

Prof. Avv. Carlo Angelici
Prof. Avv. Gino Cavalli
Prof. Avv. Mario Libertini

Roma, 4 febbraio 2005

Spettabile
Consiglio Nazionale
dei Ragionieri e Periti
Commerciali
Via Paisiello, 24
00198 ROMA

Oggetto: parere *pro veritate* in materia d'ineleggibilità del sindaco e società tra professionisti. Rif. Vs. Nota prot. PCNR: pp 3102/04 dell'8 settembre 2004.

E' stato richiesto se, alla luce dell'attuale quadro normativo – come riformato dal d.lgs. 6/2003 e successive integrazioni– le cause d'ineleggibilità e decadenza sancite dall'art. 2399 c. c. per il sindaco che sia titolare di rapporti di consulenza – o di altro rapporto professionale o patrimoniale – con la società, si estendano anche al caso in cui il sindaco, pur non essendo personalmente legato alla società nominante da rapporti di questo tipo, intrattenga legami associativi con altri soggetti, che siano appunto titolari di tali rapporti con la società di cui si tratta.

La dottrina si era già soffermata sul punto nel sistema previgente e parte di essa si era espressa nel senso che le cause d'ineleggibilità e decadenza previste dall'art. 2399 c. c. fossero operanti sia nel caso della società professionale direttamente titolare dell'incarico, sia nel caso dello studio associato, a meno che l'associazione si limitasse alla ripartizione delle spese legate alla comune organizzazione, senza compartecipazione alcuna sul piano degli utili (c.d. "società di mezzi").

Procederemo, anzi tutto, a richiamare le ragioni di tale soluzione nel sistema previgente, per definire, in seguito, quali siano i mutamenti normativi che potrebbero influire sulla conferma di tale indirizzo nel sistema attuale, ed infine a ricostruire la soluzione più conforme al presente quadro normativo.

1. *I termini del problema nella disciplina previgente.*

Com'è noto, le questioni descritte non trovavano esplicita risposta nell'ambito della disciplina codicistica, né nella corrispondente disciplina del T.U.F. (d.lgs. 58/1998) per le società quotate. Il tema riceveva – e riceve tuttora – parziale considerazione solo nell'ambito della normativa regolamentare in tema d'esercizio della funzione di revisione contabile (art. 39, D.P.R. 99/1998), ove è sancita l'incompatibilità per il professionista titolare di un "*incarico*" di "*controllo legale dei conti*" che sia contemporaneamente "*socio*" del consulente della società. La violazione della norma disciplinare, potendo comportare la sospensione dell'iscritto, era suscettibile di rifluire nell'ordinamento societario in applicazione dell'art. 2399, co. 2, c. c., che prevedeva e prevede la cancellazione e la sospensione dal registro dei revisori contabili come cause di decadenza dall'ufficio di sindaco.

Il dubbio più consistente, nel sistema originario, era quello relativo alla possibilità che la normativa regolamentare introducesse surrettiziamente (dando luogo ad un'illegittima limitazione della libertà professionale) cause di decadenza non previste dal codice, e non compatibili con la disciplina legale della materia. Anche in virtù di tale preoccupazione, erano state avanzate in dottrina interpretazioni restrittive, tali, per esempio, da limitare la portata del divieto di cui all'art. 39 al solo socio di società di revisione contabile¹.

Tale dubbio, tuttavia, non era stato condiviso dalla giurisprudenza, che aveva ritenuto la norma regolamentare conforme alle norme deleganti, ed in particolare all'art. 10, co. 3, d.lgs. 88/1992, che riconduce l'applicazione della sanzione al mero accertamento da parte del Ministro di fatti che «*compromettono gravemente l'idoneità al corretto svolgimento delle funzioni di controllo dei conti*», senza distinzione tra gli ambiti in cui detto controllo debba essere eseguito².

¹ V., C. SASSO, *A proposito dell'indipendenza del sindaco*, in *Giur. comm.*, 1999, I, 230.

² In tal senso, da ultime, espressamente, Trib. Trento, 30 maggio 2003; e 17 luglio 2003, in *Società*, 2004, 1375, con nota adesiva di G. BIANCHI; e Trib. Trento, 4 agosto 2003, in *Giur. comm.*, 2004, II, 158 (pubblicata unitamente a Trib. Trento, 30 maggio, cit.), con nota di M. SPIOTTA. E già in precedenza, Trib. Treviso, 18 maggio 1998, in *Società*, 1998, 1069, con nota di PLATANIA, aveva affermato l'illegittimità dell'assegnazione a due soggetti, entrambi facenti capo al medesimo studio professionale associato, degli incarichi, rispettivamente, di sindaco e di esperto per la stima del patrimonio sociale ai fini della trasformazione della società.

A tal proposito, appariva centrale il riferimento giurisprudenziale alla natura “non eccezionale” delle cause di decadenza da un lato, e di sospensione dal registro dall’altro. Ciò sia perché le regole deontologiche non costituiscono, in linea di principio, limiti eccezionali e tassativi alla libertà professionale, bensì regole costitutive della stessa attività professionale, che caratterizzano il tipo legale della stessa; sia in quanto le limitazioni all’accesso alla carica di sindaco, fondate sul requisito dell’indipendenza del medesimo, sono regole di buon funzionamento delle organizzazioni societarie, che non presentano affatto profili di eccezionalità.

Altrettanto importante era il riferimento della giurisprudenza alla piena legittimità di una norma civilistica che «*consente che si prospettino altre ipotesi, oltre a quelle in essa disciplinate, che comportino l'impossibilità di esercizio della funzione di sindaco*», «*implicitamente rinviando a norme extracodicistiche*»³.

In realtà, i dubbi sulla legittimità e sull’effettiva portata dell’art. 39 non potevano essere risolti senza una più generale riconsiderazione del sistema previsto dall’art. 2399 c. c. e, in particolare, dall’esatta definizione dei rapporti fra le cause “primarie” definite dal primo comma ed il rinvio previsto dal secondo comma.

Andava infatti preliminarmente considerato se l’estensione dei requisiti d’indipendenza ai soci del sindaco non fosse già *in nuce* nel sistema codicistico e, pertanto, se non si potesse già a monte prefigurare un’applicazione analogica delle norme sull’ineleggibilità e decadenza anche a situazioni non partitamente previste dalla legge.

Com’è noto, il requisito d’indipendenza, definito nel testo originario dell’art. 2399 in termini d’insussistenza di rapporti “*continuativi*” di prestazione d’opera retribuita, veniva riferito dalla maggioranza degli interpreti ai soli contratti d’opera a tempo, determinato o indeterminato, con corrispettivo stabilito forfetariamente⁴.

Le esigenze di tutela dell’indipendenza del sindaco apparivano però salvaguardate proprio grazie al rinvio disposto dall’art. 2399, co. 2, c. c., il quale permetteva di dare rilevanza anche a comportamenti non espressamente previsti dal primo comma (come le consulenze abituali od occasionali ma rilevanti), nel caso in cui intervenisse un provvedimento sanzionatorio di sospensione o cancellazione dal

³ Trib. Trento, 17 luglio 2003, cit., 1379.

⁴ Per ulteriori riferimenti sul punto, v., M. LIBERTINI, *op. cit.*, 276 ss.

registro dei revisori contabili. In tal modo risultava possibile contemperare le esigenze di tutela dell'indipendenza e quelle di certezza della fattispecie. Là dove, infatti, la portata del divieto poteva risultare di non agevole accertamento, e cioè in tutte le prestazioni d'opera formalmente non continuative, si evitava l'operatività del meccanismo della decadenza automatica, rimettendo l'effetto di tipo "civilistico" al conseguente esito degli accertamenti in sede amministrativa.

Seguendo tale linea, le disposizioni codicistiche e le disposizioni regolamentari potevano considerarsi come parti di un sistema unitario, volto a salvaguardare l'indipendenza della funzione di controllo legale e contabile, adeguatamente modulato a seconda delle caratteristiche della fattispecie (con distinzione fra cause di decadenza operanti automaticamente ed altre soggette a previo accertamento in sede disciplinare).

Le soluzioni sopra descritte corrispondevano all'orientamento prevalente. Tuttavia, secondo una corrente di opinione, poteva fondatamente giustificarsi anche un'ulteriore estensione della disposizione dell'art. 2399 (una volta ritenuta, per le ragioni già sopra esposte, la non eccezionalità della stessa), che consentiva di reputare sussistenti le ragioni per l'applicazione analogica nel caso di società professionali o di studi associati, con ripartizione interna degli utili. In tal caso si determina, infatti, un forte interesse economico diretto del socio-sindaco, potendosi verosimilmente presumere altresì un più intenso coinvolgimento personale reciproco nell'attività svolta in forma associata⁵.

In definitiva, secondo quest'ultimo orientamento: **a)** la decadenza operava automaticamente, in forza dell'applicazione analogica dell'art. 2399, co. 1, c. c., nel caso di consulenza continuativa od abituale del socio/associato di società professionale o di società/associazione con ripartizione di utili; **b)** la decadenza operava in ogni caso a seguito di provvedimento di sospensione o cancellazione, nel caso di consulenze abituali od occasionali ma rilevanti, ancora una volta del socio/associato di società professionale o di società/associazione con ripartizione di utili; **c)** non sussisteva alcuna causa di decadenza, né di sospensione dal registro – a prescindere dal tipo di collaborazione svolto dal socio – nel caso di mera società "di mezzi", o comunque di studio associato

⁵ Conf., G. BIANCHI, op. cit., 1381; L. DE ANGELIS, *Controlli societari, la riforma impone di voltare pagina*, in *Italia oggi*, 5 gennaio 2004; e in parte anche M. SPIOTTA, op. cit., 179.

caratterizzato da un mero conferimento di beni a fini strumentali o da meri meccanismi di ripartizione delle spese di una organizzazione comune.

Tale soluzione coincideva solo in parte con la posizione del Ministero della Giustizia⁶, che, in linea di principio, sembrava equiparare gli studi associati alle società di mezzi. Tale posizione era peraltro discutibile nel suo riferimento alla natura di “stretta interpretazione” delle norme in oggetto, anche se appariva per certi versi comprensibile, di fronte alla difficoltà di delimitare le varie tipologie di studio associato, nel suo sforzo di pervenire ad un'interpretazione prudente dell'art. 39.

In realtà, l'equiparazione fra studi associati e società di mezzi poteva ritenersi accettabile limitatamente alla diversa sfera dell'operatività analogica della causa di decadenza ex art. 2399, comma 1°, c. c. In linea generale, cioè, poteva ritenersi valida la presunzione per cui gli studi associati – salvo diversa ed oggettiva risultanza disponibile per gli organi della società – dovevano, nel dubbio, ritenersi privi di rilevanza esterna e ciò anche nel caso di partita IVA unica di studio, a condizione che le prestazioni di consulenza fossero esplicitamente fatturate come svolte da un associato diverso dal sindaco. Sicché poteva ritenersi precluso, nel sistema previgente, un effetto di decadenza automatica, che legittimasse la società a provvedere senz'altro al subentro del sindaco supplente. La soluzione ministeriale, per contro, non appariva convincente in relazione all'art. 39, perché in tal caso la sanzione della cancellazione o della sospensione dal registro dei revisori contabili sottintendeva lo svolgimento di procedimento amministrativo tale a da consentire, in linea di massima, il pieno accertamento dei rapporti sussistenti fra i componenti dello studio associato. Per altro verso, l'art. 39, lett. f), prevedendo la sospensione quando **«emerge ogni altro fatto dal quale possa desumersi che nel caso concreto è compromessa gravemente l'idoneità al corretto svolgimento delle funzioni di controllo dei conti»** induceva a ritenere insufficienti dei dati meramente formali, quali l'emissione della parcella da parte dello studio associato ma a nome del singolo professionista⁷, oppure la mancanza di patti scritti sulla compartecipazione agli utili.

⁶ Nota del 10/10/1998, n. 7/19001001F9/3540, in *Italia oggi*, del 10 ottobre 1008, p. 17.

⁷ In tal senso, invece, N. CAVALLUZZO - S. SPECCHIULLI, *Mano leggera con gli studi associati*, in *Il Sole 24 Ore*, 18 dicembre 2003.

2. Il nuovo testo dell'art. 2399 e le diverse interpretazioni proposte in dottrina.

La riforma del diritto societario è intervenuta modificando il quadro normativo di riferimento, ma senza fornire una soluzione esplicita al problema in oggetto. In linea generale, può semplicemente affermarsi che, nell'intento di assicurare una maggiore indipendenza e neutralità dei sindaci, la riforma ha definito con maggiore precisione ed ampiezza le cause d'ineleggibilità e decadenza.

Mentre il vecchio testo dell'art. 2399, come ricordato poc'anzi, si limitava a ritenere compromessa l'indipendenza per coloro che fossero **“legati alla società o alle società da questa controllate da un rapporto continuativo di prestazione d'opera retribuita”**, la nuova formulazione dell'art. 2399 (comma 1°, punto c), amplia il novero dei rapporti economici vietati. Oggi, infatti, il requisito d'indipendenza è considerato mancante per: **“coloro che sono legati alla società o alle società da questa controllate o alle società che la controllano o a quelle sottoposte al comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza”**.

Di fronte a tale elenco di casi non vi possono essere serie difficoltà circa l'individuazione delle società con le quali chi intende assumere la carica sindacale, non deve avere altri rapporti, oltre a quelli di sindaco. Si tratta **(i)** della società per cui il sindaco deve operare, **(ii)** di tutte le società a monte e a valle della stessa, con le quali esista un rapporto di controllo, attivo o passivo, e **(iii)** delle società che siano controllate dalla stessa società che controlla la società per cui il sindaco opera. Anche se manca l'usuale avverbio “indirettamente”, la **ratio** della disposizione impone, inoltre, di accogliere un'interpretazione estensiva del termine “controllo”, comprensiva anche dei casi di controllo indiretto, mentre sembra da escludere, in base a tale **ratio**, che la disposizione possa estendersi ai casi di controllo congiunto (qui, anzi, appare normale che al consulente di uno dei soci siano attribuite funzioni di controllo nella **joint venture**).

Per quanto riguarda il punto cruciale, relativo ai rapporti di collaborazione che causano ineleggibilità e decadenza, la situazione si prospetta, invece, in termini più complessi.

La lettura del nuovo testo dell'art. 2399 rende evidente che il legislatore ha voluto dilatare i casi d'ineleggibilità e decadenza,

aggiungendo al rapporto di collaborazione “continuativa” una previsione più ampia, avente ad oggetto **altri rapporti patrimoniali che possano compromettere l’indipendenza del sindaco**. Esso, tuttavia, consente diverse interpretazioni, già variamente rappresentate in dottrina.

Una prima tesi è quella che legge l’espressione “**altri rapporti patrimoniali**” in alternativa all’espressione “**rapporti di consulenza**” o “**prestazione d’opera**”, giungendo così alla conclusione che i rapporti di tipo professionale ostano all’assunzione della carica solo se aventi carattere “continuativo” (cioè a termine o a tempo indeterminato), così come generalmente ritenuto con riferimento al vecchio testo⁸. Secondo questa lettura, l’espressione “**altri rapporti patrimoniali**” si riferirebbe a rapporti di natura diversa da quelli di collaborazione precedentemente enunciati (per esempio: finanziamento, locazione, ecc.), sempre che essi possano determinare situazioni di conflitto d’interessi.

Una seconda tesi ritiene, invece, che, con l’innovazione ricordata, il legislatore abbia voluto accogliere la vecchia interpretazione estensiva, in passato minoritaria, dell’art. 2399, e quindi elevare a causa d’ineleggibilità anche i rapporti di collaborazione “non continuativa”, ma comunque tali, per la loro frequenza o abitudine, o anche solo per la loro rilevante entità, da compromettere l’indipendenza del sindaco⁹. La compromissione dell’indipendenza,

⁸ In tal senso G. CASELLI, *Elogio, con riserve, del collegio sindacale*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 255 ss. (pur criticando la soluzione sul piano dell’opportunità). Analogamente, sembra, D. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Giuffrè, Milano, 2003, 150-1, per il quale “*rimangono pertanto eleggibili i consulenti occasionali, come avvocati e dottori commercialisti*”; e (anche qui solo per un rapido cenno) S. FORTUNATO, *I “controlli” nella riforma del diritto societario*, in *Riv.soc.*, 2003, 871. In tal senso forse anche C. TEDESCHI, in *La riforma delle società di capitali e cooperative*, a cura di L. Starola, Il Sole/24 Ore, Milano, 2003, 136, che pare ricollegare l’ineleggibilità ai soli “rapporti di consulenza continuativi”.

Perplessa la posizione di F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, Cedam, Padova, 2003, 292-3, il quale, da un lato, dà rilevanza anche ai rapporti patrimoniali che “*indirettamente*” (cioè, ad esempio, in ragione di un rapporto associativo con un terzo soggetto avente rapporti di collaborazione continuativa con la società) possano minare l’indipendenza del sindaco (con ciò leggendo la disposizione in modo estensivo, ma forse anche sulla base di dati testuali non più esistenti nella versione finale della disposizione); dall’altro ritiene che il rapporto di consulenza personale del sindaco dia luogo ad ineleggibilità solo quando sia continuativo e non “sporadico”.

Si dichiara espressamente dubbioso, fra le due prime interpretazioni indicate nel testo, S. AMBROSINI, in *La riforma delle società – Profili della nuova disciplina*, Giappichelli, Torino, 2003, 71.

⁹ Cfr. C. CERA, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Giappichelli, Torino, 2003, vol.2/I, 528 (“*ben potrebbe configurarsi un rapporto di consulenza occasionale il cui aspetto patrimoniale è di notevole entità o comunque tale da far venir meno la neutralità e l’autonomia del sindaco*”); G. BIANCHI, *Amministrazione e controllo delle nuove società di capitali*, IPSOA, Milano, 2003, 133 (“*ogni rapporto di collaborazione*

in relazione ad ipotesi del genere, può aversi tanto nella fase di esecuzione del rapporto (per la pressione derivante dalla possibilità di recesso *ad nutum* del cliente ex art. 2237 c.c.), quanto nella fase antecedente al conferimento dell'incarico professionale (a maggior ragione se si tratta di incarichi ripetuti).

In questa seconda prospettiva, rimarrebbe estranea alla previsione normativa solo l'ipotesi dell'incarico di consulenza occasionale, tale da non far ragionevolmente sospettare una possibile compromissione dell'indipendenza del sindaco. L'ineleggibilità sorgerebbe con il venir meno anche di uno solo di questi requisiti, e quindi: (i) se l'incarico è continuativo (anche se il corrispettivo è di modesta entità) o (ii) se l'incarico, per quanto non continuativo, è rilevante per entità del corrispettivo, per ragioni di prestigio professionale o per altre ragioni ancora.

Infine una terza tesi, ancora più estensiva, ritiene che l'intera disposizione debba essere letta alla luce del concetto di "*indipendenza*", come bene giuridico protetto, rispetto a cui le indicazioni di singole fattispecie avrebbero valore meramente esemplificativo, sicché la disposizione andrebbe interpretata come comprensiva di ogni situazione, anche non espressamente prevista, che possa minare l'indipendenza del sindaco (ad esempio: rapporti di collaborazione o cointeressenza con l'azionista di maggioranza, o rapporti di cointeressenza indiretta, ecc.)¹⁰.

3. L'interpretazione corretta della norma.

Tra le varie soluzioni prospettate in dottrina, non ci sembra di poter condividere quella più restrittiva.

A tal riguardo si deve notare, anzi tutto, che già il dato testuale, contrariamente all'impressione suscitata in diversi lettori, non suona

consulenziale, anche se non continuativo, deve essere equiparato ad un'ingestione nell'attività amministrativa della società, se non altro per l'influenza dei pareri che essa comporta, e quindi valutabile come causa d'incompatibilità con l'attività di controllo").

Implicitamente in tal senso è da leggersi anche la posizione espressa in ASSOC. DISIANO PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, Il Mulino, Bologna, 2003, 160, secondo cui la nuova disposizione dell'art.2399 è "*divenuta più ampia e rigorosa rispetto alla norma corrispondente di cui all'art.148, comma 3, t.u.f.*".

Più recentemente, v., anche G. DOMENICHINI, in *Società di capitali*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Jovene, Napoli, 2004, 731.

In tal senso sembra pronunciarsi anche C. BAUCO, *Il sistema dei controlli*, in AA. VV., *La nuova s.p.a. e la nuova s.r.l.*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 403.

¹⁰ S. PROVIDENTI, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, vol.5°, Giuffrè, Milano, 2003, 235 ss.

nel senso che il rapporto di consulenza occasionale sia escluso *a priori* dalla previsione normativa. La locuzione “*altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l’indipendenza*”, infatti, sembra idonea a comprendere, secondo il senso “*fatto palese dal significato delle parole e della connessione di esse*” (art. 12, preleggi) qualsiasi rapporto patrimoniale diverso da quelli precedentemente indicati (rapporti di lavoro e rapporti continuativi di consulenza o di prestazione d’opera retribuita), restando dunque esclusi dalla previsione testuale i soli rapporti di natura “personale” (ad esempio: un rapporto familiare di fatto).

Questa lettura appare confermata, tuttavia, anche e soprattutto alla luce della “*intenzione del legislatore*” (art. 12, preleggi), vale a dire sulla scorta della *ratio* sottesa alla norma. Si è già detto, infatti, come l’intento della riforma sia stato quello di accentuare l’indipendenza dei sindaci, rendendo più stringente il regime delle cause d’ineleggibilità. Ed è corrente, in dottrina, “*la constatazione, di evidenza empirica non contestabile, che anche un solo incarico professionale, di grande prestigio o di rilevante importanza economica, può mettere in pericolo la libertà di giudizio del sindaco quanto e più di un modesto rapporto di consulenza o di assistenza con un compenso stabilito a forfait*”¹¹.

Ulteriori indizi nella direzione dell’estensione delle cause d’ineleggibilità possono infine ricavarsi sia dal nuovo art. 2409-*quinquies*, che dispone l’ineleggibilità del sindaco alla carica di revisore (ed estende la disciplina relativa anche al caso in cui il sindaco sia socio della società di revisione designata), respingendo la tesi della possibile coesistenza delle due cariche, che era fortemente sostenuta alla vigilia della riforma¹², sia dal confronto con la disciplina deontologica vigente per i revisori contabili (art. 39, D.P.R. 6 marzo 1998, n. 99), per la quale l’indipendenza deve ritenersi gravemente compromessa se l’iscritto “*intrattiene rapporti continuativi o rilevanti aventi ad oggetto prestazioni di consulenza o collaborazione, ovvero li abbia intrattenuti nei due anni precedenti al conferimento dell’incarico*”.

Nemmeno l’interpretazione più estensiva, tuttavia appare convincente, poiché l’assumere genericamente l’indipendenza del sindaco quale bene giuridico tutelato costringerebbe ad ammettere che qualsiasi situazione oggettiva o soggettiva idonea a compromettere questo valore comporti l’ineleggibilità o la decadenza,

¹¹ Così proprio CASELLI, *op. cit.*, 256 (che però opta per l’opposta interpretazione, sulla base di un argomento letterale che, per quanto esposto nel testo, non appare fondato).

¹² Cfr. M. BUSSOLETTI, *L’indipendenza del revisore nella revisione volontaria (e in quella obbligatoria)*, in *Riv. soc.*, 2002, 875 ss.; S. FORTUNATO, in *Società di capitali*, cit., 836.

mentre l'art. 2399 espressamente esclude tanto i rapporti di natura non patrimoniale, quanto i rapporti di consulenza e prestazione d'opera gratuiti.

In definitiva, a noi sembra che, fra le tre interpretazioni sopra prospettate, quella maggiormente conforme alla lettera e allo spirito della norma sia la seconda, con il corollario che:

- a) l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato o di un rapporto **continuativo** di consulenza o prestazione d'opera retribuita comporta, **ex se**, l'ineleggibilità o la decadenza del sindaco, senza che sia consentito invocare in senso contrario l'assenza di una menomazione alla sua indipendenza;
- b) ogni altro rapporto patrimoniale diverso dai precedenti può comportare l'ineleggibilità o la decadenza del sindaco se ed in quanto si accerti che, nella fattispecie, esso è idoneo a menomarne l'indipendenza;
- c) in questa seconda categoria di rapporti rientrano sia le consulenze e le prestazioni d'opera retribuite **non continuative**, sia rapporti patrimoniali di altra natura, ove non altrimenti esclusi dalla legge (ad esempio, il socio ha sicuramente un rapporto patrimoniale con la società, ma l'art. 2397, 1° comma, c.c. gli consente di essere nominato sindaco);
- d) l'esistenza di rapporti di natura non patrimoniale non è ostativa alla nomina od al mantenimento dell'ufficio, sempre che tali rapporti non siano **aliunde** previsti come autonome ragioni d'ineleggibilità o decadenza (cfr. art. 2399, 1° comma, lett. b).

All'accoglimento di tale soluzione non sembra potersi contrapporre, come taluno ha proposto, che la verifica concreta della menomazione dell'indipendenza sarebbe da riferire anche ai rapporti enunciati dalla prima parte della disposizione, e ciò sia perché in senso contrario depone la formulazione letterale della norma, sia e soprattutto perché non si vede quale controllo dovrebbe e potrebbe essere richiesto sulla posizione del lavoratore subordinato che, per definizione, è gerarchicamente sottoposto alla direzione degli amministratori.

Neppure sembrano ricavabili indicazioni contrarie, per altro verso, dal fatto che, nelle società organizzate secondo il modello dualistico, il recente decreto correttivo 28 dicembre 2004, n. 310 abbia riformulato l'art. 2409 **duodecies**, eliminando l'ineleggibilità derivante dagli altri rapporti patrimoniali atti a menomare l'indipendenza dei consiglieri di sorveglianza. A parte il fatto, di per sé significativo, che la correzione è stata limitata al caso del consiglio

di sorveglianza, senza alcun intervento sul versante dei collegi sindacali, va al riguardo notato che il consiglio di sorveglianza, pur svolgendo anche una serie di compiti di controllo che nei sistemi latini sono propri dei sindaci, costituisce, tuttavia, un organo sociale con caratteristiche sue proprie, tali da non consentire alcuna frettolosa assimilazione con il collegio sindacale, il che preclude ogni ragionevole possibilità di sostenere un'implicita abrogazione parziale dell'art. 2399, 1° comma lett. c).

4. La posizione del sindaco in associazione professionale con il consulente della società.

Fatte queste premesse sulla portata e sul significato dell'art. 2399 c. c., è ora possibile affrontare specificamente il quesito che ci è stato proposto, vagliando la posizione del sindaco il quale intrattenga un rapporto professionale di tipo associativo con un soggetto che è, al contempo, consulente o professionista (abituale od occasionale) della società nominante.

Al riguardo, va senz'altro escluso che il problema possa venire impostato e risolto facendo leva su dati di tipo meramente formale, quale l'intestazione del contratto di consulenza o delle fatture, con il corollario che ad escludere l'ineleggibilità o la decadenza sarebbe sufficiente che, all'atto di emettere la parcella professionale, i professionisti associati, titolari rispettivamente della carica di sindaco e di consulente, curassero di «*porre in evidenza il proprio nominativo sul documento contabile*», e ciò anche in caso di partita IVA unica¹³. Tale interpretazione, infatti, risulta in aperto conflitto con la *ratio* delle norme codicistiche e regolamentari, che attribuiscono rilevanza all'*effettiva* capacità dei rapporti patrimoniali in oggetto a compromettere l'indipendenza del sindaco, senza riguardo particolare a dati di ordine formale.

¹³ V., CAVALLUZZO-SPECCHIULLI, *op. loc. cit.*; e SPIOTTA, *op. cit.*, 178 s. In particolare, quest'ultima A. attribuisce tale impostazione alle ordinanze del Trib. di Trento cit. *supra*, nt. 3, travisandone il significato. Nella specie, infatti – diversamente da quanto ipotizzato dall'A – le prestazioni erano state effettuate da un collaboratore legato da un rapporto di “parasubordinazione” con lo studio (compenso fisso annuo, orario di lavoro giornaliero, etc.), che non era sindaco della società. A loro volta, tutti i membri dello studio associato erano sindaci della società, la fattura per le prestazioni era stata emessa dallo studio associato. Non era pertanto in alcun modo discutibile la sanzione della sospensione, dato che in realtà nella fattispecie non ricorreva la figura del consulente-socio del sindaco, bensì quella della prestazione professionale solo formalmente intestata ad un collaboratore di studio dei sindaci, ma in realtà pienamente riconducibile agli stessi. Ragion per cui anche tutte le ulteriori deduzioni dell'A., *op. cit.*, p. 178 s., in ordine alla portata interpretativa delle ordinanze del Trib. Trento, risultano destituite di fondamento.

Per affrontare la questione nell'unica prospettiva appropriata, che è di tipo sostanziale, è invece importante muovere dalla constatazione che la fattispecie considerata non rientra, di per sé, nelle previsioni dell'art. 2399 c.c. Questa norma, infatti, postula che i rapporti di lavoro, di consulenza o di prestazione d'opera continuativa e gli "**altri rapporti di natura patrimoniale**" intercorrano direttamente fra il sindaco e la società (o altra società del gruppo), mentre nel caso sottoposto alla nostra attenzione il rapporto patrimoniale intercorre, invece, fra il sindaco ed il membro della comune associazione professionale incaricato della consulenza o di altra prestazione d'opera retribuita.

A nostro avviso, tuttavia, questo dato non permette di concludere, *sic et simpliciter*, per l'inesistenza di qualsiasi impedimento all'assunzione o al mantenimento della carica sindacale. Esso, infatti, se consente di negare la presenza di una delle *cause tipiche* d'ineleggibilità partitamen individuate dalla prima parte della disposizione, non esclude la riconducibilità della fattispecie alla categoria residuale della *cause atipiche* enunciate nella seconda parte, vale a dire alla categoria degli "**altri rapporti di natura patrimoniale**" idonei a menomare l'indipendenza del controllore.

La natura residuale di tale precetto e la sua ampia formulazione, infatti, inducono a ritenere che il rapporto patrimoniale con la società nominante possa rivestire rilievo impediente anche quando si tratti di un rapporto *indiretto*, realizzato, cioè, tramite altro membro della stessa associazione professionale. E, in effetti, pare arduo affermare che, allorché un associato sia consulente abituale od occasionale della società e riscuota a questo titolo un compenso, non esista alcun rapporto patrimoniale tra la società incaricante e l'associato sindaco, posto che tale compenso, per effetto del rapporto associativo, è destinato a rifluire parzialmente nell'economia di quest'ultimo. Tale interpretazione, del resto, appare in linea con la *ratio* della legge, che, come si è visto, è quella di evitare una commistione tra funzioni sindacali e prestazioni professionali, tutte le volte in cui le une e le altre possano ricondursi ad un medesimo soggetto o centro d'interessi: si tratta, come si è visto, di un principio che non ha carattere eccezionale poiché risponde ad una generale esigenza di buon funzionamento delle organizzazioni societarie, per cui non sembra preclusa un'interpretazione estensiva e financo analogica della norma.

Tuttavia, proprio perché il rapporto patrimoniale fra il sindaco e la società ha natura indiretta e può assumere connotati più o meno intensi e condizionanti a seconda del tipo d'associazione professionale

e della posizione in essa rivestita dai vari soggetti interessati, appare coerente che in simili ipotesi l'ineleggibilità non sia in alcun caso automatica, ma venga a dipendere, *in tutti i casi*, da un'ulteriore verifica circa l'effettiva idoneità della situazione considerata a menomare l'indipendenza del controllore.

Ne discende, a nostro parere, che il rapporto di consulenza o prestazione d'opera instaurato non già direttamente fra il sindaco e la società, ma fra questa ed un professionista a lui associato genera bensì l'ineleggibilità o la decadenza del primo alle stesse condizioni in cui produrrebbe l'ineleggibilità o la decadenza del secondo, *ma solamente allorquando si accerti che tale situazione è idonea a pregiudicare l'autonomia del controllore*, indipendentemente dal fatto che l'incarico professionale del suo associato si configuri, poi, come continuativo, oppure come semplicemente occasionale ma rilevante.

Se lo specifico tema deve essere inquadrato alla luce degli "*altri rapporti di natura patrimoniale*" di cui discorre l'art. 2399, è inoltre consequenziale riconoscere che la valutazione non può prescindere da una *considerazione di tutte le caratteristiche del singolo caso concreto*. In altri termini, pur essendo inevitabile articolare il discorso prospettando una tipologia dei rapporti ipotizzabili (e, perciò, su un piano, in certo modo, astratto), non si può fare a meno di verificare se il peculiare contesto economico nel quale tali rapporti s'inseriscono implichi poi effettivamente oppure no una compromissione dell'indipendenza del sindaco.

Convince di ciò, del resto, la stessa struttura della fattispecie considerata, che si riferisce, come già avvertito, a "*rapporti di natura patrimoniale*" tra la società incaricante ed il sindaco. La possibilità di comprendere in questi ultimi, come qui si ritiene, anche rapporti di collaborazione tra la società e l'associato del sindaco implica logicamente una distinzione tra le parti *giuridiche* del rapporto (nel cui novero il sindaco medesimo, per definizione, non rientra) ed i riflessi economici che la situazione può comportare nella sfera del sindaco stesso. Sicché la valutazione del tipo e delle caratteristiche del rapporto che lega il consulente-associato alla società nominante rappresenta solo un primo momento dell'analisi, non potendosi fare a meno di valutare, poi, anche il secondo aspetto (quello del rapporto fra l'associato consulente e l'associato sindaco) sulla base d'ulteriori considerazioni concernenti sia la collocazione di costoro nella società professionale, sia la posizione economica dell'uno e dell'altra sul mercato.

Aggiungiamo, per concludere su questo punto, che, al fine di escludere la necessità di questo concreto accertamento non sembra decisiva la già evocata disciplina regolamentare in tema d'esercizio della funzione di revisione contabile, nell'ambito della quale l'art. 39, lett. c) d) del D.P.R. 99/98 considera gravemente compromessa l'idoneità al corretto svolgimento delle funzioni di controllo dei conti tutte le volte in cui il "socio" del revisore intrattenga (o abbia intrattenuto nei tre anni antecedenti) "rapporti continuativi o rilevanti" di consulenza o collaborazione, oppure, rapporti di lavoro subordinato o autonomo con la società che ha conferito l'incarico.

Al riguardo è doveroso ricordare, intanto, come, secondo un orientamento di tipo restrittivo avanzato già prima della riforma¹⁴, anche se disatteso dalla giurisprudenza¹⁵, l'art. 39, lett. c) e d), riferendosi testualmente al «*conferimento dell'incarico*» e non già alla "nomina" (del sindaco), sarebbe stato applicabile alle sole società di revisione contabile, e pertanto alle sole società quotate.

A tale ragionamento era stato però obiettato che il D. P. R., anche in forza della norma delegante (art. 10, co. 3, d.lgs. 88/1992), regolava la funzione di controllo contabile, indipendentemente dai soggetti che la esercitavano (collegio sindacale, società di revisione contabile). Ed infatti la lettera h) prevedeva in ogni caso la sospensione per «*ogni altro fatto dal quale possa desumersi che nel caso concreto è compromessa gravemente l'idoneità al corretto svolgimento delle funzioni di controllo dei conti*». E la giurisprudenza concludeva nel senso dell'applicabilità dell'art. 39 anche ai sindaci, atteso che «*alla luce della disciplina vigente le funzioni del collegio sindacale sono dettagliatamente enunciate dall'art. 2403 c. c., che gli attribuisce tre compiti: a) il controllo della amministrazione (c.d. controllo di gestione); b) la vigilanza sulla osservanza della legge e delle norme sociali; c) l'accertamento della regolare tenuta delle scritture contabili*»¹⁶.

Anche volendo accogliere, come ci sembra più corretto, questa seconda lettura della norma e ribadito, comunque, che l'art. 39 era suscettibile d'assumere rilevanza ai fini dell'ineleggibilità e della decadenza dei sindaci non in via diretta, ma solo tramite il disposto del 2° comma dell'art. 2399 c. c., non si può fare a meno di notare, però, come il contesto normativo sul quale s'innesta la citata

¹⁴ V., SASSO, *op. cit.*, 230; BUSSOLETTI, *op. cit.*, 880; e in senso dubitativo, SPIOTTA, *op. cit.*, 173 s. Ma v. anche il parere dello stesso Ministero della Giustizia 9 ottobre 1998, ove si esprime l'avviso che il vocabolo "socio" sia utilizzato dall'art. 39 con riferimento a chi sia membro di società di revisione e non al componente di uno studio associato.

¹⁵ V. le pronunce cit. *supra*, nt. 3.

¹⁶ Trib. Trento, 30 maggio 2003, cit.

disposizione regolamentare (dettata in epoca anteriore alla riforma del diritto societario) sia oggi profondamente mutato. Da una parte, infatti, i sindaci, almeno in linea di principio, non svolgono più funzioni di controllo legale dei conti; e dall'altra parte, in coerenza con tale mutamento di funzioni, solamente uno dei tre o cinque componenti del collegio deve essere obbligatoriamente iscritto al registro dei revisori contabili (art. 2397, 2° comma).

Ciò comporta che dalla norma secondaria non sembra più possibile trarre, oggi, affidabili e generalizzate conclusioni in merito alle condizioni d'ineleggibilità e decadenza dei sindaci e che la stessa sospensione o cancellazione dal registro dei revisori può ritenersi rilevante ai fini dell'art. 2399, 2° comma, c. c., solo quando l'iscrizione sia condizione indispensabile per la corretta composizione dell'organo di controllo e non anche ove il soggetto colpito dalla sanzione amministrativa possa esercitare ugualmente l'ufficio in base al possesso di altri requisiti professionali richiesti dal 2° comma dell'art. 2397.

L'impatto dell'art 39 - è ben vero - resta immutato nei casi in cui, in applicazione dell'art. 2409 *bis*, 3° comma, lo statuto sociale abbia statutariamente conferito ai sindaci anche la funzione di controllo legale dei conti. Ma, sul piano della tutela dell'indipendenza, una così vistosa diversità di disciplina fra le due ipotesi desta comprensibili perplessità.

Ciò induce a ritenere che, nell'attuale disciplina, le fattispecie descritte dall'art. 2399, 1° comma, lett. c) e quella prefigurata dall'art. 2399, 2° comma, debbano restare nettamente distinte, una cosa essendo l'ineleggibilità o la decadenza indotte dalla prima delle due previsioni normative ed altra quella determinata dalla sospensione o dalla cancellazione dal registro, quale che ne sia stata, poi, la concreta ragione o motivazione in sede disciplinare.

5. I rapporti associativi potenzialmente rilevanti ai fini dell'indipendenza del sindaco.

Stabilito, in base ai rilievi svolti, che il rapporto d'associazione professionale con un soggetto consulente o professionista della società nominante (o di altre società del gruppo) produce l'ineleggibilità o la decadenza del sindaco associato solo se tale rapporto implichi, per le sue caratteristiche, un'apprezzabile menomazione dell'indipendenza

del controllore, si tratta ora di stabilire in base a quali criteri e con quali modalità possa venire formulato un giudizio siffatto.

Pur dovendosi riconoscere che gli assetti organizzativi di un'associazione o società fra professionisti possono essere molteplici e diversi, la sussistenza di rapporti associativi o di collaborazione fra professionista/sindaco e professionista/consulente presenta un grado sufficiente di tipicità sociale, che consente d'ipotizzare un ventaglio di situazioni ricorrenti.

- a) La prima situazione è quella di studi meramente collegati da semplici *gentlemen's agreement* o anche da *networks* professionali.
- b) La seconda situazione è quella della "società di mezzi", o, comunque, della condivisione di spese di produzione dei servizi dei due professionisti.
- c) La terza situazione è quella del rapporto di collaborazione continuativa (o addirittura di lavoro dipendente) con corrispettivo fisso.
- d) La quarta situazione è quella del rapporto associativo (in qualsiasi modo strutturato), con condivisione (che a sua volta può essere determinata con criteri svariati) degli utili provenienti dall'attività professionale di ciascuna delle due parti.

In presenza della situazione *sub a)*, manca, in linea di principio, il presupposto per ritenere realizzata una compromissione dell'autonomia del sindaco, poiché in questi casi la cointeressenza, ben inferiore a quella che connota il rapporto fra professionisti legati da vincoli associativi diretti e da compartecipazione agli utili, appare minima e, del resto, i rapporti d'alleanza professionale si presentano, nella comune esperienza, piuttosto fluidi e spesso instabili.

Analoga conclusione è lecito formulare nell'ipotesi *sub b)*. Nelle così dette "società di mezzi", infatti, si deve verosimilmente escludere che l'interesse economico meramente indiretto di ciascun professionista in ordine a fatti che possono incidere sulla quota di spese a suo carico, sia tale da menomare, di per sé, l'indipendenza del professionista coinvolto in tale situazione. Il che, tra l'altro, trova espressa conferma nella stessa nota 7 maggio 2004 diramata dal Ministero della Giustizia con riferimento all'art. 39 del D.P.R. 99/1998.

In presenza della situazione *sub c)*, invece, la compromissione dell'indipendenza sembra in pericolo, quale che sia la rispettiva posizione del professionista/sindaco e del professionista/consulente.

Ciò è a dirsi, anzi tutto, nel caso in cui il professionista/sindaco sia titolare (o contitolare) dello studio ed il professionista/consulente sia un collaboratore retribuito forfetariamente, almeno tutte le volte in cui il corrispettivo di tale consulenza sia destinato a rifluire, in qualche modo, nell'economia dello studio di cui il professionista sindaco è titolare (o contitolare). La situazione, però, presenta aspetti delicati anche nel caso opposto in cui il professionista/sindaco sia collaboratore di studio, retribuito in modo forfetario, del professionista/consulente, o di società professionale di cui quest'ultimo sia socio. In questa ipotesi, infatti, il professionista/sindaco, se è pur vero che non partecipa agli utili dell'associazione e, quindi, non ritrae un vantaggio immediato dalla prestazione del professionista/consulente, si trova comunque in una situazione sociale parasubordinata rispetto a quest'ultimo ed è normalmente soggetto alla sue direttive, anche se potrebbe sostenersi che il semplice *metus* reverenziale, giocando sul piano delle relazioni meramente interpersonali, esuli dalla fattispecie prefigurata dall'art. 2399.

La situazione *sub d)*, infine, è quella che presenta i profili più delicati, poiché essa impone un esame della concreta disciplina del rapporto, per evidenziare, sotto tutti i profili e guardando alle caratteristiche di ogni caso concreto, il livello di cointeressenza che si determina fra professionista/sindaco e professionista/consulente.

Al riguardo, appare assai difficile formulare regole valide per tutti i casi. Si può tentare d'enunciare, tuttavia, alcuni principi di massima, pur avvertendo che essi potrebbero incontrare una deroga in singole fattispecie, connotate da aspetti peculiari, tenendo a mente, in ogni caso, una doverosa premessa: vale a dire che il concetto di minaccia all'indipendenza non può essere ispirato a valutazioni di natura esclusivamente soggettiva, ma va in qualche modo "obiettivizzato" sulla scorta di canoni di valutazione sociale comunemente accettati. A ciò si riferisce il rilievo, presente a livello di normativa comunitaria tanto nella raccomandazione 16 maggio 2002 della Commissione Europea, quanto nella successiva e recente proposta di direttiva del 7 dicembre 2004 in materia di revisione contabile, secondo cui il revisore non soltanto deve essere (soggettivamente) indipendente, ma deve anche apparire (obiettivamente) tale ad un soggetto terzo ragionevole ed informato.

In quest'ottica, appare destinato ad assumere un rilievo particolare, ancorché non necessariamente esclusivo, il criterio della compromissione economica, soprattutto alla luce del fatto che il

rapporto destinato, potenzialmente, a compromettere l'indipendenza del sindaco viene definito "patrimoniale" dallo stesso art. 2399 c. c.

Qui si pone immediatamente, però, un difficile problema applicativo, che è quello di determinare quando l'entità del corrispettivo del servizio reso dall'associato del sindaco sia tale da "compromettere l'indipendenza" di quest'ultimo.

La rilevanza della misura del corrispettivo è nozione eminentemente relativa, e la relazione potrebbe essere definita con criteri assai differenti. Possono prospettarsi, in proposito, diversi criteri di relazione: (i) corrispettivo del servizio e reddito personale dei soggetti interessati; (ii) corrispettivo del servizio e ricavi complessivi dello studio associato interessato¹⁷; (iii) corrispettivo del servizio e compenso spettante al sindaco per l'esercizio delle sue funzioni.

La giurisprudenza che ha accolto – prima della riforma - l'interpretazione estensiva dell'art. 2399 sembra incline ad applicare quest'ultimo criterio¹⁸.

La Commissione Europea, da parte sua, nella raccomandazione 16 maggio 2002 sull'indipendenza dei revisori contabili avverte che l'autonomia deve reputarsi in pericolo allorché il corrispettivo totale dei servizi (di revisione e non) resi ad un certo cliente rappresenti una percentuale "*indebitamente elevata*" in rapporto ai ricavi totali del revisore (8.2).

Recentemente il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ha ritenuto di fissare questa soglia percentuale nel 15% dei ricavi totali, ma, francamente, appare arduo (ed in certa misura arbitrario) formulare in proposito delle rigide quantificazioni.

In ogni caso, poiché nella fattispecie qui considerata ciò che rileva è il rapporto associativo fra il sindaco ed il consulente, sembra preferibile valutare i profili di compromissione patrimoniale verificando quale sia la quantità dei ricavi derivanti dalla collaborazione altrui destinata a rifluire nel patrimonio personale del sindaco in rapporto all'entità del compenso sindacale, tenendo presente la sua posizione nella compagine associativa. E, seguendo

¹⁷ V., in tal senso, GELOSA, *Professionisti indipendenti. Anzi no*, in *Italia oggi. Consulenza*, 2004, n.7, 23 agosto 2004, 16 ss.; G. SAVELLI – C. SANTINI, *Sull'incompatibilità del sindaco associato del consulente*, in *Impresa c.i.*, 2004, 242 s.; e in parte M. SPIOTTA, *op. cit.*, 179.

¹⁸ V., le pronunce citate *supra*, nt. 3.

questo criterio, si potrebbe ritenere, in linea di massima, che l'indipendenza del controllore sia messa in pericolo tutte le volte in cui egli si possa attendere dal rapporto di consulenza del suo associato un ritorno economico personale superiore a quello che gli deriva dalla retribuzione sindacale.

Si tratta, comunque, di giudizi che, come già avvertito, non possono prescindere dalla considerazione del caso concreto e che, oltre tutto, potrebbero essere influenzati anche da possibili correttivi adottabili in casi critici dalle singole associazioni professionali.

Pur nella diversità della fattispecie regolata, alcuni suggerimenti in tale direzione possono discendere dalla già evocata disciplina comunitaria, la quale, nell'ammettere che la società di revisione possa svolgere servizi ulteriori nell'interesse della società revisionata, prefigura tutta una serie di provvedimenti atti a "decomprimere" il sospetto di condizionamenti, sia sul piano della trasparenza, attraverso una completa e fedele pubblicizzazione dei dati patrimoniali potenzialmente lesivi dell'indipendenza, sia sul piano di procedure interne finalizzate a rafforzare l'autonomia di giudizio del revisore.

6. L'operatività delle cause d'ineleggibilità e di decadenza.

Resta da spendere qualche parola conclusiva circa le modalità con le quali può essere accertata la presenza di una situazione atta a menomare l'indipendenza del sindaco e perciò a rendere illegittima la sua nomina o a determinarne la decadenza allorché la situazione impediante sopravvenga, o comunque emerga, in corso di carica.

L'aspetto delicato di tale questione nasce dal fatto che l'accertamento richiede un esame dei rapporti interni fra professionista/sindaco e professionista/consulente (con le possibili varianti, ed anche con possibili eccezioni legate a circostanze particolari), che non sempre sono conosciuti o conoscibili dalla società interessata.

Al riguardo deve ritenersi che, sia sul piano dei doveri d'informazione propri della deontologia professionale, sia sul piano dei doveri d'informazione nascenti dal principio di buona fede contrattuale, tanto il professionista/sindaco quanto il professionista/consulente abbiano l'obbligo di comunicare alle società interessate i rapporti di cointeressenza, affinché queste possano valutarne la possibile rilevanza sotto il profilo dell'indipendenza. E'

ovvio che l'informazione dev'essere completa, cioè contenere tutti quei dati che possono rilevare al fine della valutazione del requisito dell'autonomia, nei termini sopra analizzati sul piano sostanziale.

La società, attraverso l'assemblea in sede di nomina, o attraverso l'organo amministrativo (se l'informazione perviene in corso di rapporto) potrà prendere atto dell'ineleggibilità o della decadenza, oppure dichiarare che la situazione non determina compromissione dell'indipendenza ai sensi dell'art. 2399 c.c. S'intende, però, che tale dichiarazione (pur sufficiente, in linea di massima, ad escludere una responsabilità del professionista verso la società) ha valore soltanto ricognitivo e non può sanare l'eventuale mancanza del requisito dell'indipendenza, a termini di legge: con la conseguenza che in tal caso, dovendosi escludere un potere dispositivo della società in ordine ai requisiti d'indipendenza dei sindaci, saranno almeno attivabili i rimedi per l'inesatto adempimento degli obblighi posti a carico degli organi sociali, ivi compreso, se del caso, quello previsto dall'art. 2409.

Per quanto concerne, in particolare, l'operatività della decadenza, è discusso se la cessazione dalla carica si produca *ope legis* o se, invece, richieda un atto deliberativo di un organo della società, con ulteriori dubbi sulla determinazione di quello che sarebbe l'organo competente.

Per quanto la soluzione della non immediata operatività delle cause di decadenza sia stata riproposta anche dopo la riforma¹⁹, sembra che, almeno *in linea di principio*, si debba confermare²⁰ come preferibile la soluzione della decadenza *ope legis, se non altro per una ragione di ordine logico*. Nell'art. 2399, infatti, la mancanza dei requisiti d'indipendenza è posta come causa d'*ineleggibilità*, e non di semplice incompatibilità. In altri termini, l'eventuale nomina di un sindaco ineleggibile dà luogo ad una non conformità a legge della delibera di nomina e, quindi, ad un'invalidità della stessa (*rectius*: ad una nullità per impossibilità giuridica dell'oggetto), oltre che ad un'irregolare composizione dell'organo (e non ad un semplice obbligo di optare fra le due cariche, come avverrebbe se fosse sancita la semplice "incompatibilità"). Se così è, la sopravvenienza della causa d'ineleggibilità deve comportare immediatamente anche l'effetto dell'irregolare composizione dell'organo (e quindi dell'invalidità delle relative deliberazioni).

¹⁹ Cfr. CERA, *op. cit.*

²⁰ Cfr. quanto già esposto in LIBERTINI, *op. cit.* Sul punto, v., anche DOMENICHINI, *op. loc. cit.*

A ciò si aggiunga che la tesi, che subordina l'operatività della decadenza ad una dichiarazione (con effetti costitutivi) di qualche organo societario, finisce implicitamente per ammettere (anche quando configuri tale dichiarazione come atto dovuto) un sostanziale potere dispositivo della società su un requisito (quale l'indipendenza del sindaco) che è sancito con norma certamente imperativa, posta anche nell'interesse degli azionisti di minoranza e dei creditori.

E' anche vero, peraltro, che la soluzione dell'operatività *ex lege* può oggi provocare maggiori difficoltà applicative che in passato, dal momento che la lettera c) dell'art. 2399 non consente più di affermare un principio di tassatività dell'elenco delle cause di perdita di tale requisito. In particolare, l'incertezza sui confini della fattispecie potrebbe indurre la società, nei casi dubbi, a preferire soluzioni troppo prudenziali, anche a costo di rinunciare ad operazioni sostanzialmente convenienti e corrette per entrambe le parti.

Pur dovendosi ammettere che il nuovo sistema ha privilegiato il rafforzamento delle esigenze d'indipendenza rispetto a quelle di certezza della fattispecie, sembra allora necessaria una distinzione con riferimento all'ipotesi in cui la causa d'ineleggibilità consista nella sussistenza di "altri rapporti di natura patrimoniale che ne [i.e. del sindaco] *compromettono l'indipendenza*", ed in particolare con riferimento all'eventualità in cui essi sopraggiungano nel corso del rapporto. In tal caso, infatti, non può non tenersi conto che la vicenda si caratterizza in termini marcatamente valutativi e che, quindi, si appalesa più idonea ad essere compresa sul piano degli obblighi di comportamento piuttosto che delle conseguenze oggettive ed automatiche del verificarsi di una determinata fattispecie.

Intendiamo dire che l'ipotesi accennata, quella del sopraggiungere di tali "altri rapporti di natura patrimoniale", pone in primo luogo, ed in certo modo pregiudizialmente, l'esigenza di riconoscere un dovere delle parti (la società ed il sindaco) di astenersi dalla loro instaurazione; ed in secondo luogo, qualora ciò avvenga, di valutare se ed in che senso ne risulta un pregiudizio per l'indipendenza del sindaco. Da tali valutazioni, che si è obbligati a compiere e delle quali ci si assume la responsabilità, non può in definitiva prescindere.

A conferma di quanto appena detto, vi è da osservare, del resto, che in tale ipotesi, a differenza di tutte le altre individuate dall'art. 2399, la situazione non è immediatamente riconoscibile dalla società:

l'idoneità di un rapporto patrimoniale a compromettere l'indipendenza del sindaco può risultare infatti da fattori alla società medesima estrinseci, come per esempio l'importanza economica del rapporto per il volume di affari del sindaco. Logico è quindi affermare un dovere di vigilanza degli organi sociali (ivi compresi gli altri sindaci); naturale è pure riconoscere un obbligo del sindaco di informazione alla società delle circostanze al riguardo rilevanti; meno plausibile è trarre la conseguenza di una decadenza automatica, a prescindere da ogni accertamento.

*** * ***

Rimanendo a disposizione per ogni eventuale richiesta di approfondimenti, inviamo cordiali saluti.

***Carlo Angelici
Gino Cavalli
Mario Libertini***