia, da parte di costoro, delle infrazioni riguardanti assegni bancari o circolari, libretti al portatore o titoli similari (dal 3 al 30% dell'importo dell'operazione, per effetto combinato di questa norma con la contestuale abrogazione dell'art. 5, comma 3, l. n. 197/1991), dall'altro prevede ora una sanzione specifica (da 5.000 a 25.000 euro: cfr. art. 7, comma 4, D. Lgs. n. 56/2004) anche per l'ipotesi di mancata trasmissione all'Uic di dati o informazioni richiesti dall'Ufficio a seguito dell'avvenuta ricezione di una segnalazione di operazione sospetta, secondo quanto previsto dall'art. 3, comma 4, lett. c), l. n. 197/1991; analoga sanzione è disposta per la mancata effettuazione delle comunicazioni richieste dall'Ufficio ai sensi dell'art. 5, comma 10, l. n. 197/1991 e per l'inosservanza delle disposizioni applicative che lo stesso Ufficio adotterà in forza dell'art. 8, comma 6, del D. Lgs. n. 56/2004.

Infine, se in precedenza l'art. 5, comma 8, della legge n. 197/1991 rendeva espressamente applicabili, in materia, le disposizioni della legge n. 689/1981, c.d. di depenalizzazione, ad eccezione tuttavia dell'art. 16 concernente il *pagamento in misura ridotta*, oggi viceversa il nuovo testo del comma in questione dispone l'applicabilità anche del suddetto art. 16, ma soltanto per le violazioni di cui all'art. 1, commi 1 e 2, della l. n. 197/1991 e per violazioni di importo non superiore a 250.000 euro; tale beneficio è tuttavia escluso per chi si sia già avvalso di tale facoltà, per altra violazione sempre dell'art. 1 della legge antiriciclaggio e con riferimento ad un atto di contestazione ricevuto dall'interessato nei 365 giorni precedenti la ricezione dell'atto di contestazione concernente l'illecito per cui si procede. Quanto ai poteri di accertamento delle violazioni e, per riflesso, di contestazione delle medesime, l'art. 6, comma 7, del decreto in parola menziona espressamente «le autorità di vigilanza di settore, le amministrazioni interessate, l'Uic e la Guardia di Finanza», con formula dunque più esplicita dell'art. 5, comma 8, l. n. 197/1991, il quale si limita a far riferimento all'irrogazione delle sanzioni da parte del Ministro dell'economia, già del tesoro.

Da ultimo, una modifica pressoché formale riguarda il D. Lgs. n. 374/1999, il cui art. 4, comma 4, riguardante gli obblighi di identificazione e di registrazione delle case da gioco, viene modificato dall'art. 6, comma 9, della novella nella parole che determinano la soglia di importo per le operazioni di acquisto o di cambio di « *fiches*» o di altri mezzi di gioco superata la quale scattano appunto gli obblighi di legge: ora tale soglia viene determinata in 1.500 euro, in luogo degli originari 3 milioni di lire.

LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE NEI CONSORZI CON ATTIVITÀ ESTERNA

GERMANO ROSSI
Ordine di Treviso

1 - Premessa

Una recente pronuncia della Corte di Cassazione¹ fornisce lo spunto per tornare sulla questione del regime di responsabilità nei consorzi con attività esterna, disciplinato dall'art. 2615 del codice civile, che - a quasi trent'anni dalla sua definitiva formulazione - risulta essere ancora ben lontano dal trovare un'interpretazione chiara e condivisa, che sarebbe invece quanto mai necessaria soprattutto in considerazione delle conseguenze a cui possono portare le sue diverse possibili letture.

E' tuttora oggetto di discussione - infatti - se per le obbligazioni assunte da un consorzio che non siano relative a semplici spese generali o di funzionamento possano essere chiamati a rispondere direttamente anche i singoli consorziati, oltre che il consorzio stesso; ovvero se, per le obbligazioni contratte per conto di singoli consorziati, possano essere chiamati a rispondere in via solidale anche gli altri partecipanti al consorzio. Ne consegue, in sintesi, che non risulta ancora chiaro se il consorzio sia una struttura nella quale i partecipanti godono di una responsabilità limitata, ovvero se - al contrario - dalla loro partecipazione possa invece discendere una responsabilità illimitata, per effetto della quale gli stessi possano essere chiamati a rispondere delle obbligazioni consortili con tutto il loro patrimonio. Come è facile intuire, si tratta di un problema di non trascurabile importanza, non solo per la diffusione e l'importanza economica che hanno ormai raggiunto le strutture consortili, ma anche per la generale inconsapevolezza delle imprese che vi partecipano dei reali rischi che tali strutture sottendono, anche alla luce degli indirizzi che sono venuti via via formandosi in dottrina.

La sentenza richiamata tratta invero di una questione segnatamente diversa da quella che qui interessa, ma risulta ugualmente utile per cogliere immediatamente la delicatezza del problema². La vicenda ruotava attorno al fallimento di una società consortile: il curatore aveva stipulato una transazione con i creditori per il pagamento dei loro crediti, e questi - successivamente - avevano promosso azione nei confronti dei singoli consorziati per il pagamento dei crediti residui non incassati, invocando appunto l'art. 2615 c.c., secondo comma, ed ottenendo anche un responso favorevole dai giudici di prime cure. Nell'esaminare la questione, la Corte ripercorre le argomentazioni utilizzate dai giudici d'appello³, che - in particolare - non avevano comunque ravvisato una responsabilità solidale dei singoli consorziati per le obbligazioni in questione, che sarebbero state assunte "per far fronte ai bisogni della totalità dei consorziati, onde i corrispondenti crediti dei terzi possono essere fatti valere solo sul fondo consortile in base al disposto del primo comma dell'articolo citato (2615 c.c.)". Questo assunto, apparentemente banale, sottende in realtà una delle

questioni più rilevanti in materia di responsabilità patrimoniale nei consorzi, ovvero se e quando possa essere chiamata in causa la responsabilità dei singoli consorziati per le obbligazioni assunte dagli organi del consorzio, problema che - prima di essere affrontato - necessita di qualche breve passo indietro.

2 - L'evoluzione normativa : l'art. 2615 c.c. prima e dopo la riforma della disciplina consortile

L'attuale formulazione del primo comma dell'articolo 2615 è il frutto delle modifiche apportate dall'articolo 3 della legge di riforma della disciplina consortile, n. 377 del 10 maggio 1976. Il testo originario, disponeva che: "Per le obbligazioni assunte in nome del consorzio dalle persone che ne hanno la rappresentanza, i terzi possono far valere i loro diritti sul fondo consortile. Per le obbligazioni stesse rispondono inoltre illimitatamente e solidalmente le persone che hanno agito in nome del consorzio". Con la riforma, quindi, da una parte è venuta meno la seconda parte di tale comma, con l'effetto di escludere la responsabilità illimitata e solidale delle persone che avessero agito in nome del consorzio; dall'altra è stato chiarito che i terzi, per le obbligazioni in questione, possono valersi esclusivamente sul fondo consortile. Il nuovo testo del primo comma dell'art. 2615 dispone infatti che "Per le obbligazioni assunte in nome del consorzio dalle persone che ne hanno la rappresentanza, i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo consortile".

Di fatto, la Riforma, intervenuta in un momento in cui era particolarmente sentito il problema del sostegno alle imprese e del rilancio dell'economia, si era posta l'obiettivo di riqualificare l'istituto consortile, mettendo in secondo piano la sua funzione anticoncorrenziale per esaltarne invece le caratteristiche di efficace strumento per la cooperazione interaziendale. E in tale ottica essa aveva voluto non solo escludere che gli amministratori del consorzio potessero rispondere illimitatamente delle obbligazioni consortili, ma anche sottrarre il fenomeno consortile al regime di responsabilità illimitata fissato per le associazioni non riconosciute, creando - sostanzialmente - una struttura a responsabilità (almeno parzialmente) limitata ancorché non adeguatamente disciplinata ai fini della tutela dei terzi.⁴

3 - Il rapporto tra il primo ed il secondo comma dell'art. 2615: obbligazioni assunte in nome del consorzio e obbligazioni assunte per conto dei consorziati

La Legge di Riforma della disciplina consortile, pur avendo introdotto un regime di responsabilità limitata per tutte le obbligazioni as-

¹ Cass., 27 novembre 2003, n. 18113, Metalmeccanica Fracasso spa c. Tessarolo comm. Giuseppe s.r.l., in *Le Società*, 2004, 6, p. 717, con commento di E. Erasmo Bonavera.

² La questione posta all'esame della Corte riguardava infatti l'applicabilità alle società consortili a responsabilità limitata - costituite ai sensi dell'art. 2615 ter c.c. - della disciplina in materia di responsabilità dei consorziati dettata dall'art. 2615 per i consorzi con attività esterna. Tale applicabilità è stata correttamente negata dalla Corte, sulla base della considerazione - sulla quale concorda la dottrina prevalente - che la causa consortile non può di per sé comportare l'automatica disapplicazione delle norme inderogabili che caratterizzano lo schema societario volontariamente e legittimamente adottato dai soci. Tra gli altri v. BORGIOI, *Consorti e società consortili*, in Tratt. di dir. civ. e comm., a cura di Cicu e Messineo, 1985; VOLPE PUTZOLU, *I Consorti per il coordinamento della produzione e degli scambi*, in Tratt. di dir. comm. e di dir. pubbl. dell'econ., diretto da F. Galgano, 1981; MOSCO, *I consorzi tra imprenditori*, 1988; DE ANGELIS, *I soci di s.r.l. consortile mantengono la responsabilità limitata*, in *Le Società*, n. 10/1997, p. 1181.

³ App. Venezia, 21 febbraio 2001, riportata in *Temì Romana* 2001, p. 78, con nota di Anna Maria PETRUCCI. Nella stessa Rivista, a pag. 76, è riportata anche la sentenza di primo grado emessa dal Tribunale di Verona, 18 dicembre 1997, che si era invece pronunciata in senso contrario, ed aveva quindi affermato la responsabilità solidale dei soci consorziati ai sensi dell'art. 2615 secondo comma c.c..

⁴ Proprio questa è stata la critica avanzata dalla maggior parte della dottrina sulla Riforma, che a fronte dell'introduzione del regime di responsabilità limitata per una struttura non dotata di personalità giuridica si limita ad introdurre l'obbligo di deposito della situazione patrimoniale (art. 2615 bis), senza prevedere meccanismi idonei a salvaguardare i terzi, come ad esempio norme a tutela dell'integrità del fondo consortile. Per tutti v. FERRI, *Consorti e società consortili: ancora una modificazione occulta del codice civile*, in Riv. Dir. Comm., 1976, I, p. 130.

sunte in nome del consorzio, ha mantenuto invariata la disciplina prevista dal secondo comma dell'art. 2615 in materia di obbligazioni assunte per conto dei singoli consorziati, per le quali questi ultimi rispondono personalmente, in solido con il fondo consortile. Il diverso regime di responsabilità per le due categorie di obbligazioni ha ovviamente fatto nascere un delicato problema interpretativo, sul quale persistono valutazioni in alcuni casi diametralmente opposte. Da un lato, infatti, non è chiaro se per l'applicazione del regime del secondo comma dell'art. 2615 sia necessario o meno che al momento dell'assunzione delle obbligazioni (o anche - eventualmente - in un secondo momento) siano spesi i nomi dei consorziati per conto dei quali il Consorzio abbia agito⁵; dall'altro, permane la difficoltà di delineare i contorni dell'agire del consorzio in proprio nome e conto, e quindi di individuare quali siano le obbligazioni che lo stesso può assumere senza coinvolgere i suoi consorziati con la responsabilità illimitata e solidale⁶. Il primo dubbio deriva dal fatto che mentre nel primo comma dell'art. 2615 si parla di obbligazioni assunte "in nome" del consorzio, nel secondo comma si fa riferimento a quelle assunte "per conto" dei singoli consorziati, senza specificare se esse siano assunte anche in loro nome, ovvero se possano essere assunte dal consorzio anche in nome proprio. Peraltro, nonostante l'infelice scelta del legislatore in merito alla terminologia utilizzata nei due commi, non sembra discutibile che - ai fini dell'applicabilità o meno del secondo comma dell'art. 2615 - si debba aver riguardo all'*interesse* che le obbligazioni assunte dal consorzio (generalmente "in nome proprio", e quindi con l'impegno della propria responsabilità) mirano a soddisfare: qualora si tratti di un interesse proprio del consorzio, quale autonomo soggetto di diritto, ovvero di tutti i consorziati astrattamente considerati, il consorzio stesso dovrà essere considerato l'unico esclusivo debitore; qualora invece si tratti dell'interesse di uno o più singoli consorziati determinati in concreto (al limite anche di tutti, ma sempre specificatamente individuati o individuabili), questi ultimi dovranno essere considerati i debitori principali, quali diretti destinatari dell'operato consortile. La responsabilità solidale del consorzio potrà poi essere giustificata con l'opportunità di "aggiungere al patrimonio del singolo per conto del quale l'affare è stato concluso il fondo consortile, quale ulteriore garanzia"⁷. Sembra dunque corretto parlare nel caso specifico di "solidarietà disuguale"⁸, potendosi inquadrare la responsabilità del fondo consortile nell'ambito dell'istituto della fideiussione, con conseguente possibilità che il consorzio sia chiamato a pagare il creditore prima del debitore principale, salvo esplicito patto contrario (art. 1944 c.c.), e con altrettanto conseguente diritto di surroga e di regresso dello stesso nei confronti dei debitori principali (i "singoli consorziati") una volta eseguito il pagamento (artt. 1949 e 1950 c.c.).

Certo sarà difficile per il terzo far valere le proprie ragioni contro l'effettivo *dominus* del negozio, nel caso in cui il consorzio non ab-

bia reso nota la sua identità; ma ad evidenza questa dovrà essere considerata una mera difficoltà di fatto, e non anche un ostacolo di diritto, che in ogni caso ben potrà essere superata nel momento in cui il terzo sia in qualche modo venuto a conoscenza del nome del consorzio nel cui interesse il consorzio abbia agito.

Per quanto attiene invece al secondo problema interpretativo, si ha l'impressione che i tentativi di allargamento del campo di applicazione del secondo comma dell'art. 2615, e di conseguente estensione delle ipotesi di coinvolgimento dei consorziati nella responsabilità diretta per le obbligazioni consortili, siano non tanto il frutto di una approfondita analisi del testo normativo e della reale volontà del legislatore della Riforma, quanto il risultato di una volontà di porre in qualche modo rimedio ad una norma giudicata (non importa se a ragione o a torto) eccessivamente rischiosa, considerata la (indiscutibile) complessiva inidoneità delle norme sui consorzi a fornire adeguate garanzie a tutela dei terzi.

In realtà, il consorzio deve essere considerato un autonomo soggetto di diritto, che come tale agisce in genere per conto proprio, compiendo cioè "attività giuridica nel suo esclusivo interesse in quanto funzionale ad un assetto di interessi che è proprio dell'organismo consortile e non dei singoli consorziati"⁹. In tal senso si dovrà ritenere che "interesse del consorzio" possa essere propriamente considerato solo quell'interesse che sia comune a tutti i consorziati, per il soddisfacimento del quale sarà normalmente posta in essere l'attività negoziale del consorzio stesso.

Ne consegue che i consorzi con attività esterna devono essere considerati senza ombra di dubbio delle strutture associative a responsabilità tipicamente limitata, nelle quali il coinvolgimento diretto ed illimitato delle imprese consorziate è circoscritto alle sole obbligazioni assunte nel loro chiaro, specifico ed individuabile interesse.

Oltre tutto, una diversa interpretazione (come quella che vorrebbe considerare tutte le obbligazioni consortili assunte "per conto" dei consorziati, in un sistema in cui il consorzio verrebbe ad agire sempre quale mandatario senza rappresentanza degli stessi¹⁰) finirebbe poi per contraddire il preciso disposto del secondo comma dell'art. 2615, che parla di obbligazioni assunte per conto di "singoli" consorziati: il che mi pare stia inequivocabilmente a confermare che la responsabilità personale delle singole imprese consorziate possa essere invocata solamente quando sia possibile individuare *puntualmente* quali tra esse siano state le dirette interessate dell'operazione (fermo restando che tali potrebbero essere anche tutte le imprese consorziate, qualora per l'appunto ognuna di esse fosse direttamente ed immediatamente interessata all'operazione).

4 - La ripartizione del debito dell'insolvente tra tutti i consorziati di cui all'art. 2615 secondo comma, parte seconda.

Il secondo comma dell'art. 2615 c.c. non si limita a disciplinare la

⁵ Propendono per la non necessità della spendita del nome dei singoli consorziati ai fini dell'applicabilità del regime di responsabilità previsto dal secondo comma dell'art. 2615, tra gli altri, BORGIOI, *Consorzi e società consortili*, cit., p. 372 ss.; SPOLIDORO, *Le società consortili*, 1984, p. 111; MORELLI, *Il regime della responsabilità patrimoniale dei consorzi con attività esterna tra istanze di snellezza operativa ed esigenza di tutela dei terzi*, in Foro It. 1980, I, c. 1995; BIANCHI, *Responsabilità verso i terzi delle persone che hanno la rappresentanza del consorzio e dei singoli consorziati*, in Giur. Comm., 1987, II, p. 591; DE ANGELIS, *Questioni in tema di rapporti economici fra consorzio e consorziati*, in Le Società, 1999, p. 1306; COTTINO, *Diritto Commerciale*, I, 1994, p. 80. In giurisprudenza, tra le altre, Cass., 16 luglio 1979, n. 4130, in Giur. Comm. 1980, II, p. 179; Cass., 26 gennaio 1989, in Le Società, 1989, p. 570; Cass., 27 settembre 1997, n. 9509, in Giust. Civ., 1998, 2, pt. 1, p. 438. *Contra*, tra gli altri, MOSCO, *op. cit.*, secondo cui sarebbe necessario quanto meno rendere edotti i terzi del fatto che l'obbligazione è assunta per conto di uno o più singoli consorziati; VOLPE PUTZOLU, *I Consorzi*, cit. p. 336, secondo la quale dopo la riforma il secondo comma dell'art. 2615 sarebbe divenuto norma ad esclusiva tutela dei terzi, per cui addirittura non vi sarebbe nemmeno la possibilità di tacere il nome dei consorziati, e di far assumere in toto al consorzio il rischio economico dell'operazione. In giurisprudenza, v. la recente Cass., 16 marzo 2001, n. 3829, in Mass., 2001.

⁶ Nel senso dell'applicabilità del primo comma dell'art. 2615 "non solo per tutte le obbligazioni strumentalmente corrispondenti alla stretta organizzazione materiale del consorzio (spese per il personale, locali, etc)", ma più in generale per le obbligazioni assunte nell'interesse della generalità dei consorziati, in esecuzione dell'attività istituzionale del consorzio, è orientata in modo pressoché unanime la giurisprudenza, che si rifà alla citata sentenza della Cassazione n. 4130/1979. Tra le altre, v. anche Trib. Napoli, 26 giugno 2000, in Giur. Comm., 2001, II, 641, con nota di A. MADONNA. Nello stesso senso, in dottrina, tra gli altri MOSCO, *op. cit.*, p. 221; VOLPE PUTZOLU, *op. cit.*, p. 335; MORELLI, *op. cit.*, c. 1994. In senso contrario, per una interpretazione più restrittiva del primo comma dell'articolo 2615, BORGIOI, *op. cit.*, p. 375; GALGANO, *Le fasi dell'impresa nei consorzi tra imprenditori*, in Contratto e Impresa, 1986, p. 9; e soprattutto DE ANGELIS, *Appunti sulla responsabilità patrimoniale nei consorzi con attività esterna*, in Riv. Soc., 1983, p. 1393 ss., e successivamente in *Responsabilità patrimoniale per le obbligazioni consortili*, in Le Società, 1989, p. 570, secondo il quale tutte le obbligazioni consortili, con l'eccezione di quelle strettamente attinenti all'organizzazione ed al funzionamento del consorzio sarebbero assunte per conto dei consorziati, sulla base dell'assunto secondo cui il consorzio "nel compimento di ogni suo atto ... agisce (sempre) come mandatario (senza rappresentanza) dei consorziati, di tutti o di alcuni".

⁷ Così GUGLIELMETTI, *La concorrenza e i consorzi*, in Tratt. dir. Civ. it., 1970, p. 372.

⁸ MOSCO, *op. cit.*, p. 226.

⁹ MOSCO, *op. cit.*, p. 220.

¹⁰ V. DE ANGELIS, *op. cit.*

responsabilità per le obbligazioni assunte dagli organi del consorzio per conto dei singoli consorziati. Nella seconda parte di tale comma si dispone infatti che: “in caso di insolvenza, nei rapporti tra i consorziati il debito dell’insolvente si ripartisce tra tutti in proporzione delle quote”.

Si tratta in effetti della disposizione di più incerta lettura di tutta la normativa in materia di consorzi (e non solo), sulla quale - a mio giudizio - non è ancora stata individuata l’interpretazione più corretta.

La prima cosa da chiarire è che si tratta di una disposizione che non riguarda e non implica la responsabilità verso i terzi dei consorziati diversi da quelli per conto dei quali il consorzio ha agito.

Già nel suo iter legislativo, infatti, la norma era stata oggetto di successivi e significativi aggiustamenti sostanziali. Inizialmente, infatti, essa sembrava preoccuparsi di tutelare l’interesse dei terzi contraenti; nella stesura definitiva, però, da un lato c’era stato l’inserimento - accanto alla responsabilità dei singoli consorziati, in un primo momento esclusiva - del fondo consortile; dall’altro era stato precisato che è “nei rapporti tra i consorziati” che “il debito dell’insolvente si ripartisce tra tutti in proporzione delle quote”.

E proprio alla luce di quest’ultima modifica può escludersi che la norma in questione regoli la responsabilità verso i terzi dei consorziati diversi da quelli per conto dei quali gli amministratori hanno agito. Essa infatti da un lato ha in un certo qual modo conservato quella maggior garanzia per i terzi precedentemente rappresentata dal patrimonio di tutti gli altri consorziati attraverso l’inserimento della responsabilità solidale del fondo consortile; dall’altro ha evitato che il principio della responsabilità limitata dei membri del consorzio potesse venir meno, come invece sarebbe stato se questi fossero stati costretti a sborsare somme in alcun modo prevedibili per il solo fatto dell’insolvenza di un consorziato.

Detto questo, si tratta ora di individuare l’effettiva portata della disposizione contenuta nella seconda parte del secondo comma dell’art. 2615. In primo luogo, si deve stabilire se l’insolvenza di cui essa parla sia quella del singolo consorziato nei confronti del consorzio che ad esso si sia rivolto per avere in ripetizione quanto pagato al terzo creditore in adempimento della sua obbligazione di garanzia, ovvero quella di tutti i debitori solidali (e cioè sia il consorzio che i singoli consorziati), insolvenza operante quindi direttamente nei confronti del terzo creditore.

A mio avviso, se si optasse per la seconda alternativa¹¹, si giungerebbe ad una incongruenza inaccettabile ed insuperabile, consistente nell’ammettere l’esistenza di un obbligo contributivo “ex lege” illimitato ed imprevedibile, che assoggetterebbe i membri del consorzio, in pratica, ad una responsabilità illimitata.

Alla stessa inaccoglibile conclusione arriva tuttavia anche l’interpretazione¹², secondo cui, essendo il consorzio responsabile verso i terzi solo in forza di un’obbligazione di garanzia, qualora si veda costretto a pagare il terzo creditore esso avrà pur sempre diritto di rivalsa verso il consorziato debitore principale (e, fin qui, siamo d’accordo); *nel momento in cui questi si rivelasse insolvente, ecco che scatterebbe l’obbligo per tutti i consorziati di farsi carico del suo debito nei confronti del consorzio*. Evidentemente, anche in questo modo i consorziati vengono ad essere in balia di una circostanza imponderabile ed incontrollabile, e rischiano quindi in pratica di essere assoggettati ad una responsabilità illimitata, fatto questo che - abbiamo visto - non può essere accettato.

Ma qual è allora il significato da attribuire alla norma in esame?

Una isolata interpretazione¹³ (peraltro non condivisibile) offre lo spunto per risolvere la questione. Essa ritiene infatti che la disposizione regoli il regresso fra loro dei singoli consorziati per conto dei quali il consorzio abbia agito, quali condebitori principali, alla stre-

gua di quanto dispone l’art. 1299, secondo comma, in tema di obbligazioni solidali, secondo cui “se uno di questi è insolvente, la perdita si ripartisce per contributo tra gli altri condebitori”. In realtà, se veramente lo scopo della norma fosse questo, essa avrebbe fatto riferimento ai “rapporti tra i *singoli* consorziati”; si dovrebbe poi ritenere - in tale ipotesi - che il debito dell’insolvente fosse ripartito tra i vari condebitori in proporzione alle quote di partecipazione di ciascuno allo specifico affare, cosa che sembra una forzatura eccessiva della legge.

A mio avviso è vero esattamente il contrario: la seconda parte del secondo comma dell’art. 2615 serve proprio ad escludere l’applicabilità della norma generale contenuta nell’articolo 1299, secondo comma. Il legislatore ha infatti considerato la sostanziale diversità tra la tipica ipotesi di obbligazione solidale ed il caso delle obbligazioni assunte dal consorzio per conto di più consorziati (anche solo incidentalmente cointeressati in un certo affare), dal momento che se è naturale che il consorzio accomuni le richieste dei singoli consorziati, assumendo obbligazioni unitarie (eventualmente anche di grande consistenza) per conto di più di un consorziato, meno naturale è che le conseguenze di tali opportunità - che derivano dall’essenza stessa del consorzio, e quindi per ciascun consorziato direttamente dal partecipare ad esso - ricadano solamente sui consorziati che nel momento contingente si siano trovati ad avere parte ad un’obbligazione cui uno di essi non è poi stato in grado di far fronte. Così si è voluto porre un’eccezione alla regola base in materia di obbligazioni solidali, disponendo che nel caso in cui un consorziato si riveli insolvente, il suo debito si ripartisca non già tra tutti i consorziati che con esso avevano partecipato all’operazione, bensì tra tutti i consorziati, indistintamente, in proporzione alle loro quote, considerate invece indice del vantaggio che ciascuno di essi ricava dalla partecipazione al consorzio; e questo non attraverso nuovi esborsi, cosa che implicherebbe la perdita della responsabilità limitata, bensì attraverso il pagamento del debito dell’insolvente da parte del fondo consortile. Il che significa anche che, se uno dei consorziati per conto dei quali il consorzio abbia assunto una certa obbligazione sia stato chiamato a pagare per intero l’obbligazione stessa, e poi - in sede di rivalsa nei confronti degli altri consorziati coobbligati - si sia scontrato con l’insolvenza di uno di loro, egli potrà senz’altro invocare la norma in esame e chiedere il rimborso della quota dell’insolvente da parte del fondo consortile.

Il legislatore ha quindi voluto affermare esplicitamente che, in caso di insolvenza di un consorziato per conto del quale il consorzio abbia agito, è necessario da un lato che venga offerta una maggiore garanzia patrimoniale ai terzi contraenti, dall’altro che tutti i consorziati si facciano carico del rischio di tale evenienza, fermi restando comunque il principio della limitazione contrattuale dell’obbligo contributivo e quello della responsabilità limitata. Quindi sarà proprio (e solo) attraverso il pagamento del debito dell’insolvente da parte del fondo consortile che si manifesterà la ripartizione di esso tra tutti i consorziati in proporzione delle rispettive quote.

Tale interpretazione sembra invero essere l’unica in grado di raccordare la prima e la seconda parte del secondo comma dell’art. 2615 sia tra di loro, sia - sotto un profilo sistematico - con la regola generale dell’art. 1299 secondo comma in materia di obbligazioni solidali. Nè ad essa potrebbe obiettarsi che in caso di insufficienza del fondo non vi sarebbero risorse sufficienti ad appianare il debito dell’insolvente, qualora nemmeno i contributi ordinari e straordinari (e comunque tutti quelli contrattualmente previsti) bastassero. In tale ipotesi vorrà semplicemente dire che il consorzio sarà diventato a sua volta insolvente, con tutte le conseguenze del caso, ivi compresa quella della possibile dichiarazione di fallimento dello stesso.

¹¹ MOSCO, *op. cit.*, p. 245-247.

¹² V. BORIOLI, *op. cit.*, p. 374-375; MARASA, *Consorzi e società consortili*, 1990, p. 84.

¹³ DE ANGELIS, *Appunti...*, cit., p. 1418-1420.

PUBBLICITA' IPSOA