

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
Istituzioni e Mercati, Diritti e tutele

Ciclo 28

Settore Concorsuale di afferenza: 12/B1, 12/E3

Settore Scientifico disciplinare: IUS/04

**LA REVISIONE LEGALE DEI CONTI TRA ORDINAMENTO
ITALIANO E RIFORME EUROPEE**

Presentata da: Roberto Formisani

Coordinatore Dottorato

Chiar.mo Prof. Giulio Illuminati

Relatore

Chiar.mo Prof. Alberto Musso

Esame finale anno 2016

Indice sommario

Introduzione

1. A mo' di premessa: modelli economici applicabili alla revisione legale dei conti

- 1.1. La revisione dei conti nell'ambito delle teorie economiche dell'impresa
- 1.2. Le teorie alternative sulla "demand for auditing"
- 1.3. La funzione pubblica della revisione dei conti: lo schema del "gatekeeping" e le sue principali criticità
- 1.4. (segue): ulteriori problemi di "policy": in particolare, l'articolazione ottimale della disciplina primaria del "gatekeeping"
- 1.5. Il rapporto tra revisori e investitori: "quasi-agency"?

2. Le "regole di comportamento": lo svolgimento dell'attività di auditing e il rapporto con la società sottoposta a revisione

- 2.1. Introduzione: la natura giuridica del contratto di revisione
- 2.2. La nozione di "ente di interesse pubblico"
- 2.3. Il conferimento dell'incarico
- 2.4. Oggetto dell'incarico di revisione. Poteri del revisore.
- 2.5. Lo svolgimento dell'auditing. Il ruolo dei principi professionali.
- 2.6. Il giudizio sul bilancio. La relazione di revisione.
- 2.7. La cessazione anticipata dell'incarico: revoca, dimissioni, risoluzione consensuale

3. l'indipendenza del revisore

- 3.1. Inquadramento generale della problematica
- 3.2. Definizione del concetto di indipendenza. Le possibili alternative regolamentari.
- 3.3. I requisiti "base" dell'indipendenza del revisore: l'art. 10 D. Lgs. 39/2010. La Direttiva 2014/56

3.4. I requisiti speciali per la revisione degli EIP: l'art. 17 D. Lgs. 39/2010

4. La responsabilità civile del revisore

4.1. La rilevanza della responsabilità civile nel sistema giuridico dell'auditing

4.2. L'evoluzione del dato legislativo

4.3. La responsabilità *ex contractu*: i danni nei confronti della società revisionata

4.4. La responsabilità verso i terzi

4.5. Il dibattito sulla limitazione della responsabilità dei revisori

4.6. La responsabilità del responsabile della revisione e dei dipendenti

5. La vigilanza sui revisori e il sistema repressivo

5.1. Introduzione

5.2. La relazione di trasparenza: una forma di controllo diffuso?

5.3. Il riparto di competenze tra MEF e CONSOB. Poteri delle Autorità di vigilanza.

5.4. Il controllo della qualità

5.5. Le sanzioni. Il procedimento per l'irrogazione

6. Conclusioni

6.1. Introduzione

6.2. Le regole di responsabilità civile: un vero "silver bullet"?

6.3. "A bigger picture": La revisione nel contesto del "reticolo" dei controlli e delle supervisioni. L'assetto normativo vigente

6.4. La riforma del 2014...e oltre: ulteriori riforme ipotizzabili

Introduzione

Il primo decennio del ventunesimo secolo è stato segnato da una delle più gravi crisi economico-finanziarie della storia moderna; crisi dalla quale, al momento in cui viene redatta questa tesi, si incomincia timidamente (forse) a intravedere la conclusione. Come spesso accade, anche questa crisi è stata costellata da numerosi scandali finanziari¹, i quali peraltro seguono idealmente i grandi scandali societari d'inizio secolo che hanno interessato entrambe le sponde dell'Atlantico (su tutti, i casi Enron e Parmalat). Tale continuità, priva di un'apprezzabile soluzione, ha spinto la comunità finanziaria a elaborare una vera e propria "teoria dello scarafaggio" (*cockroach theory*), secondo la quale, come la scoperta anche di un solo esemplare di questi insetti consente di scovare l'intero insediamento, anche le *corporate and financial fraud* sembrano essere legati tra di loro, quasi come se si sostentassero a vicenda². Pare quasi superfluo porre l'accento sulle pesanti conseguenze negative che fenomeni simili (a maggior ragione, qualora si manifestino con un tale livello di diffusione e magnitudine) producono in capo al sistema finanziario, e a quello economico più in generale: è evidente infatti come ne venga menomato il principale bene su cui si fonda l'intermediazione finanziaria nella sua interezza, cioè la fiducia sul *set* informativo necessario per valutare beni necessariamente immateriali come gli strumenti e i prodotti finanziari³, con la conseguenza di ridurre i canali di finanziamento per le imprese e, quindi, di danneggiare il grado di competitività dell'economia di un Paese nella sua globalità (il tutto, in un contesto come quello della globalizzazione in cui è oramai divenuto comune sottolineare come la qualità

¹ Il pensiero corre ovviamente alla grande truffa posta in essere da Bernard Madoff, ma anche grandi società finanziarie non sono rimaste immuni da questo fenomeno: per citare un caso che coinvolge più strettamente i temi che saranno oggetto di questa tesi, si pensi solo al fatto che il fallimento della Lehman Brothers ha consentito l'emersione di pratiche contabili quanto meno "creative" (i cc.dd. *repo 105*), che avrebbero occultato lo stato di grave sofferenza in cui l'istituto già si trovava, e che ha di conseguenza portato al coinvolgimento nello scandalo anche della società di revisione di Lehman (cfr. *Accountancy Age, E&Y sued over Lehman audits*, 21/12/2010, disponibile al sito: <http://www.accountancyage.com/aa/news/1934026/-sued-lehmans-audit>). La "Grande Recessione" ha posto delle notevoli problematiche sotto il profilo giuridico-istituzionale: sul tema della "risposta" dei *policy maker* v. CAPRIGLIONE, *Crisi a confronto (1929-2009)*, Padova, 2009.

² La teoria viene ripresa da RAMPINI, *Piccolo glossario per un grande crac*, in *Micromega*, 1/2004, pp. 113 ss., constatando come sia negli Stati Uniti che in Italia, oltre ai casi più noti (Enron e Parmalat, rispettivamente), vi siano stati numerosi altri scandali di non minore importanza (ad es., WorldCom e Tyco negli USA, Cirio e Giacomelli in Italia).

³ *Ex multis*, FIMMANO', *I gap di informazione e controllo nei crac Cirio e Parmalat e le prospettive di riforma*, in *Soc.*, 2004, p. 401.

dell'ordinamento giuridico sia una delle principali leve che incidono su quest'ultimo aspetto⁴).

Sebbene commentatori e *policymakers* siano stati, durante quella stagione, ben consci del ruolo delle regole non solo in funzione di repressione, ma anche in fase di prevenzione di simili eventi; a distanza di pochi anni, e nonostante un imponente processo di riforma della *corporate governance* e dei mercati finanziari⁵, la comunità scientifica e dei decisori si è trovata di nuovo a domandarsi non solo quali possano essere le cause alla base di un fenomeno così persistente, ma anche (e soprattutto) perché i numerosi strumenti di controllo e di vigilanza che gli ordinamenti societari moderni adottano non abbiano funzionato, anche (e nonostante) le significative riforme d'inizio secolo: è peraltro degno di menzione come tale dibattito si sia inserito in un processo di riforma delle istituzioni del mercato che, forse per la prima volta, si è avvenuto a un livello veramente globale⁶. Dando, infatti, per scontato che queste ondate di scandali societari e finanziari non possono essere ricompresi, sotto il profilo eziologico, solamente entro la categoria dei “fallimenti” dei sistemi di amministrazione e gestione (*board failure*) o del controllo esterno (*auditing failure*), ma che vi sia stata una compenetrazione di entrambi i fattori⁷; non si può negare come queste esperienze abbiano catalizzato notevole attenzione sul tema dell'effettività dei

⁴ In relazione a quest'ultimo aspetto cfr. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004.

⁵ Come si può ovviamente immaginare, il pensiero corre al *Sarbanes-Oxley Act*, emanato nel luglio del 2002 e all'italiana “Legge sulla tutela del risparmio” (l. 262/2005 e ss.mm.ii.). La partecipazione del medesimo clima culturale ha fatto sì che molte soluzioni adottate dal legislatore federale americano siano state seguite anche dal nostro, come rilevano ad es., FERRARINI-GIUDICI, *La legge sulla tutela del risparmio: un pot-pourri della corporate governance*, in *Riv. Soc.*, 2006, 4, p. 573. per un'analisi critica della riforma italiana cfr. PANZIRONI, *La legge di tutela del risparmio non è efficace. Riflessioni sull'intervento sulla governance delle società per azioni quotate*, in *Dir. Fall.*, 2009, pp. 508 ss. Per un'analisi della principali “mancanze” della *corporate governance* italiana, rivelate dalla stagione degli scandali societari, cfr. BENEDETTO-DI CASTRI, *Il caso Parmalat e l'indipendenza dei controllori: amministratori, sindaci e revisori alla prova del crack*, in *Banca, Impresa e Società*, 2005, 2, pp. 211 ss. In generale, sul *Sarbanes-Oxley Act*, v. CUNNINGHAM, *The Sarbanes Oxley Yawn: heavy rhetoric, light reform (and it might just work)*, in (36) *University of Connecticut Law Review*, 2003, pp. 915 ss.

⁶ Si pensi in particolare all'affermazione (in verità, non così definitiva) del G20 come principale *forum* internazionale per la determinazione delle politiche generali in tema di regolamentazione finanziaria, coadiuvato per quanto attiene l'attuazione, sotto il profilo tecnico, dal Fondo Monetario Internazionale e dal *Financial Stability Board*. Più in dettaglio, v. la dichiarazione *Strengthening the financial sector*, emessa a conclusione del G20 di Londra (aprile 2009).

⁷ Non stupisce infatti che specialmente nel periodo successivo ai grandi fallimenti d'inizio secolo, alcuni Autori abbiano optato per una visione “olistica”, che intendeva mostrare come, inevitabilmente, le mancanze del sistema dei controlli esterni abbia amplificato alcune problematiche già presenti *in vitro* nell'assetto normativo e socioeconomico degli *interna corporis* delle grandi *corporation*: v., ad es., FOX, *Gatekeepers failure: why important, what to do*, (106) *Michigan Law Review*, 2008, pp. 1089 ss.; IDE, *Post-Enron corporate governance opportunities: creating a culture of greater board collaboration and oversight*, (54) *Mercer Law Review*, 2003, pp. 829 ss.

controlli esterni; in un contesto, peraltro, in cui si sottolinea da più parti come a inficiare la capacità di *enforcement* non sia la scarsità di strumenti, quanto la loro sovrabbondanza mal coordinata dai legislatori e dai *policymakers*⁸.

Con particolare riguardo al dibattito scientifico in materia, il gran numero di “controllori” (amministratori non esecutivi e indipendenti, sindaci, Autorità di vigilanza...) e le notevoli differenze in tema di regolamentazione giuridica e di ruoli esercitati (sotto il profilo dell'analisi economico-funzionale) ha impedito, come forse era inevitabile, di giungere a una trattazione “globale”: in altri termini, la letteratura si è dovuta necessariamente limitare a un'analisi settoriale, che ha avuto a oggetto specifiche categorie di “vigilanti”. Tra tutte, solo per citare l'esempio forse più noto proprio alla luce dell'esperienza della crisi finanziaria del 2008, il grande interesse per il ruolo giocato dalle agenzie di *rating* nell'esplosione della crisi legata alle cartolarizzazioni basate su mutui *subprime*⁹ ha riportato in auge il dibattito sulle prospettive di riforma dei cc.dd. *gatekeepers*, o intermediari reputazionali; categoria alla quale, per l'appunto, sono solitamente ricondotte le *credit rating agencies*. Si è soliti definire tali operatori come intermediari che, impegnando il proprio capitale reputazionale nei confronti degli investitori, assicurano questi ultimi della qualità delle informazioni diffuse dagli emittenti, anche alla luce del fatto che tali intermediari possono, in virtù della loro posizione, impedire la commissione d'irregolarità rifiutandosi di approvare l'operato dell'emittente¹⁰. Si può facilmente intuire come il corretto funzionamento dell'opera di questi soggetti sia essenziale per la tenuta del mercato finanziario, poiché l'affidabilità delle loro valutazioni, che si basa sulla loro competenza tecnica oltre che sulla loro indipendenza e obiettività di giudizio, è di primaria importanza per alimentare la fiducia degli investitori, specie quelli *retail*. Peraltro uno svolgimento efficace ed efficiente dell'attività di

⁸ Questa corrente della letteratura rimarca giustamente molti strumenti di controllo siano stati il frutto di più interventi normativi, non coordinati tra di loro e spesso sorti solo per rispondere a esigenze peculiari del momento, in una logica “emergenziale”. Si renderebbe pertanto necessario un intervento globale di razionalizzazione che vada soprattutto a eliminare possibili sovrapposizioni di funzioni (che, spesso, come l'esperienza insegna, comportano parallelamente delle lacune). *Ex multis*, si vedano gli scritti raccolti nel testo (a cura di BIANCHINI-DI NOIA) *I controlli societari: molte regole, nessun sistema*, Milano, 2010.

⁹ La letteratura sul punto, dopo l'esperienza del *financial turmoil* del 2008, è sterminata. Per un punto di vista “istituzionale” v. il rapporto conclusivo della *Financial Crisis Inquiry Commission*, diffuso a gennaio 2011 (disponibile al sito: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-FCIC/pdf/GPO-FCIC.pdf>), v., in particolare, pp. xxv, 43-44, 206 ss. Nella letteratura giuridica, COFFEE JR., *What went wrong? An initial inquiry into the causes of the 2008 financial crisis*, (9) *Journal of corporate legal studies*, 2009, pp. 1 ss.

¹⁰ Cfr. COFFEE JR., *Gatekeepers*, Oxford, 2006, p. 2.

gatekeeping, riducendo le asimmetrie informative, favorisce l'aumento della liquidità dei titoli scambiati, consentendo quindi la crescita e lo sviluppo dei mercati finanziari (specie di quelli borsistici): deve però rimarcarsi come, per l'avverarsi di questo circolo virtuoso, si richiede anche che gli investitori, specie quelli professionali, siano in grado di comprendere correttamente i segnali dei *gatekeepers*. L'esperienza del *crac* Enron ha mostrato, infatti, come alcune problematiche strutturali dell'industria dei servizi di investimento e del risparmio gestito (specie il noto tema dell'“effetto gregge”, conosciuto in particolare a seguito di molti studi di economia e finanza comportamentale¹¹) possano essere annoverati tra i fattori di mancata comprensione della rete fraudolenta perpetrata dagli *executive* della Enron. In altri termini, come si vedrà meglio in seguito, le riforme ideate dal legislatore, per essere efficaci, non possono operare solo sul lato dell'offerta di informazione, ma anche sul lato della domanda¹².

E' oramai opinione comune, infatti, come molti degli scandali dei primi anni del secolo (ma tale considerazione si può ragionevolmente estendere a molti degli episodi più recenti) siano legati a un vero e proprio “cedimento” dei *gatekeepers*, sull'origine del quale la comunità scientifica non è riuscita a trovare a tutt'oggi una ricostruzione condivisa, se si pensa solo al fatto che hanno trovato spazio anche considerazioni di natura moralistica sulla presunta “dilagante avidità” nel mondo della finanza, per loro natura (come giustamente rilevato da autorevole dottrina) scarsamente verificabili e misurabili¹³, in quanto impossibili da sottoporre, secondo il noto criterio popperiano, a falsificazione¹⁴.

Nell'ambito di questa categoria, un ruolo di particolare peso è svolto dai revisori dei conti, in virtù della centralità, per il mercato dei capitali, di una corretta ed esauriente informazione finanziaria. Come si può potuto constatare nel corso di questi ultimi anni, molte frodi societarie e finanziarie sono avvenute (anche) a causa di

¹¹ Per una trattazione delle problematiche generali dell'analisi comportamentale e delle conclusioni che i *policymakers* possono ricavarne, specie in tema di regolamentazione delle attività finanziarie, v. RIGHINI, *Behavioural law and economics. Problemi di policy, assetti normativi e di vigilanza*, Milano, 2012.

¹² V. HEALY-PAPELU, *The fall of Enron*, in (17) *Journal of Economic Perspectives*, 2, 2003, pp. 3 ss. Per un esame del caso Enron alla luce dell'*agency theory* cfr. ARNOLD-DE LANGE, *Enron: an examination of agency problems*, in (15) *Critical Perspectives on Accounting*, 2004, pp. 751 ss.

¹³ COFFEE JR., *Il cedimento degli intermediari reputazionali e la riforma del Sarbanes-Oxley Act*, in *I controlli esterni delle società quotate: esperienze a confronto* (a cura di AMATUCCI), Milano, 2005, pp. 19 ss.

¹⁴ Per un'introduzione generalissima al pensiero epistemologico di Karl Popper v. ABBAGNANO-FORNERO, *Filosofi e filosofie nella storia*, Torino, 1986, vol. 3, pp. 613 ss.

profonde negligenze (se non di complicità vere e proprie, come nel caso Enron) da parte dei controllori dei conti: questi casi hanno portato a una profonda revisione della normativa sulla revisione dei conti, che nell'Unione Europea è culminata nell'emanazione della Direttiva 2006/43/CE, oggi attuata nel nostro ordinamento dal D. Lgs. 39/2010¹⁵. Come abbiamo avuto modo di vedere, a pochi anni di distanza dall'entrata in vigore dell'atto normativo comunitario, la crisi finanziaria ha mostrato il persistere di criticità nella regolamentazione dell'*auditing*, a cui le istituzioni comunitarie hanno risposto con l'adozione di un nuovo *corpus* normativo destinato a regolare la materia, composto da un regolamento in tema di controllo contabile sui cc.dd. enti d'interesse pubblico¹⁶ (n. 537/2014) e da una direttiva (n. 2014/56/UE) che modifica profondamente la direttiva 2006/43/CE¹⁷; *corpus* normativo del quale si attende, allo stato attuale, l'entrata in vigore e, nel caso della direttiva, il successivo recepimento nell'ordinamento nazionale.

Il presente elaborato intende esaminare il vigente assetto legislativo e regolamentare, per comprendere, pur dando atto al legislatore comunitario e a quello nazionale del significativo sforzo posto in essere nell'ultimo decennio, se e quali prospettive di miglioramento della regolamentazione possano sussistere. Il campo di questo scritto sarà limitato alla revisione delle società azionarie, tralasciando quindi il tema del controllo contabile nelle s.r.l., peraltro investito da notevoli modifiche nel corso degli ultimi anni in un'ottica di riduzioni degli oneri regolamentari per le PMI¹⁸, focalizzando in particolare l'attenzione sulla revisione obbligatoria e, di conseguenza sulla disciplina posta dal "testo unico" del 2010 - anche se alcuni accenni alla revisione volontaria saranno svolti, per meglio inquadrare alcune tematiche di particolare rilievo -. Parimenti, non vengono trattati i pur importantissimi, in un'ottica di regolamentazione complessiva del fenomeno in esame, profili di diritto penale,

¹⁵ In particolare, si deve rimarcare che la Direttiva recepisce le opzioni di *policy* delineate dalla Commissione europea con la Comunicazione del maggio 2003 *Reinforcing the statutory audit in the EU* (COM/2003/0286) e, in relazione allo specifico tema della tutela dell'indipendenza, la Raccomandazione del maggio 2002 *Statutory Auditors' Independence in the EU: A Set of Fundamental Principles* (2002/590/EC).

¹⁶ Di tale categoria di enti revisionati, nei confronti dei quali il legislatore comunitario detta requisiti rafforzati rispetto agli alti enti, avremo modo di parlare più diffusamente nel prosieguo della trattazione.

¹⁷ L'entrata in vigore della nuova disciplina comunitaria è stata preceduta da una vasta consultazione lanciata dalla Commissione nell'ottobre 2010 sul suo Libro Verde *Consultation on audit policy: lessons from the crisis* (COM(2010) 561), terminata nel dicembre dello stesso anno. Su quest'ultimo documento si veda STRAMPELLI, *La revisione contabile nell'Unione europea: i risultati della consultazione della Commissione sul Libro verde del 2010*, in *Riv. Soc.*, 2011, pp. 432 ss.

¹⁸ Sia consentito rinviare a FORMISANI, *sub art. 2477*, in (a cura di MAFFEI ALBERTI) *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2015 pp.

salvo alcuni accenni funzionali, per l'appunto, a valutazioni e considerazioni sull'assetto regolamentare in parola.

Nello specifico, l'elaborato verrà strutturato come segue: il Cap. 1 sarà dedicato a un'analisi storico-economica dell'istituto della revisione dei conti, volta soprattutto alla delineazione di un modello economico dei rapporti tra il revisore, la società revisionata e il pubblico degli investitori. I capitoli successivi tratteranno i principali aspetti della regolamentazione in materia di *auditing*, scomponendola in quattro macro-aree: lo svolgimento dell'incarico e il rapporto tra la società revisionata e il revisore (Cap. 2); la tutela dell'indipendenza del controllore dei conti (Cap. 3); la responsabilità del revisore verso la società e verso i terzi (Cap. 4); la vigilanza e il sistema sanzionatorio (Cap. 5). Alla luce della lunga evoluzione che la legislazione sulla revisione contabile ha avuto nel nostro Paese¹⁹, si darà particolare rilevanza proprio alla prospettiva storica, allo scopo di ricostruire organicamente le principali innovazioni che si sono succedute nel tempo, non mancando nel contempo di rimarcare le principali problematiche emerse non solo dal dibattito teorico ma anche dalle esperienze applicative e comparatistiche. Il Cap. 6, infine, ospiterà le conclusioni del lavoro.

¹⁹ Come si avrà modo di vedere, infatti, la prima normativa in tema risale al 1975 (D.P.R. n. 136).

Capitolo 1

A mo' di premessa: modelli economici applicabili alla revisione legale dei conti

1. La revisione dei conti nell'ambito delle teorie economiche dell'impresa

Una comprensione completa e approfondita della regolamentazione dell'*auditing* necessita, come operazione preliminare, di una valutazione dei *bisogni* che l'istituto in esame è chiamato a soddisfare: in altri termini, senza un'adeguata cognizione dei *motivi* per cui esiste la revisione dei conti, si rischia di costruire un quadro normativo carente (per quanto attiene l'opera del regolatore) o di non comprendere appieno le scelte di *policy* (se si pone mente all'interprete)²⁰. Questo tema è inevitabilmente legato al ruolo che l'informazione contabile (l'oggetto dell'azione di controllo e verifica posta in essere dal revisore) è chiamata a svolgere: la generica affermazione che la reportistica finanziaria sia legata solo all'ampliamento della base informativa richiesta per le scelte d'investimento non tiene conto, infatti, che questa funzione continua a essere esercitata anche una volta che l'investimento, a prescindere dalla forma tecnico-giuridica impiegata²¹, sia stato effettuato, in quanto fondamentale per la valutazione dell'andamento dello stesso. In altre parole, sebbene forse non si debba arrivare al punto di riscontrare due funzioni ben distinte (dal momento che siamo sempre di fronte a una scelta di allocazione delle risorse, da parte dell'investitore), è bene sottolineare come il bilancio e, in generale, l'informazione

²⁰ Nei principali manuali di testo che trattano dei processi di revisione, si sottolinea spesso come, nonostante il rilievo eminentemente pratico di molte problematiche che insorgono nell'esercizio della revisione, sia necessaria da parte degli operatori anche una riflessione teoretica sul ruolo e la funzione della revisione, dal momento che l'adesione a concezioni diverse della professione possono portare a diversi modi di esercitare, nella prassi quotidiana, la stessa. Cfr. SOLTANI, *Auditing: An International Approach*, Harlow, 2007, p. 7.

²¹ Solo per dare un'idea molto generica, apportare capitale di rischio mediante conferimenti o finanziare l'impresa mediante titoli di debito. E' noto, difatti, come il diritto societario italiano, dopo la riforma del 2003, abbia notevolmente complicato questo quadro "elementare", ad es., ampliando notevolmente le tipologie di azioni che le SpA possono emettere e prevedendo anche particolari categorie di strumenti finanziari (cc.dd. partecipativi) il cui contenuto è sostanzialmente rimesso all'autonomia statutaria (cfr. art. 2346 ult. c. Cod. Civ., in dottrina, *ex multis*, v. CIAN, *Strumenti finanziari partecipativi e poteri di voice*, Milano, 2006). Per quanto attiene i titoli di debito, si pensi al riconoscimento esplicito a tutte le società azionarie del diritto a emettere obbligazioni subordinate (art. 2411 c. 1 Cod. Civ.); tipologia di strumenti prima prevista solo per le banche ai sensi dell'art. 12 Testo Unico Bancario (sulle specificità della disciplina bancaria in tema di finanziamento obbligazionario, cfr. LA LICATA, *La struttura finanziaria della società bancaria: patrimonio, patrimonio netto, patrimonio di vigilanza*, Torino, 2008, pp. 41-57).

contabile assolve non solo (ex-ante) allo scopo di decidere presso quali imprese allocare il capitale di cui si dispone, ma anche di poter comprendere l'utilizzo che l'impresa sovvenzionata fa di questo²². Quest'ultimo aspetto introduce l'interprete a uno dei maggiori problemi del governo delle imprese, specie di quelle societarie: la scissione tra la titolarità del capitale investito in capo ai finanziatori, e il potere di gestione sullo stesso, assegnato dalla legge all'imprenditore (o al *management* e agli organi sociali, nel caso delle realtà societarie)²³, cioè il noto tema del problema di *agency* tra *manager* e proprietari/finanziatori dell'impresa, ovvero, nel caso delle società cc.dd. a capitale concentrato, tra gli azionisti di maggioranza, che effettivamente gestiscono l'impresa sociale, e quelli di minoranza, che operano soprattutto con una logica finanziaria e non strettamente imprenditoriale²⁴. Ciò

²² La letteratura distingue infatti tra un'informazione resa *for decision-making purposes* e una resa con finalità di *stewardship* (o *accountability*): cfr. GJESDAL, *Accounting for stewardship*, (19) *Journal of Accounting Research*, 1, 1981, pp. 208 ss.; CHEN, *Social and financial stewardship*, in (50) *The Accounting Review*, 3, 1975, pp. 533 ss. La differenza tra queste due funzioni appare più sfumata ove si consideri, ovviamente, che le informazioni sull'andamento dell'investimento possono, a loro volta, innescare decisioni di disinvestimento (o, come si è soliti scrivere, di *exit*), quindi servire anche a una finalità più prettamente decisoria (come riconosciuto in particolare da GJESDAL, *Accounting*, cit., p. 221). La distinzione ha però, una sua notevole utilità nella misura in cui riesce a rendere pienamente la diversità tra il *financial reporting* sul mercato primario e sul mercato secondario.

²³ Il tema è trasversale, in quanto non attiene soltanto il capitale di rischio ma anche quello di debito, stante il diritto alla restituzione della somma data in prestito che costituisce il nucleo fondamentale delle obbligazioni, come si argomenta ai sensi dell'art. 2411 Cod. Civ. (v. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, vol. 2, Torino, 2012, pp. 533-534). Ne consegue che la problematica in esame non si esaurisce soltanto nell'ambito delle società di capitali, ma finisce per riguardare tutte le forme imprenditoriali, pur essendo maggiormente "sentita" nell'ambito delle società di capitali, e in particolare in relazione al rapporto tra *manager* e proprietari della società.

²⁴ Il tema dell'*agency* è uno dei campi maggiormente studiati dalla letteratura economica, anche alla luce del preponderante interesse per l'economia dell'informazione e delle istituzioni. In termini generali, la problematica attiene il caso in cui un soggetto (il *principal*) delega un altro soggetto (l'*agent*) a compiere delle azioni nel suo interesse, spesso per via di un mancato allineamento delle informazioni relative a un particolare processo economico tra i diversi partecipanti, a vantaggio dell'*agent* (c.d. asimmetria informativa). La medesima asimmetria comporta che, nello svolgimento dell'incarico, l'azione dell'*agent* sia difficilmente osservabile da parte del *principal* e che quindi il primo possa essere indotto a privilegiare il proprio interesse a scapito di quello del *principal* (cc.dd. atti di opportunismo sui quali cfr. WILLIAMSON, *The Economic Institution of Capitalism*, New York, 1985, pp. 47-49; ed. it: *Le istituzioni economiche del capitalismo*, Milano, 1992), spesso anche a causa di differenze, tra le due parti, in termini di attitudine verso il rischio. Il tema che si pone quindi è quello di prevedere degli incentivi (o per via contrattuale o legislativa) che allineino gli interessi delle controparti: con particolare riguardo a questo tema in ambito contrattuale, v. MILLER, *Solution to the principal-agent problems in firms*, in *Handbook of New Institutional Economics* (a cura di MENARD-SHIRLEY), Dordrecht, 2005, pp. 349 ss. La letteratura in materia è sterminata: ci si limita a segnalare ROSS, *The economic theory of agency: the principal's dilemma*, (63) *American Economic Review*, 2, 1973, pp. 173 ss.; EISENHARDT, *Agency theory: an assessment and review*, (14) *Academy of Management Review*, 1, 1989, pp. 57; ANDERLINI-FELLI, *Agency problems*, in (a cura di DURLAUF-BLUME) *Palgrave Dictionary of Economics*, Basingstoke, 2008; e, con particolare attenzione anche qui al tema della strutturazione degli incentivi, GROSSMAN-HART, *An analysis of the principal-agent problem*, (51) *Econometrica*, 2, 1983, pp. 7 ss. Per una ricostruzione del modello e per le implicazioni di questo per l'analisi giuridica, SARTORI, *Il modello economico dell'agency e il diritto: prime riflessioni*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2001, pp. 607 ss. Per quanto attiene il conflitto di

premessi, infatti, la diffusione periodica di rappresentazioni contabili sulla consistenza patrimoniale e sull'andamento economico dell'impresa consente ai *principals* una maggiore osservabilità dei comportamenti dei *manager*, e una valutazione più approfondita del loro operato²⁵²⁶, riducendo quindi i tradizionali legami a questo fenomeno, in particolare l'esecuzione negligente dell'incarico per carenza d'impegno (*shirking*) o l'appropriazione indebita, da parte dell'*agent*, delle risorse che potrebbero essere affidate alla sua cura (*stealing*). È noto, infatti, come nel caso dell'*agency* sia sostanzialmente impossibile per il *principal* monitorare perfettamente le azioni dell'*agent* e, pertanto, egli debba inferire, con metodo probabilistico, tali contegni dall'*outcome* finale di tale attività, con la conseguenza di dover tenere conto anche di variabili esogene (cioè, non legate all'azione dell'*agent*) che possono comunque influenzare tale risultato²⁷: in ciò risiede, difatti, il problema strutturale delle relazioni di *agency*, in quanto (come si può facilmente osservare) se il *principal* avesse il tempo, le competenze tecniche o comunque la possibilità di monitorare in modo completo e perfetto l'*agent*, non vi sarebbe bisogno di delegargli il compimento

agency nelle società con azionisti di controllo/riferimento, *ex multis*, ENRIQUES-VOLPIN, *Corporate governance reforms in continental Europe*, (21) *Journal of Economic Perspectives*, 4, pp. 117 ss.

²⁵ Sebbene un grande stimolo alla riflessione sul tema sia stato in particolare il peculiare caso del mondo anglosassone - in cui come noto prevale come modello delle grandi società quotate con un azionariato particolarmente diffuso - con la conseguenza quindi che il tema della prevenzione/repressione dell'opportunismo del *management* si ponga con particolare forza, vista l'assenza di un *principal* forte (in altri termini, la problematica posta dalla notissima analisi di BERLE-MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, 1932), non si può negare come la stessa separazione istituzionale tra proprietari e amministratori, segnata dalla presenza di organi sociali diversi e con competenze (tendenzialmente) inderogabili fissate dalla legge (c.d. organizzazione corporativa, sulla quale *ex multis* SCIUTO-SPADA, *Il tipo delle società per azioni*, in *Trattato delle Società per Azioni* (a cura di COLOMBO-PORTALE), Torino, 2004, vol. 1, pp. 4 ss.) renda tale problematica una costante presente, più o meno, a tutte le latitudini. Un'ulteriore costante è, inoltre, il fatto che anche i creditori sociali possono pienamente essere considerati, dato quanto precede, *principal* dei *manager* (v. uno dei maggiori lavori in tema di applicazione dell'*agency* alla realtà societaria: JENSEN-MECKLING, *Theory of the firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, (3) *Journal of financial economics*, 4, 1976, pp. 305 ss.. Altro *locus classicus* è FAMA-JENSEN, *Separation of ownership and control*, (26) *Journal of Law and Economics*, 2, 1983, pp. 301 ss.), insieme con altre categorie di *stakeholder* (ad es., lavoratori dell'impresa o consumatori dei beni o servizi da questa prodotti): v. KRAAKMAN *et al.*, *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford-New York, 2009 (2° ed.), p. 36.

²⁶ Solo per citare alcuni degli articoli che trattano del tema dell'informazione contabile nell'ambito del rapporto di *agency* tra azionisti e *manager*: NG-STOECKNIUS, *Auditing: incentives and truthful reporting*, (17) *Journal of Accounting Research*, supplemento, 1979, pp. 1 ss.; NG, *An information economic analysis of financial reporting and external auditing*, (53) *The Accounting Review*, 4, 1978, pp. 910 ss. Particolarmente legata alla visione contrattualistica à la Jensen-Meckling è la c.d. scuola positiva della contabilità analitica, che rifugge dal valutare l'aspetto prescrittivo-normativo delle norme contabili per osservare invece l'evoluzione concreta delle prassi contabili seguite nella prassi, viste in genere come strumenti per facilitare la negoziazione tra proprietari e amministratori (per un'esposizione generale, si rimanda a WATTS-ZIMMERMANN, *Positive Accounting Theory*, Edgewood Cliffs (NJ), 1986).

²⁷ Sul punto si veda, fra tanti, COOTER-FREEDMAN, *The fiduciary relationship: its economic character and legal consequences*, in (66) *New York University Law Review*, 1991, p. 1049.

dell'attività oggetto del rapporto di *agency*, ma sarebbe direttamente il *principal* a eseguirla. Si deve, inoltre, tenere a mente che le relazioni di *agency* tendono a imporre dei costi in capo alle parti coinvolte proprio alla luce dei diversi interessi che debbono essere coinvolti, oltre che del diverso grado di propensione al rischio e al carattere “aperto” delle pattuizioni contrattuali (cioè, che le obbligazioni contrattuali non sono state strutturate dai contraenti in modo tale da prevedere tutte le possibili eventualità o, per usare l'espressione equivalente nel gergo degli economisti, tutti i possibili stati di natura)²⁸: da un lato infatti, il *principal* di regola sopporta dei “costi di monitoraggio”, legati alla predisposizione di strumenti di controllo dell'operato dell'*agent*, dall'altro l'*agent* stesso è solito offrire delle “garanzie”, vincolando delle risorse o al raggiungimento degli obiettivi concordati o, quantomeno, al non compimento di atti di opportunismo (*bonding cost*). A questi si aggiunga la cc.dd. perdita residuale (*residual loss*) che il *principal* potrebbe comunque sopportare qualora la decisione effettivamente assunta dall'*agent* non sia, per i più svariati motivi, quella che massimizza il suo benessere²⁹. Nel caso di specie, l'informazione finanziaria, a prescindere dal fatto che possa essere strutturata come monitoraggio o come “garanzia” (e, quindi, a prescindere dalla parte che ne sopporta il relativo costo), può ridurre la *residual loss* in quanto rende osservabile il grado di raggiungimento degli obiettivi che il *principal* si propone (*ergo*, il suo *welfare* in relazione all'investimento operato)³⁰: si realizza, in altre parole, un processo c.d. di *signalling*, in cui l'*agent* per l'appunto invia al *principal* dei “segnali” relativi alla sua azione che, alleviando il problema di asimmetria informativa, consente a quest'ultimo

²⁸ Nell'ambito della teoria dell'*agency* i temi sopra menzionati assumono particolare rilievo: da un lato, infatti, si assume che mentre il *principal* sia neutrale al rischio, l'*agent* sia invece avverso, e che pertanto egli sia meno propenso a intraprendere iniziative che, proprio in quanto più rischiose, potrebbero essere maggiormente remunerative per il preponente (ciò in quanto si assume che per l'*agent* non sia possibile diversificare i suoi investimenti, al contrario del *principal*). Inoltre, il fatto che le obbligazioni contrattuali non siano pienamente definite crea problema di determinazione dei comportamenti esigibili e quindi della responsabilità dei soggetti coinvolti, rendendo quindi il monitoraggio dell'*agent* più difficile e costoso per il *principal*. Su tali temi, in generale, v. DI LORENZO, *L' "agency" economica e il mandato giuridico*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco* (a cura di CENDON), Milano, 1994, pp. 349 ss.; BOSI-TRENTO, *Il governo dell'impresa*, Bologna, 2012, pp. 18-19 e, specificamente sul tema dell'incompletezza contrattuale, pp. 42-45. Un riesame critico, anche alla luce di alcune osservazioni empiriche, dei principali postuli della teoria dell'*agency*, tra cui quelli sopramenzionati, si può trovare in WRIGHT-MUKHERJI-KROLL, *A reexamination of agency theory assumptions: extensions and extrapolations*, in (30) *Journal of Socio-economics*, 2001, pp. 413 ss.

²⁹ Si parla al riguardo dei cc.dd. *agency costs*, per i quali si rimanda a JENSEN-MECKLING, *Theory of the firm*, cit., pp. 5-6. Il tema della mitigazione di questi costi viene affrontato anche in altri importanti studi, tra cui è doveroso citare: FAMA-JENSEN, *Agency problems and residual claims*, in (26) *Journal of Law and Economics*, 2, 1983, pp. 327 ss.

³⁰ WATTS, *Corporate financial statement: a product of the market and political process*, (4) *Australian Journal of Management*, 2, 1977, pp. 53 ss. Si veda anche la bibliografia citata alla nt. 6, *supra*.

di valutare più correttamente il suo operato (evitando in particolare i noti problemi di selezione avversa)³¹, valutazione che assume un peso sempre più forte quanto più, proprio allo scopo di mitigare le problematiche di *agency*, la contrattazione tra i gestori e i finanziatori dell'impresa prevede il rispetto di particolari parametri spesso ancorati all'evoluzione patrimoniale o reddituale della stessa³². Quanto detto sopra, ovviamente, non esclude che il *management* possa essere interessato, proprio allo scopo di distorcere il segnale da inviare, ad alterare la presentazione dei dati contabili allo scopo, in termini generali, di attuare o proseguire condotte dannose per i finanziatori/proprietari dell'impresa³³: la centralità di un *financial reporting* integro e affidabile ha portato quindi gli operatori del mercato, sin dai tempi più remoti³⁴, a

³¹ Il modello in parola cerca di spiegare come le parti, in un contesto caratterizzato da asimmetria informativa, possano riuscire a superare il problema della c.d. selezione avversa (per la quale si rinvia allo studio seminale di AKERLOF, *The markets for lemons: quality uncertainty and the market mechanism*, in (84) *Quarterly Journal of Economics*, 3, 1970, pp. 488 ss.), cioè dell'espulsione dal mercato dei beni/servizi di migliore qualità, proprio a causa dell'assenza d'informazioni sulla qualità degli stessi tra i potenziali acquirenti. L'inclusione dell'informazione contabile tra i meccanismi di *signalling* non dovrebbe stupire, se si pensa che le principali inefficienze connesse all'asimmetria informativa attengono proprio la selezione avversa e il noto tema (specialmente dopo la crisi finanziaria del 2008) dell'azzardo morale: cfr. PINDYCK-RUBINFELD, *Microeconomics*, Upper Saddle River (NJ), 2009, pp. 617-636. In relazione alla revisione dei conti, il punto viene rimarcato da O'CONNOR, *Strengthening auditor independence: reestablishing audits as control and premium signaling mechanisms*, in (81) *Washington Law Review*, 2006, pp. 525 ss. (in particolare, v. p. 545).

³² Da un lato, si pensi alle sempre più diffuse forme variabili di remunerazione del *management*, legate al conseguimento di particolari obiettivi, se non addirittura legate direttamente all'andamento dei corsi azionari (*stock options*, *stock grants*, etc...) per quanto riguarda gli azionisti; dall'altro all'inserimento nei contratti di finanziamento di specifiche pattuizioni (cc.dd. *financial covenant*) che prevedono, in caso di mancato rispetto di determinati parametri economico-finanziari, la decadenza dal beneficio del termine ai sensi dell'art. 1186 Cod. Civ.

³³ Per le diverse finalità che le frodi contabili possono perseguire v. TIROLE, *The Theory of Corporate Finance*, Princeton, 2006, pp. 16 ss. Sul punto, inoltre, v. COFFEE JR., *gatekeeper*, cit., pp. 78 ss., in cui l'analisi è condotta con metodo "comparativo", sottolineando le differenze tra sistemi a capitale concentrato e a capitale disperso.

³⁴ L'indagine storica più interessante sul tema è quella condotta da WATTS-ZIMMERMANN, *Agency problems, auditing and the theory of the firm: some evidence*, (26) *Journal of Law and Economics*, 1983, pp. 613 ss. Gli elementi storici presentati sono tesi a dimostrare, come del resto uno dei due A. aveva già mostrato in un altro articolo a proposito della presentazione ai finanziatori delle rappresentazioni contabili (WATTS, *Corporate financial statement*, cit.), che gli istituti in parola non sono nati per volontà della legge, ma che l'ordinamento si è limitato a recepire prassi di mercato largamente diffuse e durevoli anche nel corso di vari secoli, come viene sostenuto anche, con una lunga ricostruzione storica (e comparativa tra Stati Uniti e Inghilterra) da O'CONNOR, *Be careful of what you wish for: how accountants and Congress created the problem of auditor independence*, in (45) *Boston College Law Review*, 2004, pp. 741 ss. Tale tesi non sembra essere unanime tra gli autori: secondo alcuni, infatti, (cfr. MILLS, *Agency, Auditing and the Unregulated Environment: Some Further Historical Evidence*, (3) *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, 1990, pp. 54 ss.) gli ordinamenti, specie di *common law*, avrebbero previsto già in epoca medievale alcune tipologie di azioni (*writ of account*) volte a ottenere la resa del conto da parte di colui che abbia agito per conto dell'attore, e la relativa verifica della rappresentazione contabile. Si deve però rilevare la notevole differenza tra le ipotesi prese in considerazione da quest'ultima teoria, che non attiene il contesto di un'organizzazione (con finalità economiche o meno) in cui l'attività di revisione rientrava tra i processi mediante cui viene attuato lo scopo della stessa, ma la fase conclusiva di un rapporto tra privati, precedentemente instauratosi. A grandi linee, si potrebbe rilevare tra le due ipotesi la stessa differenza

richiedere una verifica esterna (condotta cioè da soggetti diversi dai redattori del bilancio) sull'attendibilità della situazione rappresentata. Non stupisce, infatti, che la revisione esterna dei conti e gli organi interni di controllo condividono la medesima origine, in quanto entrambi, con tutta probabilità, traggono origine dai “comitati degli azionisti”, cioè da una delle prime forme strutturate di controllo sull'*agere* degli amministratori, e in particolare proprio in tema di documentazione contabile e sull'informazione finanziaria³⁵. Tale forma di controllo, com'è stato evidenziato da gran parte della letteratura economica, rientra a pieno titolo tra le strategie di mitigazione degli *agency costs*³⁶. Tale azione mitigatoria risulta ancora maggiore, se si tiene conto del fatto che, simmetricamente a quanto accade per l'informazione contabile, anche le verifiche esterne sulla stessa possono essere viste non solo come mezzo di monitoraggio (quindi, come mezzo imposto dall'*azionista-principal* all'*amministratore-agent*), ma anche come “garanzia” dell'*agent* stesso, che decide di sottomettersi a un controllo esterno per segnalare la propria intenzione di non deviare dal perseguimento degli interessi del *principal*³⁷, anche e soprattutto per evitare che il *principal* possa reagire a tale rischio riducendo la remunerazione che egli percepisce³⁸: le due ipotesi, che perseguono (come visto) il medesimo scopo dal punto di vista funzionale, si differenziano solo in base al soggetto che ne sopporta il costo, spendendo risorse economiche per organizzare e porre in essere le attività

che intercorre tra la revisione legale dei conti come disciplinata dal D. Lgs. 39/2010 e il rendimento dei conti, mezzo d'istruzione probatoria di cui agli artt. 263 ss. Cod. Proc. Civ.

³⁵ La tesi che le due forme di controllo sarebbero sorte da un “antenato comune” è autorevolmente sostenuta da GIUDICI, *Auditors' multi-layered liability regime*, ECGI Law Working Paper 155, maggio 2010, p. 25, e anche in *regolazione finanziaria ed esternalità del contratto: i contratti rivolti a terzi*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2014, p. 56. Si potrebbe essere portati a ritenere, con somma approssimazione e non tenendo conto delle moderne evoluzioni che hanno largamente complicato il quadro, che siano stati in particolare i sistemi di *civil law* a optare per il modello “interno” di controllo (che si è esteso anche a ricomprendere il controllo sulla gestione, oltre a quello contabile), mentre quelli di *common law* si sarebbero indirizzati verso il modello “esterno” (e incentrato solo sui profili contabili).

³⁶ Cfr. JENSEN-MECKLING, *Theory of the firm*, cit., pp. 26 ss.. Oltre agli Autori già citati *supra*, si veda anche WATTS-ZIMMERMANN, *The demand and supply of accounting theories: the market for excuses*, (54) *The Accounting Review*, 2, pp. 273 ss. (v. in particolare, pp. 275-280). Come correttamente osservano LONGO-MACCHIATI, *La qualità nella revisione contabile sulle imprese quotate: aspetti economici e regolamentari*, in *Banca Impr. e Soc.*, 1999, pp. 262-263, la “domanda di qualità” nello svolgimento dell'*audit* tende a essere condizionata (anche) dalla struttura proprietaria della società, e dal tipo di conflitti di *agency* che si possono quindi rinvenire (sui quali cfr. *supra* pp. 10-11).

³⁷ Anche qui, *ex multis*, JENSEN-MECKLING, *Theory of the firm*, cit., pp. 29 ss.

³⁸ Il punto viene rimarcato soprattutto da WALLACE, *The Economic Role of the Audit in Free and Regulated Market*, Rochester, 1980, p. 10 ss., citato da ITTONEN, *A Theoretical Examination of the Role of Auditing and the Relevance of Audit Reports*, *Proceedings of the University of Vasaa – Teaching aid series*, Vasaa, 2010, p. 33.

menzionate³⁹. A fronte di questo “scenario-base”, non si può evitare di tenere conto che tale attività di controllo non avviene *gratis*, ma necessita per l'appunto che una delle due parti ingaggi un professionista esterno, in una posizione d'indipendenza (quanto meno formale)⁴⁰ rispetto ai soggetti coinvolti. Nell'ambito del modello s'inserisce, come conseguenza, un elemento di complicazione dovuto alla sovrapposizione di un ulteriore rapporto di *agency* tra il revisore e la parte che lo assume, con tutte le inevitabili conseguenze relative ai problemi di strutturazione del contratto in termini di incentivi, che abbiamo potuto osservare sopra⁴¹. In altri termini, quello stesso strumento di controllo (*auditing*, per l'appunto) sorto per controllare e disciplinare il rapporto di *agency* tra azionisti e amministratori, anche e soprattutto per ridurre i costi, finisce per porre esso stesso un ulteriore problema di *agency*. Tali problematiche possono risultare ancora maggiori qualora si ipotizzi un contesto istituzionale nel quale la nomina del revisore spetti a più soggetti, tra i vari *stakeholder* dell'impresa, realizzandosi quindi una pluralità di *principal* a fronte di un unico *agent*: il problema principale che si pone, come si può facilmente immaginare, è quello del coordinamento tra i vari “preponenti” proprio ai fini della determinazione

³⁹ Anche se si deve rilevare come gran parte della letteratura, con tutta probabilità recependo le prassi di mercato più recenti, assume che sia il *principal* ad assumere il revisore, con la conseguenza che l'attività di *auditing* viene a essere svolta più in chiave di *monitoring* che di *bonding mechanism*. Per quanto riguarda la letteratura in materia, il tema del monitoraggio all'interno dell'impresa, soprattutto come modo di contrasto allo “scansamento” di responsabilità e compiti da parte dei lavoratori, si deve in larga parte al celebre lavoro di ALCHIAN-DEMSETZ, *Production, information costs and economic organization*, (62) *American Economic Review*, 1972, pp. 777 ss., mentre sul tema del *bonding* v. WILLIAMSON, *Credible commitments: using hostages to support exchange*, (73) *American Economic Review*, 1983, pp. 519 ss.

⁴⁰ Il tema dell'indipendenza del revisore è uno dei punti più complessi della regolamentazione dell'istituto, e necessita di una trattazione specifica che vedremo *infra*, in sede di analisi della legislazione vigente: per l'istante, ci limitiamo ad assumere che il revisore non sia legato da un rapporto “organico” a una delle due parti (ad es., non sia un dipendente della società, ovvero, pur essendo un lavoratore autonomo, sia legato al proprietario dell'impresa da una sostanziale monocommittenza). La letteratura economica sottolinea, del resto, l'importanza di questa caratteristica affermando che solo un revisore in posizione d'indipendenza può valutare se la rappresentazione contabile dei mutamenti imprevisti dello *state of nature* sia coerente con quanto le parti hanno concordato (ANDERSON-FRANCIS-STOKES, *Auditing, Directorship and the demand for auditing*, (12) *Journal of Accounting and Public Policy*, 1993, p. 357). Cfr. anche ANTLE, *Auditor independence*, in (22) *Journal of Accounting Research*, 1984, pp. 1 ss.

⁴¹ Vi è infatti una differenza fondamentale tra i modelli (come quello di NG-STOECKNIUS, *Auditing*, cit., pp. 8 ss, ad esempio) in cui la revisione dei conti viene intesa come un elemento “esterno” rispetto alla relazione di *agency* “principale”, e in cui quindi si osserva l'impatto di quest'ultima sulla dinamica della qualità e quantità delle informazioni inviate (e della relativa dinamica dei costi sopportati), a un modello come quello di ANTLE, *The auditor as an economic agent*, in (20) *Journal of Accounting Research*, 2, 1980, pp. 503 ss., in cui il revisore viene presentato anch'esso come un attore economico a tutti gli effetti, in quanto soggetto *utility maximizer*. Nell'ambito di questo filone, si veda anche BAIMAN-EVANS-NOEL, *Optimal contracts with a utility maximizer auditor*, (25) *Journal of Accounting Research*, 2, 1987, pp. 217.

degli incentivi da sottoporre al comune *agent*⁴², come, ad esempio, in quegli ordinamenti in cui il compito di nominare del revisore risulta condiviso tra gli azionisti e altri organi sociali⁴³. Ultimo ma non ultimo, è doveroso rimarcare il contributo che la teoria dei giochi⁴⁴ ha dato (e continua a dare) proprio in relazione al tema dell'incentivazione dell'*agent*, specie mediante l'ausilio del modello dei cc.dd. giochi ripetuti⁴⁵, che hanno particolare rilevanza lo studio dell'*agency* debba essere condotto, in una prospettiva più realistica, assumendo una prospettiva intertemporale⁴⁶, ovvero nel caso in cui ci si ipotizzi un *agent* investito di più compiti (c.d. *multitasking agency*)⁴⁷.

2. Le teorie alternative sulla “demand for auditing”

Lo schema che abbiamo sin qui delineato è il modello predominante, nell'ambito della letteratura scientifica, per spiegare la domanda di una verifica esterna sulla

⁴² Siamo in presenza del modello c.d. di *common agency*, il cui *locus classicus* è lo studio seminale prodotto da BERNHEIM-WHINSTON, *Common agency*, (54) *Econometrica*, 4, 1986, pp. 923 ss. Tale modello, per quanto potrebbe essere di notevole ausilio nell'analisi economica del diritto societario e della regolamentazione dell'economia, non sembra sia stato molto utilizzato. Per un'applicazione al tradizionale tema del rapporto tra azionisti e *management* nel contesto della *dispersed ownership*, v. ROSE, *Common agency and the public corporation*, (63) *Vanderbilt Law Review*, 5, 2010, pp. 1355 ss. In ambito societario,

⁴³ In ambito societario, è di particolare rilevanza il problema c.d. intergenerazionale che attiene essenzialmente alle problematiche di *agency* tra azionisti di controllo da un lato e finanziatori *outsider* (azionisti di minoranza e creditori sociali). Nel caso infatti in cui il *dominus* dell'impresa sociale venga a mutare, il nuovo *incumbent* potrebbe essere indotto a modificare le condizioni del rapporto con l'*agent* (in questo caso il revisore dei conti) a proprio vantaggio e a danno degli *outsider*: tale problema, che esaspera i problemi di azione collettiva già esistenti tra i diversi finanziatori dell'impresa, costituisce uno dei motivi per cui il legislatore è indotto a introdurre una normativa imperativa in materia di controllo societari (cfr. GIUDICI, *Il dibattito sulla limitazione della responsabilità delle società di revisione: la prospettiva italiana*, in (a cura di BALZARINI-CARCANO-VENTORUZZO) *La società per azioni oggi: tradizione, attualità e prospettive*, Milano, 2006, p. 972). Sulla *ratio* della regolamentazione dei mercati come risposta ai problemi di azione collettiva cfr. *infra* par. 3.

⁴⁴ Tra i moltissimi manuali in materia, rimandiamo (in quanto meno formalizzato matematicamente, e ricco di esempi) a GIBBONS, *Game Theory for Applied Economists*, Princeton, 1992. V. anche FUDENBERG-TIROLE, *Game Theory*, Cambridge (Ma.), 1991.

⁴⁵ Con tale espressione si intende una particolare categoria di giochi in cui i partecipanti ripetono, per l'appunto, il singolo gioco per un numero limitato/illimitato di volte, in modo tale che gli stessi possono osservare il risultato delle mosse precedenti e, quindi, adeguarsi di conseguenza (ad es., “punendo” il giocatore che non abbia cooperato nei precedenti *subgames*). Tra i tanti *paper* che possono essere citati, segnaliamo quelli di RADNER, *Monitoring cooperative agreements in a repeated principal-agent relationship*, (49) *Econometrica*, 5, 1981, pp. 1127 ss., e ID. *Repeated principal-agent games with discounting*, (53) *Econometrica*, 5, pp. 1173 ss.

⁴⁶ Su tutti, v., in particolare, HOLSTROM-MILGROM, *Aggregation and linearity in provision of intertemporal incentives*, in (55) *Econometrica*, 1987, pp. 303 ss.; MALCOMSON-SPINNEWYN, *The multiperiodal principal-agent problem*, in (55) *Review of Economic Studies*, 1988, pp. 391 ss.

⁴⁷ Lo scritto seminale, in tema, è HOLSTROM-MILGROM, *Multitasking principal-agent analyses: incentive contracts, asset ownership, and job design*, in (7) *Journal of Law, Economics & Organization*, 1991, pp. 24 ss.

documentazione contabile e finanziaria. La fortuna di questo modello, largamente legata anche all'ampia diffusione delle teorie sull'*agency* nel campo dello studio delle forme imprenditoriali e societarie, ha oscurato gli altri modelli che la comunità scientifica ha cercato di elaborare: questi meritano comunque di essere citati, non solo alla luce delle numerose critiche che la teoria dell'*agency* ha ricevuto negli ultimi anni⁴⁸, ma anche alla luce del fatto che fenomeni storici contingenti hanno, in alcuni casi, riportato alla ribalta anche le teorie più desuete⁴⁹. Seguendo la loro evoluzione storica, a partire dalla più antica, possono essere citate:

2. La c.d. **teoria del poliziotto**, che fu dominante soprattutto nel periodo precedente alla Grande Depressione: secondo tale impostazione, ruolo del revisore era la verifica della correttezza formale della rappresentazione contabile dei fatti di gestione, allo scopo di rilevare eventuali errori o frodi contabili. Questa ricostruzione perse rilievo durante gli anni Trenta, quando l'ampliamento della platea degli investitori professionali portò a nuova visione delle verifiche revisionali, maggiormente concentrate sull'affidabilità dell'informazione finanziaria piuttosto che sulla prevenzione/scoperta di frodi⁵⁰:
3. La **dottrina della "fiducia ispirata"** (*Theory of inspired confidence*), elaborata in Olanda nel corso degli anni Trenta⁵¹, secondo la quale l'attività di

⁴⁸ Per le quali, sinteticamente, rinviamo a DUTS, *The Added Value of Auditing in a Non-Regulated Environment*, Amsterdam, 2012, pp. 32, ove si pone particolare attenzione alle conseguenze che questo mutato atteggiamento può avere nella ricostruzione teorica della "domanda di revisione".

⁴⁹ Tra tanti, HAYES *et al.*, *Principles of Auditing: An Introduction to International Standards on Auditing*, Harlow, 2005, p. 45 sottolinea, ad es., come gli scandali contabili di inizio secolo abbiano riportato l'attenzione degli operatori e degli studiosi sulla (supposta) funzione di *fraud detection* da parte dei revisori (che, come vedremo in seguito, avrà un suo peso nell'ambito delle teorie sulla responsabilità dei revisori, specie verso il mercato), tipica della c.d. *policeman theory* che vedremo *infra*.

⁵⁰ PORTER, *The audit expectation-performance gap and the role of external auditors in society*, Ph.D. Dissertation in Accountancy, Massey University (Nuova Zelanda), 1990, p. 46. Secondo alcuni Autori, il vigente dovere di "controllare la corretta rilevazione dei fatti di gestione" di cui all'art. 14 c. 1 lett. b) D. Lgs. 39/2010 (in precedenza contenuto nell'art. 155 T.u.f.) sarebbe un residuo storico del dovere di controllare gli occultamenti, nelle pieghe della contabilità sociale, delle irregolarità gestionali: cfr. LOLLI, *sub art. 164 T.u.f.*, in (a cura di MAFFEI ALBERTI) *Commentario sulla disciplina delle società con azioni quotate*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2001, p. 418.

⁵¹ Conosciuta anche con il nome di "Teoria delle aspettative razionali" (*theory of rational expectations*) è legata soprattutto al nome del Prof. Theodor Limperg dell'Università di Amsterdam, che enunciò i cardini di questa teoria in un articolo presentato per il congresso internazionale degli esperti contabili, tenutosi nella capitale dei Paesi Bassi nel 1926. I contenuti fondamentali della teoria possono oggi essere rinevuti, tra le varie fonti, in un breve volume curato dall'Istituto Limperg (*The social responsibility of the auditor*, Amsterdam, 1985). Si veda anche CARMICHAEL, *The PCAOB and the social responsibility of the independent auditor*, (18) *Accounting Horizons*, 2004, pp. 127 ss.

revisione trovava una sua giustificazione, sul piano funzionale, alla luce del bisogno, da parte non solo degli azionisti, ma di tutti i soggetti (investitori in senso lato, lavoratori, Autorità...) che entrano in relazione con l'impresa che i dati contabili che ne rappresentano l'andamento siano il più possibile corretti e rispondenti al vero. Nel pensiero degli Autori, emerge pertanto il ruolo di “agente fiduciario” del revisore, chiamato a svolgere la sua funzione bilanciando le proprie competenze tecniche (oltre che i limiti giuridici e fattuali legati al mandato esercitato) con le ragionevoli aspettative dei possibili utilizzatori dei documenti revisionati;

4. La **teoria della “concessione di credibilità”** (*lending credibility theory*), particolarmente in voga nel corso degli anni Sessanta, secondo la quale scopo della revisione è, per l'appunto, quella di garantire, alla luce della competenza e dell'indipendenza dell'esperto contabile, la credibilità delle informazioni diffuse dal *management*⁵², consentendo quindi agli investitori di poter operare scelte d'investimento ragionevoli, contribuendo quindi alla creazione e al mantenimento di un clima di fiducia sui mercati dei capitali, che contribuisce a un'efficiente allocazione delle risorse;
5. La teoria del **revisore come moderatore delle istanze**⁵³, secondo la quale le verifiche del revisore, e il relativo giudizio sulla contabilità aziendale, consentono di prevenire eventuali contestazioni in merito alla suddivisione dei proventi dell'impresa, tra i vari gruppi di soggetti che, a vario titolo, contribuiscono al suo funzionamento.

Oltre alle teorie sopra elencate, meritano di essere ricordate anche ulteriori ricostruzioni elaborate da commentatori più recenti⁵⁴:

⁵² L'idea è stata sostenuta da molti Autori, tra questi si possono ricordare: BEVIS, *The CPA's attest function in the modern society*, (113) *Journal of Accountancy*, 1962, pp. 28 ss., e LEE, *The nature of auditing and its objectives*, (81) *Accountancy*, 1970, pp. 292 ss.

⁵³ *Moderation of competing claimants*, nella versione anglosassone. Tale ipotesi viene generalmente collegata al pensiero di LITTLETON, *Essays on Accounting*, Urbana (Ill.), 1961, che per l'appunto sottolineava il ruolo, nell'economia del bilancio globalmente inteso, del conto economico come mezzo di distribuzione del risultato dell'attività imprenditoriale tra i vari soggetti aventi diritto a reclamare, a vario titolo, una parte di quest'ultimo.

⁵⁴ In particolare, v. WALLACE, *The economic role*, cit. Tali ipotesi sono state riprese dalla stessa A. in un due ulteriori articoli, pubblicati allo scopo di riesaminare criticamente, anche alla luce di ulteriori studi empirici, tali teorie: WALLACE, *The economic role of the audit in free and regulated markets: a review*, in (1) *Research in Accounting Regulation*, 1987, pp. 7 ss.; e *The economic role of the audit in free and regulated markets: a look back and a look forward*, in (17) *Research in Accounting Regulation*, 2004, pp. 267.

- La **teoria dell'informazione** (*information hypothesis*) secondo la quale la revisione dei conti avrebbe come scopo quello di rendere più attendibile il flusso delle informazioni finanziarie riguardanti l'impresa, con la conseguenza di migliorare il processo decisionale riguardo alle scelte d'investimento da parte degli investitori complessivamente intesi (non solo, quindi, gli apportatori di capitale di rischio), con conseguente beneficio anche per l'impresa sotto due profili: innanzitutto, una riduzione dei costi connessi al reperimento dei mezzi finanziari legati a una minore percezione di rischiosità da parte degli investitori e, in secondo luogo, un complessivo miglioramento degli *input* informativi necessari per il *decision making* da parte del *management*, simmetricamente a quanto visto per il pubblico degli investitori.
- La **teoria dell'assicurazione** (*insurance hypothesis*) secondo la quale il giudizio sull'informazione finanziaria, e la conseguente assunzione di responsabilità da parte del revisore nei confronti dei fruitori dei *financial statement*, consente di aumentare le probabilità, per gli investitori, di recuperare le perdite che potrebbero subire in caso di omissioni o falsificazioni relative ai bilanci; peraltro incentivando anche lo stesso revisore ad adempiere il suo incarico al meglio, per evitare danni sia al proprio patrimonio "materiale" che a quello reputazionale⁵⁵. Peraltro, secondo i sostenitori di questa ricostruzione, l'aspetto reputazionale consente un allineamento d'interessi tra revisore e *manager* della revisionata, che si assumono anch'essi estremamente interessati alla tutela del loro capitale reputazionale: ciò renderebbe quest'opzione preferibile rispetto alla conclusione di un vero e proprio contratto di assicurazione, anche tenuto conto del fatto che il revisore dispone di una competenza tecnica e di un'esperienza che gli consentono di valutare i rischi posti dall'attività in parola, maggiore rispetto a quella di un ipotetico assicuratore.

Si può agevolmente constatare come le teorie alternative che sono state sin qui sinteticamente riportate pongano in particolare l'accento sulla dimensione "extra-

⁵⁵ Un'analisi empirica a suffragio di tale ipotesi è stata condotta da MENON-WILLIAMS, *The insurance hypothesis and market prices*, in (69) *The Accounting Review*, 1994, pp. 327 ss., a partire dall'andamento dei corsi azionari delle società revisionate da una società di revisione poi fallita.

societaria” del ruolo della revisione, sottolineando come utilizzatori dell'informazione finanziaria siano non solo i proprietari dell'impresa, ma in generale tutti i soggetti che sono in qualche modo coinvolti dall'operatività dell'impresa, e che quindi anche questi ultimi finiscono per avere bisogno della medesima azione di monitoraggio che il revisore svolge a favore dei *principal* propriamente intesi⁵⁶, con la conseguenza quindi che questi ultimi, spesso, riporranno (come testimoniato dall'ampia letteratura empirica sul tema) aspettative eccessive in merito alle capacità o i doveri a cui sarebbero tenuti i revisori, dando origine al fenomeno comunemente noto *expectation gap*⁵⁷ - tema che, peraltro, finisce per chiamare in causa direttamente gli stessi processi di legittimazione sociale del ruolo del revisore dei conti⁵⁸, peraltro già posti in discussione (sotto un profilo più strettamente tecnico) da alcuni Autori, che sottolineano come le odierne tecniche di *auditing* siano (tendenzialmente) inadeguate rispetto a una realtà economica sempre più basata sulla ricchezza immateriale, specie nel settore finanziario⁵⁹ - .

Ciò che ci preme sottolineare in particolare è che l'elemento comune di gran parte delle cc.dd. teorie alternative è costituito dall'attribuzione di un ruolo di rilevanza pubblica in capo al revisore, che finisce per trascendere, quindi, la dimensione meramente privatistica in cui l'*agency theory* colloca quest'ultimo⁶⁰;

⁵⁶ Non stupisce, infatti, che una parte della dottrina abbia voluto ricostruire la revisione dei conti come uno strumento di controllo sociale, volto all'*accountability* da parte di coloro (grandi società quotate, istituzioni finanziarie...) che ricevono istituzionalmente grandi quantità di risorse economiche dal pubblico indistinto: tra i primi sostenitori di questa teoria possono essere citati FLINT, *Philosophy and Principles of Auditing: An Introduction*, Basingstoke, 1988 (ma si veda anche GILLING, *The role of the auditor in the modern society*, Ph.D. Dissertation, University of Newcastle (Australia)). Particolarmente vicina a questa ricostruzione pare PORTER, *The audit expectation-performance gap and the role of external auditors*, cit., pp. 68 ss.

⁵⁷ La letteratura sul tema è ampissima. Lo studio seminale sul tema è LIGGIO, *The expectation gap: the accountant's waterloo*, in (3) *Journal of Contemporary Business*, 1, 1974, pp. 27 ss.. Tra i numerosi studi segnaliamo PORTER, *An empirical analysis of the audit expectation-performance gap*, in (24) *Accounting and Business Research*, 4, 1993, pp. 49 ss.

⁵⁸ Su tutti si veda la monografia di POWER, *The audit society: rituals of verification*, OxfordNew York, 1999; nonché ID., *Auditing and the production of legitimacy*, in (28) *Accounting, Organizations and Society*, 2003, pp. 379 ss.

⁵⁹ Come dimostrato, in particolare, dall'esperienza del *financial turmoil* del 2008-2009: cfr. SIKKA, *Financial crisis and the silence of auditors*, in (34) *Accounting, Organizations and Society*, 2009, pp. 86 ss.

⁶⁰ Le due ipotesi non sono del resto incompatibili, poiché la teoria dell'*agency* spiega il ruolo del controllo contabile rispetto ai soggetti che si sono inseriti nella nota “rete di contratti” (*nexus of contracts*) che costituirebbe l'impresa (cfr. JENSEN-MECKLING, *Theory of the firm*, cit., p. 313), mentre le altre sono legate alla posizione dei soggetti che rimangono esterni all'impresa, e che acquisiscono informazioni sulla stessa per le proprie decisioni d'investimento (WALLACE, *The economic role*, cit., menzionato da ITTONEN, *A theoretical examination*, cit., p. 7, sostiene, infatti, che la *monitoring hypothesis* presuppone una negoziazione tra il controllore e il beneficiario del controllo, cosa invece non necessaria nel caso della c.d. *information hypothesis*). Non sussiste, pertanto, un conflitto tra le varie teorie, che anzi potranno benissimo essere viste come complementari tra di loro.

elemento che, del resto, contribuisce quantomeno a spiegare per quale motivo la verifica dei bilanci da parte di esperti indipendenti non sia più lasciata (almeno nelle economie più sviluppate) all'autoregolamentazione ma sia al contrario oggetto di un profondo intervento regolatore⁶¹. Si rende, a questo punto, doveroso richiamare una figura largamente impiegata dalla letteratura di *law and economics* d'Oltreoceano, che ha avuto grande peso soprattutto in relazione all'analisi del ruolo pubblicistico dell'*auditor*: la figura degli intermediari reputazionali (cc.dd. *gatekeeper*).

3. La funzione pubblica della revisione dei conti: lo schema del “gatekeeping” e le sue principali criticità

Abbiamo avuto modo di delineare a grandi linee, nell'Introduzione, la figura del *gatekeeper* e come la revisione dei conti si inserisca nell'ambito di questa categoria generale. Come abbiamo, infatti, anticipato sopra, la funzione svolta da questi soggetti è di impedire, mediante un'opera di controllo preventivo, l'accesso a una particolare istituzione a soggetti che non rispettino i requisiti richiesti a tale scopo⁶². Nello specifico, uno dei principali studi condotti sulla figura in esame nell'ambito del diritto dei mercati finanziari⁶³, ha distinto tra *gatekeeper* cc.dd. *bouncer* (“buttafuori”) e *chaperone* (“accompagnatori”), a seconda che gli stessi, da un lato, impediscano l'accesso a un particolare mercato ai (quantomeno, potenziali)

⁶¹ Abbiamo avuto modo di vedere *supra* (cfr. nota 14) che per lungo tempo non solo la revisione dei conti, ma anche il più ampio (e strettamente collegato, come si può facilmente intuire) tema della *disclosure* contabile e finanziaria degli operatori verso il mercato sono stati ritenuti frutto dell'azione dei pubblici poteri, e solo negli ultimi decenni la tesi contraria (cioè, dell'origine “sociale” degli istituti) sembra essersi affermata (sul tema, tra tanti, v. MERINO-NEIMARK, *Disclosure regulation and public policy: a sociohistorical reappraisal*, (1) *Journal of Accounting and Public Policy*, pp. 33 ss.). Qualora si aderisca a questa seconda impostazione, è però necessario chiedersi *per quale motivo* in quasi tutti gli ordinamenti moderni si sia sentito il bisogno dell'etero-regolamentazione, pur in un contesto socio-economico ritenuto da molti Autori largamente efficiente. Sembra difficile, infatti, che pur in una situazione così ottimale in tutti questi casi si sia avvertita la necessità di un intervento normativo statale.

⁶² Non stupisce infatti che la figura in questione venga impiegata come strumento di analisi non solo in altri rami del diritto, ma anche in altri settori delle scienze sociali, anche alla luce dell'estrema genericità della stessa (come, del resto, accade a tutt'ora per la figura dell'*agency*): si è soliti affermare, infatti, che la teoria in parola sia sorta a seguito di un saggio di un noto psicologo sociale (LEWIN, *Forces Behind Food Habits and Methods of Change*, in (a cura della *National Academy of Sciences*) *The Problem of Changing Food Habits*, Washington, 1943), in cui il termine veniva impiegato riguardo al ruolo di controllo esercitato dalle casalinghe americane sull'alimentazione della famiglia. La nozione è particolarmente usata nell'ambito dello studio dei *media* (WHITE, *The “gate keeper”*: *A case study in the selection of news*, (27) *Journalism Quarterly*, 1950, pp. 383 ss.), e, per quanto attiene altre branche dell'ordinamento, è stata impiegata anche per descrivere, *inter alia*, il ruolo delle commissioni parlamentari nel processo di *law-making* (in tema v. EPSTEIN, *An informal rationale for committee gatekeeping power*, (91) *Public Choice*, 1997, pp. 271 ss.).

⁶³ KRAAKMAN, *gatekeepers: a third-party enforcement strategy*, in (2) *Journal of Law, Economics and Organization*, 1, 1986, pp. 53 ss.

contravventori; dall'altro verificano la correttezza dei comportamenti da parte di coloro che, già presenti in un dato mercato, offrono beni o servizi, tutelando così i potenziali acquirenti⁶⁴: quest'ultima “strategia” è quella, di regola, maggiormente applicata nell'ambito dei mercati finanziari, e in particolare quella che più efficacemente descrive l'azione dei revisori dei conti. Deve essere però sottolineato come anche in seno alla dottrina statunitense non vi sia un pieno accordo sulla stessa nozione di *financial gatekeeper*. Altri Autori ritengono che tale categoria andrebbe limitata ai soggetti che, pur svolgendo (sostanzialmente) le medesime funzioni, impegnano (come visto sopra) il loro principale *asset*, cioè il proprio capitale reputazionale⁶⁵ (in quanto “prestato” al soggetto controllato⁶⁶, in modo tale da consentire a quest'ultimo di risparmiare il tempo e il costo necessario per la creazione di una reputazione sufficiente a stare sul mercato⁶⁷), e che pertanto possono essere facilmente indotti a svolgere adeguatamente la loro funzione, in quanto la perdita di tale capitale sarebbe per loro un danno più grande dell'eventuale guadagno che potrebbero ricavare da un *pactum sceleris* con il violatore “primario”⁶⁸. Tale prospettiva, prescindendo da una vera e propria ipotesi corruttiva, dovrebbe pertanto spingere il *gatekeeper* ad adempiere la funzione con il massimo impegno, rendendo quindi minimo il rischio che eventuali frodi possano essere perpetrate. Negli ultimi anni non sono mancate proposte volte a introdurre nell'ordinamento (ma anche sul piano sociale) anche degli incentivi “positivi”, volti quindi a ricompensare il *gatekeeper* che abbia diligentemente eseguito l'incarico⁶⁹. Se ne ricava, come dato “unificante” delle varie impostazioni, che il *gatekeeper* deve essere necessariamente

⁶⁴ KRAAKMAN, *gatekeepers: a third-party enforcement*, cit., pp. 11 ss.

⁶⁵ Ponendo in essere quindi una strategia di *bonding* nei termini descritti *supra* (v. nota 17), come segnalato da COFFEE JR., *gatekeeper*, cit., pp. 4-5.

⁶⁶ Sul tema della reputazione, in particolare, si deve osservare come nella letteratura economica manchino dei modelli che spieghino il processo di *reputation-building* da parte del *gatekeeper*: spesso, infatti, essa viene data come fattore esogeno, quantificabile sulla base di alcune *proxies* (come ad es., la dimensione dell'impresa o del suo fatturato), mentre alcuni modelli hanno cercato di spiegare questo fenomeno endogenamente, guardando in particolare all'interazione tra revisore e *management*: v. DATAR-ALLES, *The formation and role of reputation and litigation in the auditor/manager relationship*, in (14) *Journal of Accounting, Auditing & Finance*, 1999, pp. 401 ss.

⁶⁷ PERRONE, *Informazione al mercato e tutele dell'investitore*, Milano, 2003, p. 24.

⁶⁸ Si vedano le posizioni espresse da COFFEE JR., in alcuni *paper*: *Gatekeeper Failure and Reform: the Challenge of Fashioning Relevant Reforms*, *Columbia Law School Center for Law and Economics Studies Working Paper No. 237*, settembre 2003, disponibile presso il SSRN, pp. 10 ss.; *Understanding Enron: It's about the gatekeeper, stupid*, *Columbia Law School Center for Law and Economics Studies Working Paper No. 207*, luglio 2002, pp. 7 ss.

⁶⁹ Cerca di superare la tradizionale prospettiva della regolamentazione basata sulla deterrenza (“*in terrorem effect*”) in particolare CUNNINGHAM, *Beyond liability: rewarding effective gatekeepers*, in (92) *Minnesota Law Review*, 2007, pp. 323 ss.

un professionista *esterno* alla tecnostruttura dell'ente supervisionato, nel senso che il proprio patrimonio deve essere distinto e separato da quest'ultima: solo in questo caso, difatti, è possibile ritenere che sussista una netta divaricazione, in termini di interessi e incentivi, tra questa categoria di controllori e i controllati tale da rendere possibile l'attivarsi dei meccanismi di deterrenza sopra descritti⁷⁰. A prescindere dalle diverse ipotesi ricostruttive, rimane comunque fermo che, dal lato della domanda (cioè degli investitori), il ruolo di controllo esercitato dal *gatekeeper* sulle informazioni diffuse dall'emittente viene richiesto in quanto idoneo a colmare le asimmetrie informative che intercorrono tra questi e la società⁷¹, riducendo quindi gli spazi per possibili comportamenti opportunistici da parte di quest'ultima. Questa breve descrizione della strategia impiegata dal legislatore ci impone però di esaminare la *ratio* di quest'ultima, specialmente sotto il profilo degli interessi tutelati, anche per capire per quale motivo il legislatore (o le parti in una relazione contrattuale, nel caso in cui il *gatekeeper* venga nominato in sede privatistica) possa preferire questa ad altre opzioni regolamentari⁷². A giocare un ruolo di primo piano a tal proposito è la condizione del debitore “primario”, e in particolare nel caso in cui vi sia una qualche difficoltà, da parte di quest'ultimo, a segnalare la credibilità dell'impegno ad adempiere all'obbligazione assunta; o perché *judgement-proof*⁷³, ovvero per l'impossibilità di verificare con ragionevole certezza se il danno subito dalla controparte dipende dal comportamento del debitore o da fattori esterni, o in un'ultima ipotesi qualora sorga tra le parti un problema di *agency*. In questi casi, l'assunzione da

⁷⁰ KRAAKMAN, *Corporate liability strategies and the costs of legal controls*, in (93) *Yale Law Journal*, 1984, p. 891.

⁷¹ GILSON-KRAAKMAN, *The mechanism of market efficiency*, in (70) *Virginia Law Review*, 1984, pp. 549 ss. (in particolare v. pp. 604-607). Parla di “facilitazione delle relazioni con le *constituencies* esterne all'impresa”, KRAAKMAN, *Corporate liability strategies*, cit., p. 890.

⁷² Alla questione, ad es., si applica KRAAKMAN, *gatekeepers: a third-party enforcement*, cit., pp. 58 ss., comparando il *gatekeeping* con il c.d. *whistleblowing*, intesa come il dovere, da parte di un soggetto venuto a conoscenza di un illecito, di riferirlo alle Autorità competenti. Nel caso in cui invece il *whistleblower* operi volontariamente, le Autorità possono prevedere forme d'incentivazione mediante strumenti economici o meccanismi di protezione (sul punto si veda anche CUNNINGHAM, *Beyond liability*, cit., pp. 327 ss.). Per quanto riguarda l'ordinamento finanziario italiano, si pensi ai doveri d'informazione e di collaborazione con le Autorità, in caso di scoperta d'illeciti o di altri fatti rilevanti scoperti nell'esercizio della funzione svolta, come ad es., i doveri d'informazione che i revisori dei conti hanno verso la Banca d'Italia, la CONSOB e l'IVASS ai sensi, rispettivamente, degli artt. 52 c. 2 TUB, 8 c. 4 TUF e 190 Cod. Assicurazioni. Ciò non toglie, ovviamente, che possano essere considerati *whistleblowers* anche volontari che riferiscono irregolarità alle Autorità pubbliche in assenza di obblighi in tal senso, quando sussistano incentivi positivi (di regola, pecuniari) a compiere tali azioni.

⁷³ Con tale termine s'intende, nel gergo giuseconomico, chi manchi di un capitale, patrimoniale o reputazionale, che possa essere aggredito in caso d'inadempimento, venendo quindi meno lo strumento della responsabilità civile (o del discredito sociale) come mezzo di deterrenza: in tema, v. SHAVELL, *The judgement proof problem*, (6) *International Review of Law and Economics*, 1986, pp. 45 ss.

parte del *gatekeeper* di un compito di controllo preventivo (che, secondo alcuni degli Autori che più si sono dedicati al tema, deve consistere in un dovere di monitoraggio attivo, nel senso che non può essere limitato a un mero potere di rifiutarsi di collaborare alle irregolarità⁷⁴), che vigili contro possibili spoliazioni successive al sorgere del rapporto o in generale sulla corretta esecuzione di quanto convenuto, implica, in termini fattuali, la traslazione in capo a quest'ultimo, dell'onere economico relativo alla responsabilità del debitore principale⁷⁵. Quanto si è detto sinora ci permette di comprendere come mai, specialmente negli Stati Uniti, il tema principale che si è posto è stato se l'ordinamento abbia previsto o meno regole che favoriscano l'esercizio di azioni di responsabilità (specie nella forma "aggregata" delle cc.dd. *class action*) nei confronti di questi soggetti, onde mantenere un livello ottimale di deterrenza⁷⁶. Come si può intuire, l'adozione di questa strategia regolamentare, che non pone particolare problemi quando vi sia un numero ristretto di soggetti (in un contesto quindi di costi di transazione tendenzialmente bassi⁷⁷) diventa problematica quando a essere coinvolti siano un numero di soggetto ampio e con interessi molto differenziati, come abbiamo avuto modo di vedere *in apicibus* nel caso delle realtà

⁷⁴ KRAAKMAN, *Corporate liability strategies*, cit., p. 889.

⁷⁵ Il punto viene sollevato da GIUDICI, *La responsabilità nel diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2008, pp. 318 ss; oltre che in FERRARINI-GIUDICI, *I revisori e la teoria dei "gatekeeper"*, in *Nuove prospettive della tutela del risparmio* (a cura dell'Associazione G.F. Campobasso), Milano, 2006, pp. 121 ss.

⁷⁶ E' noto del resto come tra la nostra cultura giuridica e quella americana vi sia una netta differenza sul modo d'intendere il ruolo della responsabilità civile, specie aquiliana: difatti, mentre nel nostro ordinamento la responsabilità ha una funzione ripristinatoria-recuperatoria del danno sofferto, negli Stati Uniti (forse anche per l'influsso esercitato dalla scuola della *law and economics*) tale strumento viene visto principalmente in chiave di deterrenza, sottolineandone quindi il carattere penale-repressivo. In luogo di molti, basterebbe citare Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183 in *Giur. It.*, 2008, pp. 395 (con nota di GIUSSANI, *Resistenze al riconoscimento delle condanne al pagamento di dei punitive damages: antichi dogmi e nuove realtà*) che come noto ha escluso l'ingresso in Italia di una sentenza statunitense (in sede di delibazione *ex art. 67 l. 218/95*) che applicava l'istituto dei *punitive damages* (uno degli strumenti che meglio segnano questo diverso modo di vedere la responsabilità civile) proprio alla luce del principio sopra enunciato. Nella letteratura giuridica italiana più recente, il punto di vista "americano", largamente influenzato dall'analisi economica del diritto, in base al quale sanzioni pubblicistiche e responsabilità civile possono essere parificate, sotto il profilo funzionale (in quanto poste dall'ordinamento in funzione di deterrenza) viene seguito da GIUDICI, *La responsabilità civile*, cit., pp. 35-65; per l'impostazione tradizionale, *ex multis*, cfr. BENAZZO, *Le "pene civili" nel diritto privato d'impresa*, Milano, 2005, pp. 67 ss.

⁷⁷ Si deve tenere a mente, però, che il ristretto numero di parti coinvolte non implica necessariamente una situazione "coasiana", in cui i costi di transazione sono ridotti a zero e quindi la soluzione adottata dalle parti è la più efficiente sotto il profilo economico (v. il *paper* in cui il poi Premio Nobel ha enunciato il noto Teorema: *The problem of social cost*, (3) *Journal of Law and Economics*, 1, 1960, pp. 1 ss.): in queste ipotesi (si pensi a una revisione dei conti "volontaria", in cui il revisore viene nominato in via contrattuale da una delle parti, ad es., nell'ambito di una *due diligence*) possono invece essere presenti elementi di frizione molto alti tra le parti (per una descrizione generale sui *transaction cost v. COOTER-ULEN, Law and Economics*, Upper Saddle River (NJ), 2008 (5° ed.), pp. 91-96): in tali ambiti, un *audit* esterno e indipendente può ridurre tali costi, ad es., perché consente una valutazione più approfondita e neutrale di un bene complesso come un'azienda.

imprenditoriali di maggiore dimensione. Sorgono, come noto, quei problemi di azione collettiva⁷⁸ che caratterizzano il mercato finanziario e che sono tra le ragioni principali dell'intervento regolamentare delle Autorità pubbliche: dal momento che i vari operatori del mercato non riescono a coordinarsi, il legislatore (o il *policymaker*) interviene dettando autoritativamente la norma che le parti avrebbero stipulato in assenza di costi di transazione⁷⁹, mimando quindi la soluzione Pareto-efficiente, prevista dal teorema di Coase⁸⁰. Allo stesso tempo, sebbene (come abbiamo visto sopra) anche il *management* dell'emittente benefici dell'opera del *gatekeeper* come strumento di *signalling* del suo operato, anche per quest'ultimo possono sussistere incentivi a non ricorrere a tale strumento: è ben possibile, difatti, che i costi del ricorso dal *gatekeeping* vengano percepiti come più alti dei benefici ricavabili, e che pertanto, per essendo la nomina del *gatekeeper* la scelta ottimale, esso decida non di servirsi di tale mezzo. Non si può escludere peraltro che anche nel caso del *management*, specie alla luce della notevole complessità organizzativa raggiunta da molte strutture, tale risultato possa discendere da problemi di azione collettiva.

In altri termini, e più brevemente, la legge “nomina” autonomamente dei *gatekeeper* quando il gran numero di soggetti che partecipano (o avrebbero intenzione a partecipare), a vario titolo, all'impresa sociale renderebbe molto difficile, se non impossibile, la nomina degli stessi da parte di questi soggetti, imponendo in tal modo la produzione di un bene pubblico (nel nostro caso, l'informazione sull'affidabilità e attendibilità delle informazioni contabili diffuse dall'ente societario⁸¹) che altrimenti

⁷⁸ Il tema è ben noto (lo studio seminale è costituito dalla nota monografia di OLSON, *The logic of collective action*, Cambridge (USA), 1965; ed. it.: *la logica dell'azione collettiva*, Milano, 2013) ed è stato oggetto di innumerevoli studi. Sinteticamente, la problematica attiene alla produzione dei beni cc.dd. pubblici, che come noto sono caratterizzati: (i) dalla *non escludibilità* da parte dei fruitori di ulteriori soggetti intenzionati a godere del bene, e (ii) dalla *non rivalità nel consumo*, cioè dal fatto che l'aumento marginale del consumo del bene non riduce l'utilità da parte dei precedenti beneficiari. La produzione di tali beni comporta una classica ipotesi di fallimento del mercato, poiché i benefici possono essere appresi anche da chi non partecipa ai costi necessari per la produzione (noto tema del *free riding*), creando quindi problemi d'incentivazione che sono ancora più marcati quando i partecipanti abbiano interessi economici differenziati (in tema di *corporate governance*, si veda ANATWABI, *Some skepticism about increasing shareholders' power*, (53) *UCLA Law Review*, 2006, pp. 561 ss.). Tra molti, segnaliamo alcuni articoli che possono fungere da valido riepilogo dei temi in questione: BELLANCA, *Le difficoltà dell'azione collettiva: beni privati di rete e beni pubblici specifici nel dilemma del cooperatore*, in (12) *Studi e Note di Economia*, 2, 2007, pp. 211 ss; OLSON, *Collective action*, in (a cura di DURLAUF-BLUME) *Palgrave Dictionary of Economics*, Basingstoke, 2008; MYATT, *collective action (new perspectives)*, in (a cura di DURLAUF-BLUME) *Palgrave Dictionary of Economics*, Basingstoke, 2008.

⁷⁹ GIUDICI, *La responsabilità civile*, cit., pp. 19-31.

⁸⁰ V. *supra*, nota 38.

⁸¹ Per dovere di completezza, si deve osservare che l'informazione - quale bene avente un'utilità economicamente rilevante - può assumere anche le caratteristiche di bene privato (in quanto escludibile

non verrebbe a esistenza; circostanza che può essere esacerbata qualora questi soggetti abbiano difficoltà a calcolare adeguatamente il rapporto costi-benefici dell'utilizzo del *gatekeeping*⁸². Come si può facilmente osservare, anche qualora si guardi alla revisione contabile dal punto di vista della teoria del *gatekeeping*, si possono osservare anche qui gli “stretti legami” tra il tema dell'informazione finanziaria e quello del controllo esterno sulla medesima, che avevamo avuto modo di constatare anche trattando dell'*agency theory*, a tal punto che, anche in questo ambito, si è soliti fare ricorso, come modello interpretativo mutuato dalla teoria dei giochi, ai cc.dd. giochi ripetuti⁸³. Tale connessione è data, sotto il profilo giuseconomico, dal fatto che entrambe sono forme d'informazione che assumono la natura di bene pubblico (specialmente sotto il profilo della non escludibilità dal consumo)⁸⁴, con la conseguenza quindi che, in entrambi i casi, tale ipotesi di fallimento del mercato comporterebbe una produzione, da parte dell'emittente, al di sotto del livello

nel suo godimento), qualora la sua trasmissione avvenga tra soggetti determinati e non *in incertam personam*: la disciplina di tale diverso ruolo dell'informazione - nel quadro più generale della regolamentazione delle attività finanziarie - costituisce il fulcro della normativa in tema di prestazione dei servizi di investimento (come sottolineato da SARTORI, *Informazione economica e responsabilità civile*, Padova, 2011, pp. 58-62, tale branca dell'ordinamento pone sempre più al suo centro il dovere di informare, e di informarsi, dell'investitore). In altri termini, il duplice atteggiarsi dell'informazione quale bene economico pone due diversi problemi di *policy*: la tutela della correttezza informativa verso il mercato e di quella nei riguardi dei singoli investitori.

⁸² Le considerazioni che possono portare il *policymaker* a prevedere o meno l'obbligatorietà del *gatekeeping* possono variare grandemente. Ad es., si pensi al segmento del mercato finanziario preso a riferimento (la profonda regolamentazione del prospetto testimonia come sul mercato primario vi sia, per ovvie ragioni, maggiore bisogno di *gatekeeping* che sul mercato secondario: basti pensare alla presenza di precipui “guardiani” come i sottoscrittori degli “IPO”), o allo specifico settore “merceologico”, che finisce per rendere obbligatoria per legge la presenza di *gatekeeper* che in altri ambiti producono a sufficienza il bene pubblico dell'informazione (ad es., si consideri la particolare importanza che la valutazione del merito creditizio assume nell'ambito delle operazioni di cartolarizzazione, soprattutto ai fini della possibilità di smobilizzo dei titoli cc.dd. strutturati, tanto da rendere obbligatoria il giudizio di un'agenzia di *rating* ai sensi dell'art. 2 c. 4 l. 130/99, quando l'offerta avvenga a favore di “*investitori non professionali*”, obbligo non presente invece in relazione agli altri settori del mercato obbligazionario).

⁸³ Come rimarcato da COFFEE JR., *The acquiscent gatekeeper: reputational intermediaries, auditor independence, the governance of accounting*, *Columbia Law School Center for Law and Economics Working Paper No. 191*, maggio 2001, p. 9.

⁸⁴ Su tutti si vedano COFFEE JR., *Market failure and the economic case for a mandatory disclosure system*, in (70) *Virginia Law Review*, 1984, pp. 717; EASTERBROOK-FISCHEL, *Mandatory disclosure and the protection of investors*, in (70) *Virginia Law Review*, 1984, pp. 669 ss. Come si vedrà in seguito, sia per quanto riguarda la regolamentazione dei *gatekeeper* che per quanto attiene il tema dell'obbligatorietà dell'informazione societaria periodica, i giuseconomicisti hanno espresso posizioni molto distanti tra di loro, oscillando tra chi sostiene la necessità di un intervento del legislatore (come nel caso del primo articolo citato) e chi invece ritiene che il mercato fornisca incentivi sufficienti a raggiungere un livello di attività socialmente ottimale, pertanto sconsigliando interventi normativi (secondo saggio citato). Si tratta di una “prosecuzione con altri mezzi” del dibattito storico già accennato *supra* (nt. 14, 37), e che testimonia ulteriormente quanto i due temi siano strettamente legati.

socialmente efficiente, se non vi fosse l'intervento da parte del *policymaker*⁸⁵ a imporne la produzione in tale quantità; problema acuito, dal lato della domanda, dai problemi di azione collettiva che abbiamo sopra accennato. Quanto si è finora esposto ci consente di comprendere quale sia la *ratio* economica, che nella “traduzione” in termini giuridici diviene “l'interesse generale al corretto funzionamento dei mercati finanziari” (per usare, con buona approssimazione, l'espressione di regola impiegata dalla dottrina) che giustifica l'obbligatorietà della revisione dei conti per le società che si rivolgono istituzionalmente al mercato dei capitali⁸⁶: non solo, quindi, le società quotate, ma anche (tendenzialmente) quelle di capitali, oltre agli intermediari finanziari⁸⁷: in altri termini, la teoria del *gatekeeping* ci consente di comprendere il “salto di qualità” avvenuto con il passaggio dalla revisione volontaria dei conti a quella obbligatoria, passaggio che l'*agency theory*, almeno nei termini generalmente seguiti dalla letteratura dominante, non riesce efficacemente a evidenziare. Se a ciò si aggiunge che anche le stesse Autorità pubbliche vengono a beneficiare dell'azione di *gatekeeping*, in sede di verifica della correttezza e della veridicità delle informazioni trasmesse alle stesse in conformità a norme di legge⁸⁸, si comprende ancora più pienamente la ragione del “successo” di tale modello nella recente legislazione e regolamentazione delle attività economiche in senso lato⁸⁹; al punto tale che specie a

⁸⁵ Sul punto si veda FORTUNATO, *Fallimento del mercato e revisione contabile*, in *Nuove prospettive della tutela del risparmio*, cit., pp. 85-90. Come viene rimarcato dall'A., anche osservando la dinamica della *disclosure* societaria e della revisione in base a questo modello, si assiste al medesimo confronto tra tesi che condannano e tesi che sostengono la previsione di una regolamentazione in materia che abbiamo avuto modo di constatare, specie in una prospettiva sociologica e storica, in relazione alla teoria dell'*agency*.

⁸⁶ Per una valutazione critica del ruolo della regolamentazione delle attività economiche, con particolare riguardo alle teorie che giustificano l'intervento regolatorio dello Stato, specie sotto un profilo “politico” (tutela dell'interesse pubblico ovvero protezione di gruppi d'interesse vicini ai decisori) v. POSNER, *Theories of economic regulation*, in (5) *Bell Journal of Economics and Management Science*, 1974, pp. 335 ss.

⁸⁷ Tali soggetti, difatti, sono oggi ricompresi dalla Direttiva 2006/43/CE e dal D. Lgs. 39/2010 nell'unitaria categoria degli “enti d'interesse pubblico”, per la revisione dei quali, come vedremo in seguito, sono dettati requisiti rafforzati rispetto alla generalità delle società.

⁸⁸ Si pensi ad es., alle società che operano nel settore finanziario, in cui le particolari esigenze di tutela dei mercati hanno portato (come abbiamo visto sopra, v. nota 39) il legislatore a prevedere vere e proprie forme di collegamento funzionale tra i revisori e l'Autorità di vigilanza, nella misura in cui si impone di comunicare direttamente a quest'ultima la scoperta di irregolarità particolarmente gravi, in questo parificando il controllore esterno dei conti all'organo di controllo interno. Come abbiamo visto in precedenza, stando alla nomenclatura economica dominante, al *gatekeeper* qui viene chiesto di essere un *whistleblower*, cioè un soggetto che è tenuto a riportare le violazioni di legge che egli abbia riscontrato, attuando quindi un monitoraggio *ex-post* rispetto al controllo *ex-ante* del *gatekeeper*.

⁸⁹ Ad es., l'attività di revisione dei conti assume un ruolo di particolare pregnanza in sede di adempimento degli obblighi tributari da parte delle persone giuridiche, proprio in virtù del ruolo di certificazione delle dichiarazioni dei redditi da parte dei revisori dei conti (sul tema v. FRANZONI, *Independent auditors as fiscal gatekeepers*, FEEM working paper, 1996). Non stupisce, pertanto, che l'ordinamento preveda delle sanzioni pubblicistiche che finiscono per assumere il medesimo ruolo

seguito dell'esperienza della crisi finanziaria del 2008-2009, si è arrivati a denunciare addirittura un eccessivo affidamento dell'architettura regolamentare sull'operato di alcuni intermediari reputazionali⁹⁰. L'imposizione per via legislativa di una verifica esterna obbligatoria pone però inevitabilmente un problema di allineamento degli interessi particolarmente sentito negli ultimi anni, relativo alla remunerazione del controllore. Dal momento, infatti, che la dispersione dei soggetti interessati all'azione di verifica e controllo rende praticamente impossibile che questi ultimi possano retribuire l'intermediario reputazionale, le moderne prassi di mercato prevedono che siano *gli stessi emittenti controllati* a remunerare i *gatekeeper* per la loro attività, anche alla luce del fatto che le moderne legislazioni dei mercati finanziari prevedono l'obbligatorietà di tale forma di sorveglianza come dovere, per l'emittente, di nominare il controllo (cioè, di intraprendere una relazione contrattuale finalizzata ad attuare la forma di controllo prevista dal legislatore). Ciò conduce inevitabilmente a produrre un potenziale conflitto d'interessi, ampiamente analizzato negli ultimi anni con riguardo al c.d. *issuer pays model* nel caso delle agenzie di *rating*⁹¹, tema che assume rilevanza nel caso dei revisori dei conti non solo (e non tanto) perché anche questi vengono remunerati secondo questo schema, ma anche (e, per certi versi, soprattutto) perché anche qui si è assistito alla medesima modificazione della prassi di mercato, in cui il modello *issuer pays* ha soppiantato il modello *investor pays*⁹². Il quadro dei possibili conflitti d'interesse si è peraltro ampliato, nel corso degli ultimi

svolto dalla responsabilità civile nei casi più "tradizionali": non solo assicurare un adeguato livello di deterrenza, ma anche compensare il soggetto danneggiato, nella specie lo Stato stesso (per il tema del rapporto tra funzione compensativa e deterrente nella responsabilità civile v. *supra*, nota 41). Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, che prevede una sanzione tributaria amministrativa per le negligenze del revisore che abbiano portato a una dichiarazione fiscale infedele (art. 1 c. 92 l. 244/2007), v. SASSO, *Responsabilità fiscale del revisore contabile e limite al risarcimento del danno*, in (Aa. Vv.) *Studi per Franco Di Sabato*, IV, 2, Napoli, 2009, pp. 411 ss.

⁹⁰ Come si può facilmente immaginare, il principale caso in materia che si è posto all'attenzione dei commentatori è stato quello dell'eccessivo affidamento che la moderna regolamentazione prudenziale aveva posto a favore delle valutazioni emesse dalle agenzie di *rating*, con un conseguente "effetto-spiazzamento" in danno della capacità di valutazione autonoma dei rischi che gli intermediari finivano per assumere. In particolare, tale linea di *policy* è stata fatta propria dal *Financial Stability Board* (v. il documento *Principles for reducing reliance on credit rating agencies*, ottobre 2010), che, ottenuto l'*endorsement* politico dal G20, sta ora monitorando l'attuazione di tale orientamento nelle singole giurisdizioni (per i vari *implementation report* cfr. http://www.financialstabilityboard.org/list/fsb_pa/tid_167/index.htm). Il tema era peraltro ben noto nella letteratura statunitense: cfr. PARTNOY, *The siskel and ebert of financial regulation? Two thumbs down for credit rating agencies*, in (77) *Washington University Law Review*, 1999, pp. 619 ss.

⁹¹ La letteratura scientifica sul punto è sterminata: tra tutti, vorremmo segnalare: BACCIARDI, *Lo strano caso delle agenzie di rating*, IBL *briefing paper* n. 70/2009; SMITH-WALTER, *Rating agencies: is there an agency issue?*, in (a cura di LEVICH-MAJNONI-REINHART) *Ratings, Rating Agencies and the Global Financial System*, New York, 2002, pp. 289-318.

⁹² In tema, SANTARONI, *Note sull'esperienza americana: l'indipendenza del revisore*, in *Giur. Comm.*, 1982, I, 856 ss..

decenni, a seguito della sempre più diffusa prassi di fornire servizi collaterali (normalmente, di consulenza o affini), oltre a quelli *core*, con la possibilità quindi che i ricavi (in genere molti più alti) di tali servizi possano, diventando la principale fonte di reddito dei “custodi”, assurgere a strumento per “corrompere” i controllori e ottenere quindi verifiche più lasche, a detrimento degli investitori: ma torneremo su questi temi più avanti (e in particolare su quest’ultimo, particolarmente rilevante nell’ambito della revisione legale dei conti)⁹³.

4. (segue): ulteriori problemi di “policy”: in particolare, l’articolazione ottimale della disciplina primaria del “gatekeeping”

Premesse, quindi, quali sono le ragioni che spingono gli ordinamenti moderni a imporre la presenza di *gatekeeper*, non è meno importante chiedersi come debba essere strutturato il sistema di norme chiamate a presidiare l’attività di questi soggetti, con particolare attenzione, in particolare, per l’introduzione di un regime più o meno gravoso di responsabilità civile. Come abbiamo visto sopra, secondo la visione tratteggiata gli incentivi reputazionali forniti dal mercato spingerebbero automaticamente i *gatekeeper* verso il contegno socialmente ottimale: ciò comporterebbe, sul piano della *policy*, che questi dovrebbero essere oggetto di una disciplina regolamentare minimale⁹⁴. A tale visione “classica” si è però ribattuto osservando come, specie in un mercato come quello finanziario, in cui la qualità dei beni compravenduti finisce per essere osservabile solo a distanza di molto tempo dall’acquisto, il *gatekeeper* possa essere portato a privilegiare i benefici di breve periodo derivanti da un contegno *contra legem* (dalla corruzione alla mero adempimento negligente dell’incarico) rispetto a quello di lungo periodo, e più costosi, legati al *reputation building*⁹⁵. Tale quadro potrebbe essere esacerbato

⁹³ V. *infra* Cap. 4.

⁹⁴ Tale impostazione è stata accolta anche in sede giurisprudenziale, se si pensa che anche il giudice Easterbrook, nella motivazione del caso *DiLeo v. Ernst & Young* (7th Cir., 901 F.2d 624, 1990) argomentò nel senso di ritenere estremamente improbabile che un revisore possa esercitare negligenza o complicità) lo esporrebbe a conseguenze dannose incommensurabilmente maggiori ai benefici che potrebbe ricavare. In dottrina, v. CHOI, *Market lessons for the gatekeepers*, in (92) *Northwestern University Law Review*, 1998, pp. 916 ss.; GOLDBERG, *Accountable accountants: is third parties liability necessary?*, in (17) *Journal of Legal Studies*, 1988, pp. 295 ss. In generale, sul rapporto tra la disciplina della responsabilità civile e gli altri ambiti della regolamentazione dei revisori v. EBKE, *In search of alternatives: comparative reflections on corporate governance and the independent auditor’s responsibilities*, in (79) *Northwestern University Law Review*, 1984-1985, pp. 663.

⁹⁵ Il rischio che, per il *gatekeeper*, la condotta illecita sia quella razionalmente più conveniente, alla luce di un’analisi costi-benefici come quella menzionata, viene rimarcato in particolare da PARTNOY,

peraltro anche alla luce del grado di effettività dell'*enforcement* dell'ordinamento, che, se scarso, da un lato renderebbe bassa la probabilità di scoperta delle irregolarità e dall'altro, anche in caso di emersione dei fatti illeciti farebbe intervenire la sanzione con una tempistica eccessivamente dilatata rispetto alla commissione di questi⁹⁶. Peraltro, si deve rilevare come solo in tempi recenti sembra che la letteratura giuseconomica d'Oltreoceano stia prendendo in considerazione, a fini di *policy* (soprattutto in tema di strutturazione delle regole di responsabilità civile), un'ipotesi sicuramente più aderente alla realtà quotidiana dei mercati finanziari, cioè studiare quali siano gli effetti delle interazioni tra i vari *gatekeepers* coinvolti, piuttosto che considerare i singoli attori singolarmente⁹⁷. Altro fronte particolarmente delicato, che attiene il tema già sopra accennato del rapporto tra “guardiani” e Autorità pubbliche attiene all'introduzione, in alcuni Paesi e per alcune categorie di “guardiani”, di meccanismi che attribuiscono rilevanza regolamentare ai giudizi emanati dai “guardiani”. Essi, secondo quest'impostazione, avrebbero di fatto isolato questi ultimi dalla pressione concorrenziale posta dal mercato, facendo significativamente scendere la “normale” pressione concorrenziale che ogni impresa subisce da parte del proprio mercato di riferimento, contribuendo quindi ulteriormente a ridurre il livello di deterrenza nei confronti di questa categoria di soggetti⁹⁸. Sul tema, peraltro, pare significativo notare come gli Autori non abbiano spinto la trattazione del tema sino a porre in discussione la sussistenza della principale categoria di barriera regolamentare

Barbarians at the gatekeepers? A proposal for a modified strict liability regime, in (79) *Washington University Law Quarterly*, 2001, pp. 499 ss. Il punto viene rimarcato anche da GILSON-KRAAKMAN, *The mechanism of market efficiency*, cit., p. 620.

⁹⁶ Il tema, come si può intuire, non assume rilevanza solo a proposito dei *gatekeeper*, ma è una problematica trasversale a numerose branche dell'ordinamento. La questione ha particolare rilievo in un contesto come quello italiano, in cui spesso, a fronte di regole giuridiche di particolare severità, si oppone una profonda “porosità” dei meccanismi di attuazione effettiva delle stesse (basti pensare allo stato dell'amministrazione della giustizia). Tra gli studiosi del diritto dei mercati finanziari, si deve in particolare ai Proff. Guido FERRARINI e Paolo GIUDICI (cfr. in particolare, *Financial scandals and the role of private enforcement: the Parmalat case*, in (a cura di ARMOUR-MCCAHERY) *After Enron: improving corporate governance and modernising securities regulation in Europe and the US*, Oxford-Portland, 2006, pp. 159 ss.; per una versione italiana, modificata, dello stesso scritto: *Scandali finanziari e ruolo dell'azione privata: il caso Parmalat*, si trova in (a cura di GALGANO-VISINTINI) *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* a cura di GALGANO, Padova, 2006) l'aver mostrato l'importanza dell'applicazione concreta delle norme dell'ordinamento finanziario, ai fini della comprensione complessiva delle dinamiche di detto sistema.

⁹⁷ Per quanto ovviamente tale tema non fosse totalmente sconosciuto nella dottrina precedente, il primo studio organico sulla questione del c.d. *multiple gatekeeping* è stato condotto da TUCH, *Multiple gatekeepers*, in (96) *Virginia Law Review*, 2010, 1583.

⁹⁸ Si tratta in altri termini del tema, già segnalato, dell'eccessiva *regulatory reliance* già visto *supra* (v. nota 53), visto però questa volta non dal punto di vista dell'impatto sull'efficacia della regolamentazione finanziaria, ma da quello degli effetti sul livello di concorrenzialità del *market for gatekeeping*. Pertanto, è utile rinviare alla dottrina sopra menzionata.

all'accesso del mercato di riferimento, cioè la previsione legislativa della riserva di attività solamente a soggetti a ciò autorizzati; specie se si considera che in relazione ai soggetti tradizionalmente etichettati come *gatekeepers*, manca una *policy* univoca da parte dei moderni ordinamenti finanziari⁹⁹. A prescindere dalle cause che possono essere rinvenute, rimane fermo comunque che l'estremo grado di concentrazione riscontrabile in molti *markets for gatekeeping* (e l'esempio classico tra tutti è dato proprio dai revisori) è stato individuato da molti commentatori come uno dei motivi alla base della scarsa efficacia dei controlli da questi esercitati, per le ragioni sopra evidenziate (il venir meno dell'effetto deterrenza creato dalla pressione concorrenziale)¹⁰⁰. Per quanto, in linea di massima, il tema colga sicuramente un aspetto problematico dell'attuale assetto del mercato di cui si tratta, cionondimeno si deve osservare come la presenza di pochi, grandi *player* in questi mercati sia una conseguenza abbastanza naturale delle specificità del bene che viene offerto. Se si pone attenzione, difatti, alla circostanza che i *gatekeeper* offrono, come visto sopra, la loro reputazione come bene, e che tale bene per natura può essere accumulato più facilmente da parte di quegli "intermediari reputazionali" che dimostrano, per l'appunto, una migliore *performance* in termini di risultati ottenuti; si evince facilmente come la costruzione di una "massa critica" di capitale reputazionale tale da poter essere "spesa" sul mercato sia estremamente lunga e difficile, con la conseguenza di favorire gli *incumbents*. In altri termini, è il mercato stesso, alla luce del bene scambiato, a essere dotato di forti barriere *de facto* all'ingresso. Pertanto, il tema non andrebbe declinato nel senso di ricercare una difficile, se non impossibile, apertura concorrenziale di un mercato che non sembra essere strutturato in modo tale

⁹⁹ Difatti, mentre i revisori dei conti, gli avvocati e le banche d'investimento sono previste riserve di attività (specie per queste ultime due categorie, anche per ragioni ulteriori e diverse dalla funzione di *gatekeeping*), le agenzie di *rating* sono oggi trattate diversamente negli Stati Uniti e nell'Unione Europea: mentre negli USA il riconoscimento come *Nationally Recognized Statistical Rating Organizations* da parte della SEC ai sensi delle *section 4 e ss.* del *Credit Rating Agency Reform Act* del 2006 rileva solo ai fini della rilevanza regolamentare dei *rating* emessi; nell'ordinamento comunitario il Regolamento 1060/2009 ha introdotto una procedura di "registrazione" delle agenzie (art. 14 ss.) che costituisce sostanzialmente un'autorizzazione all'esercizio nello spazio giuridico dell'UE.

¹⁰⁰ Insieme con le agenzie di *rating*, il mercato della revisione legale dei conti è quello, tra i vari "guardiani", in cui i commentatori e le Autorità pubbliche hanno constatato il maggior grado di *market power*: per la letteratura scientifica, v. COFFEE JR., *Gatekeepers*, cit., pp. 318-322; COX, *The oligopolistic gatekeeper: the U.S. accounting profession*, in (a cura di ARMOUR-MCCAHERY) *After Enron*, cit., pp. 269 ss.; si vedano anche Commissione europea, *lessons from the crisis*, cit., pp. 17-19; Oxera LLP, *Competition and choice in the UK audit market*, Londra, 2006. Su toni più sfumati, in quanto rilevava anche un miglioramento della qualità complessiva dell'*auditing*, nonostante la forte struttura oligopolistica del mercato U.S. *Government Accountability Office, Continued Concentration in Audit Market for Large Public Companies Does Not Call for Immediate Action*, 2008.

da consentirla, quanto piuttosto di appurare quale *soglia di tollerabilità* possa essere tollerata dal *polycymaker* (cioè, entro quali limiti si possa accettare come “fisiologica” la struttura oligopolistica del mercato di riferimento).

Ciononostante, si deve constatare come i legislatori rimangono comunque fortemente interessati alla promozione di un assetto maggiormente concorrenziale dei mercati in parola. A tale logica risponde¹⁰¹, in particolare, una delle principali novità apportate alla Direttiva 2006/43 dalla riforma del 2014, e cioè l’introduzione del c.d. passaporto europeo. Ai sensi dell’art. 3*bis* (introdotto dalla Direttiva 2014/56/UE), infatti, una società di revisione abilitata in uno Stato Membro è legittimata a svolgere l’attività di revisione contabile anche negli altri Stati dell’Unione: a tal riguardo, si richiede che il responsabile della revisione¹⁰² si adegui nello Stato Membro ospitante ai requisiti previsti per l’abilitazione dei revisori persone fisiche (requisiti di onorabilità *ex art.* 4 Dir. e superamento delle prove di idoneità professionale). Sebbene sia lecito dubitare sull’efficacia di detta misura in termini di maggiore apertura del mercato, la previsione sembra comunque opportuna in una logica di miglioramento dell’integrazione dei mercati dei servizi a livello comunitario, con tutti i riflessi del caso anche in relazione alla realizzazione del “mercato unico dei capitali” auspicato dalla Commissione europea nel febbraio 2015¹⁰³.

5. Il rapporto tra revisori e investitori: “quasi-agency”?

Al termine di questo breve *excursus*, si rende necessario “tirare le somme” in merito alle varie teorie che sono state via via presentate dagli economisti e (cosa di particolare importanza in una trattazione giuridica) capire se e quanto queste possano essere utili non solo per l’interprete (assumendo quindi l’invarianza del quadro giuridico e regolamentare vigente), ma anche per il legislatore, qualora si ritenga necessario correggere il presente assetto normativo. Lasciando al capitolo finale considerazioni più ampie, in questa sede assume particolare rilievo comprendere se dalle analisi di *law and economics* si possa evincere un qualche elemento caratterizzante della relazione tra i revisori e le diverse categorie d’investitori, utile anche (e, forse, soprattutto) ai fini del processo di *policy design*. Il dato che emerge con forza da tutte queste ipotesi ricostruttive è, indubbiamente, il grande rilievo che

¹⁰¹ Il dato emerge plasticamente dalla lettura della *policy stance* che ha preceduto la riforma del 2014, e cioè il Libro Verde, *Consultation on audit policy: lessons from the crisis*, cit., pp. 19-20.

¹⁰² Su tale figura, cfr. *infra* Cap. 2.

¹⁰³ Libro Verde *Building a Capital Markets Union*, Com(2015) 63, febbraio 2015.

finisce per assumere l'*affidamento* che non solo i soci della società revisionata ma *tutte* le categorie d'investitori ripongono nell'opera di verifica e di valutazione dei revisori. Tale fiducia, in altri termini, non attiene solo a una dinamica endosocietaria, come si è visto trattando del ruolo degli *auditor* nell'ambito delle teorie sull'*agency*, ma anche esosocietaria, se s'intende fare rinvio alla teoria del *gatekeeping*, in quanto in entrambe le ipotesi il ruolo del revisore è quello, come dicevamo, di temperare (se non di eliminare del tutto) i tipici problemi posti da un rapporto di *agency*, come quello che intercorre tra gli investitori e l'emittente: l'asimmetria informativa tra il soggetto "delegante" e "delegato", sia in termini di competenze tecniche che di osservabilità del comportamento dell'*agent*, con i conseguenti rischi - già evidenziati - in termini di opportunismo da parte di quest'ultimo, nelle ben note forme del rischio morale (*moral hazard*) e della selezione avversa (*adverse selection*)¹⁰⁴. Ciò comporta che (come detto sopra) anche nella relazione tra l'investitore e il revisore, a prescindere dalla modalità con cui questa venga instaurata, si ripropongono, sostanzialmente, gli stessi problemi che abbiamo sopra accennato. Tra il revisore e gli investitori, difatti, sussistono vari livelli di asimmetria informativa: egli, infatti, non solo non possiede una conoscenza specifica della situazione del singolo emittente, ma neanche (specie qualora si prendano in considerazione investitori *retail*) le conoscenze tecniche necessarie per una comprensione approfondita e consapevole delle informazioni contabili. Inoltre, anche in questo caso, l'osservabilità degli sforzi posti in essere dal revisore nell'esecuzione dell'incarico risulta essere molto difficile. Tanto premesso, è ben possibile quindi anche il revisore possa approfittarsi degli investitori, nei termini che abbiamo sopra delineato. Il caso dei revisori contabili, che a prima vista quindi sembrerebbe in tutto e per tutto assimilabile a un tradizionale caso di *agency* sconta rispetto a quest'ultimo un grave inconveniente: l'assenza di un rapporto contrattuale diretto tra revisore e investitori, con l'impossibilità quindi di poter utilizzare tutti quegli strumenti d'incentivazione che sarebbero altrimenti a disposizione del *principal*¹⁰⁵, problema che viene esacerbato dal fatto che il rapporto

¹⁰⁴ Tali noti problemi sorgono a seguito del già citato tema dell'impossibilità, da parte del *principal*, di un monitoraggio perfetto delle azioni dell'*agent*: in particolare, il rischio morale dipende dal c.d. *hidden action problem*, cioè dall'impossibilità di osservare il livello d'impegno dell'*agent*, mentre la selezione avversa dall'*hidden knowledge*, in altri termini dall'asimmetria informativa che deriva dal fatto che l'*agent* sia venuto a conoscenza, nell'esecuzione dell'incarico, di informazioni non conosciute dal *principal*. Su tutti, cfr. ARROW, *The economics of agency*, in (a cura di PRATT-ZECKHAUSER) *Principals and Agents: The Structure of Business*, Cambridge (USA), 1985, pp. 37 ss.

¹⁰⁵ Oltre agli strumenti di monitoraggio di cui abbiamo diffusamente parlato sopra, si pensi solamente alla previsione di un corrispettivo legato al raggiungimento di un particolare risultato (che peraltro,

contrattuale intercorre proprio tra i due soggetti che dovrebbero essere controllati (cioè tra l'emittente e il revisore). Come avevamo avuto modo di vedere sopra, quindi, lo strumento di monitoraggio nato per mitigare i problemi di *agency*, finisce per porre ai *principal* un problema molto simile a quello che s'intendeva risolvere. Per quanto i problemi di *agency* non presuppongono necessariamente una relazione contrattuale diretta tra i soggetti coinvolti¹⁰⁶, l'impossibilità (almeno, alla luce della prassi di mercato vigente¹⁰⁷) di contrattare direttamente tra investitori e revisore dell'emittente sovvenzionato differenzi sensibilmente il caso che ci occupa rispetto a un "normale" *agency problem*: l'ulteriore elemento che il revisore non è chiamato a gestire una risorsa di proprietà dei *principal* non sembra avere la stessa capacità differenziale, in quanto anche la mera "delega di compiti" (quindi, anche di mera verifica) dovrebbe ricadere sotto il paradigma dell'*agency*¹⁰⁸. Semplificando la problematica, siamo di fronte a un caso in cui la questione da affrontare è (tendenzialmente) la stessa dell'*agency*, ma lo strumento per la sua soluzione (cioè, il "veicolo" per la strutturazione degli incentivi) non è utilizzabile, visti i problemi di azione collettiva che abbiamo sopra delineato, specie alla luce delle notevoli differenze tra gli interessi finanziari che possono essere vantati nei confronti dell'impresa¹⁰⁹. In assenza quindi dello strumento contrattuale, dovrebbe essere quindi la legge (o comunque, le fonti normative estranee all'autonomia contrattuale) a svolgere un ruolo di supplenza, agendo come "equivalente funzionale" delle pattuizioni negoziali, e di conseguenza dettando (come avevamo visto sopra) le prescrizioni che più possano avvicinarsi alla regolazione pattizia ottimale: si può facilmente intuire quindi come questa circostanza finisca per complicare il quadro

sarebbe comunque difficile da concepire in relazione all'attività del revisore, che non è chiamato a svolgere un'attività gestoria, ma un ruolo di controllo sui gestori).

¹⁰⁶ SARTORI, *Il modello economico dell'agency*, cit., p. 625-626 e p. 661 rimarca come l'ambito "applicativo" dell'*agency theory* sia più ampio del contratto come istituto, per quanto l'interdipendenza tra le funzioni d'utilità che questo realizza renda particolarmente proficuo l'impiego di questo modello nello studio giuseconomico delle relazioni contrattuali.

¹⁰⁷ Per adesso, infatti, non prendiamo in considerazione il quadro regolamentare, ma assumiamo che la prassi di mercato, in assenza di una disciplina giuridica, prevedrebbe comunque che siano gli emittenti e non gli investitori a porre in essere una relazione contrattuale con i revisori, alla luce dei problemi di azione collettiva e di fallimento del mercato che abbiamo visto sopra.

¹⁰⁸ Sembrano attestati su tale posizioni i già citati JENSEN-MECKLING, *Theory of the firm*, cit., p. 312; ROSS, *The economic theory*, cit., p. 173.

¹⁰⁹ Come si può intuire, tali problemi non si pongono nei casi di revisione c.d. volontaria, cioè il revisore venga incaricato da un investitore (o comunque da un numero limitato d'investitori) di controllare i conti di una società, per via contrattuale. In tale caso, infatti, il paradigma dell'*agency* potrebbe essere senz'altro applicato, in quanto non solo non vi sono problemi di azione collettiva, ma la stessa relazione contrattuale intercorre direttamente tra il soggetto interessato all'opera di controllo contabile e il controllore medesimo.

rispetto all'ipotesi "classica", dal momento che l'assetto regolamentare finale potrebbe essere socialmente subottimale a causa dell'effetto della pressione dei cc. dd. gruppi d'interesse sui decisori, i quali per l'appunto potrebbero riuscire a "ottenere" una normativa confacente ai loro interessi, non coincidente con l'interesse pubblico¹¹⁰; argomento peraltro che chiamerebbe in causa (come tema più generale) quello della *governance* delle Autorità di vigilanza¹¹¹. Il tema in parola, come del resto chiarito dagli studiosi dell'analisi economica del diritto pubblico, non riguarda solo il piano dell'azione delle Autorità amministrative competenti (indipendenti o meno), ma anche la stessa produzione legislativa, in relazione alla quale si riscontrano i medesimi fenomeni di *lobbying* da parte dei gruppi di pressione¹¹².

In termini più strettamente giuridici, il tema che si pone è quello del riconoscimento, da parte dell'ordinamento, degli interessi dei terzi che, pur non essendo parti della relazione contrattuale tra il revisore¹¹³ e l'emittente, non solo sono i destinatari *de facto* dell'attività di *auditing*, ma sono anche soggetti agli stessi rischi a cui li espone il rapporto con l'impresa emittente. La tematica giuridica che si pone, quindi, è tutt'altro che di poco momento, in quanto non vengono in rilievo solo i modi

¹¹⁰ Abbiamo avuto modo di accennare sopra brevemente *supra* (v. nota 60), come nella letteratura economica, a una tesi tradizionale che assumeva come fondamento della regolamentazione delle attività economiche la volontà da parte di un legislatore/regolatore benevolo, dotato d'informazioni complete e di possibilità di *enforcement* completo di rimediare ai cc.dd. fallimenti del mercato (*public interest theory*) si è affiancata in tempi più recenti una dottrina (*private interest theory*) che al contrario ritiene, rilassando alcuni degli assunti della teoria dell'interesse pubblico, che la *economic regulation* possa essere introdotta allo scopo di tutelare interessi specifici dell'industria regolamentata (lo studio seminale sul punto è di STIGLER, *The theory of economic regulation*, in *Bell Journal of Economics and Management Science*, 1971, pp. 13 ss.), sino al punto di ipotizzare il noto fenomeno della "cattura del regolatore" (*regulatory capture*). In particolare, per quest'ultima impostazione v. PELTZMAN, *Toward a more general theory of regulation*, in (19) *Journal of Law and Economics*, 1976, pp. 211 ss. (sul rapporto tra regolamentazione e suo utilizzo, da parte del ceto politico, per la massimizzazione del consenso) e BECKER, *A Theory of competition among pressure group for political influence*, in (98) *Quarterly Journal of Economics*, 1983, pp. 371 ss. (sul tema della concorrenza tra i gruppi d'interesse e sul suo impatto sull'assetto giuridico e regolamentare). In generale, un'approfondita analisi delle due teorie si rinviene in DEN HERTOOG, *General theories of regulation*, in (a cura di BOUDEWIJN-DE GEEST) *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham Glos, 1999, pp. 223 ss.

¹¹¹ Sul tema, v. ENRIQUES-HERTIG, *The governance of financial supervisors: improving responsiveness to market developments*, in (12) *European Business Organization Law Review*, 2011, pp. 357 ss.

¹¹² Per un quadro generale dell'azione dei gruppi di pressione nei due ambiti di riferimento, si rinvia a NAPOLITANO-ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, pp. 163-173.

¹¹³ Come si può intuire, il tema tocca non solo i controllori dei conti, ma in generale gran parte dei *gatekeeper*, dal momento che la prestazione dedotta in contratto in contratto è diretta, *de facto*, a soddisfare anche in queste altre ipotesi un bisogno informativo di soggetti giuridicamente estranei al contratto. Secondo l'analisi di GIUDICI, *regolazione finanziaria ed esternalità del contratto*, cit., p. 46 ss., questo tratto accomuna le tradizionali ipotesi di *gatekeeping* con alcune tipologie di contratti del mercato finanziario (ad es., quello di *market making*) in cui viene stipulata una vera e propria prestazione di *facere* (nel senso che non ci si impegna meramente a verificare un operato altrui, ma a svolgere una vera e propria "opera") non solo nell'interesse della controparte contrattuale, ma anche degli investitori-terzi (in senso tecnico).

attraverso i quali l'ordinamento può riconoscere questi ultimi, ma anche *se* l'ordinamento è effettivamente intenzionato a riconoscere tali interessi¹¹⁴, come la storia della giurisprudenza americana a livello statale insegna¹¹⁵. Qualora l'ordinamento giuridico intenda rispondere a questo quesito in modo affermativo, si porrà quindi la necessità di strutturare le norme giuridiche nel modo più confacente a tutelare gli interessi di detti terzi: è necessario, in altri termini, individuare quali strumenti giuridici possano rafforzare l'*accountability* del soggetto (il revisore, in questo caso) nei confronti dei beneficiari della sua opera; in un contesto che, alla luce del quadro sopra descritto, potremmo definire "fiduciario"¹¹⁶ (specie se si pone attenzione alla possibilità di abusi da parte del revisore). E' di tutta evidenza, infatti, come la possibilità di poter agire in giudizio per rivalersi dei danni causati da tali abusi, strumento di tutela tipico in una relazione fiduciaria, non possa fungere da sola come mezzo di regolazione ottimale, come invece specialmente la letteratura americana sembra suggerire¹¹⁷; specie se si considera che lo stesso diritto al risarcimento del danno può essere articolato in diversi modi dal legislatore, come del resto è dimostrato dal recente dibattito sulle ipotesi di limitazione della responsabilità

¹¹⁴ Il punto, di estrema importanza per comprendere la moderna regolamentazione dei mercati finanziari, è colto proprio da GIUDICI, *regolazione finanziaria ed esternalità del contratto*, cit., p. 46 ss.; il quale giustamente sottolinea come il pregnante intervento regolatore, limitativo dell'autonomia privata nell'ambito dei mercati dei capitali, sorge non soltanto per ridurre le asimmetrie informative (in larga parte dovute, verrebbe naturale aggiungere, alla "debolezza intrinseca" del risparmiatore come parte del contratto), ma anche per riconoscere giuridicamente e dettare una regolamentazione a tutela degli interessi dei terzi.

¹¹⁵ E' noto, infatti, come le Corti statali americane siano passate, in tempi risalenti, a negare del tutto la tutela nei confronti dei terzi, sul presupposto che in questa fattispecie titolari di posizioni giuridiche potessero essere solo le parti del contratto (in base alla c.d. *privity of contract*, regola che corrisponde al nostro art. 1372 c. 2 Cod. Civ.: v. Corte Suprema della Pennsylvania, *Landell v. Lybrand*, 264 Pa. 406), passando poi per considerare tutelabili sono terzi "qualificati" (i *primary beneficiaries* di cui alla nota sentenza della *Court of Appeals* dello Stato di New York *Ultramares v. Touche Niven & Co.*, 74 A.L.R. 1139, (1931)), sino a rendere risarcibile il danno sofferto da tutti i soggetti che il revisore poteva ragionevolmente ritenere che avrebbero fatto affidamento sulla propria attività di certificazione (il *leading case* è la sentenza *Rosenblum, Inc. v. Adler* della Corte Suprema del New Jersey (93 N.J. 324, 1983). La ricostruzione è molto approssimata, in quanto da un lato di dovrebbe tenere conto delle evoluzioni intervenute nel corso del tempo (che hanno visto spesso "ondate" restrittive o espansive, a seconda dei tempi), e dall'altro dell'ampio numero delle Corti da "censire".

¹¹⁶ Prendendo a riferimento l'esperienza giuridica di *common law*, nell'ambito della quale l'elaborazione teorica e pratica in tema di doveri e responsabilità fiduciarie ha costituito senza tema di smentita uno dei momenti di maggiore rilevanza (si pensi solamente al tema del *trust*), è di tutta evidenza come la relazione fiduciaria possa sorgere non soltanto per via contrattuale, ma anche, ad es., in "attuazione" di doveri etici (v. *Dolton v. Capital Federal Savings and Loan Association*, 642 P. 2d 21 (1982)) ovvero (caso che tocca più direttamente la questione di cui discorriamo) in funzione di tutela e di promozione di rapporti sociali ritenuti rilevanti per la *public policy*: per gli Stati Uniti, v. *Guth v. Loft Inc.* (5 A. 2d 503, *Delaware Supreme Court*, 1939; nel diritto canadese *Hodgkinson v. Simms*, 117 D.L.R. (4th) 161, *Supreme Court of Canada*, 1994.

¹¹⁷ Come si è avuto modo di vedere, infatti, la gran parte degli Autori d'Oltreoceano accordano rilievo preminente all'istituto della responsabilità civile come strumento per ottenere tale risultato.

dei revisori¹¹⁸, a tacere peraltro del possibile impiego, a fini di *policy*, dello strumento delle restituzioni per arricchimento senza giusta causa, il c.d. *disgorgement*. La tutela degli investitori, *in subiecta materia*, necessita quindi di un quadro regolamentare più ampio e più articolato, nell'ambito del quale il *policymaker* è chiamato a impiegare diverse "strategie normative"¹¹⁹, che possono essere distinte in base a vari criteri di classificazione. Per esempio, e senza pretesa d'eshaustività, qualora si prenda a riferimento la struttura della norma dettata dal regolatore, le strategie possono assumere carattere "regolatorio" qualora vadano a dettare delle disposizioni direttamente applicabili al rapporto, ovvero "di *governance*" quando conferiscono poteri particolari al *principal*, limitando quindi gli spazi d'intervento (e quindi la possibilità di atti opportunistici) dell'*agent*. La distinzione può essere operata anche con riguardo al momento in cui si colloca l'operatività della regola rispetto all'azione dell'*agent*: in questo caso, avremo delle strategie, rispettivamente, *ex-ante* o *ex-post*. Ultimo ma non ultimo, si può avere riguardo al soggetto legittimato ad attivare il rimedio previsto dall'ordinamento: si potrà avere quindi una strategia basata sull'azione dei privati ("privatistica" o di *private enforcement*) o delle Autorità pubbliche (pubblicistiche o di *public enforcement*)¹²⁰. Un'ulteriore sistematizzazione, elaborata su base essenzialmente casistica (cioè osservando le principali tipologie di riforme adottate dopo una stagione di scandali finanziari) e con particolare riguardo al tema della gestione dei conflitti d'interesse (che, come abbiamo visto sopra, è forse il principale problema di *policy* che il legislatore è chiamato ad affrontare in questo ambito), distingue tra norme "strutturali" (costituzione di nuovi enti pubblici o di nuovi intermediari reputazionali), di prevenzione (divieto *ex ante* a compiere determinate operazioni), procedurali (cioè, la previsione di apposite regole procedimentali per la gestione di alcune operazioni), e regole di responsabilità (intendendo a tal proposito non solo la responsabilità civile propriamente detta, ma

¹¹⁸ Per una sintesi critica del dibattito, che affronteremo più compiutamente *infra* (Cap. 4), v. RONDINELLI, *Per un ripensamento della responsabilità civile dei revisori*, in *Giur. Comm.*, 2010, 629 ss.

¹¹⁹ Mutuiamo l'espressione impiegata da KRAAKMAN *et al.*, *The anatomy of corporate law*, cit., (in particolare, l'espressione è impiegata nella versione italiana della prima edizione (2004) della monografia: Bologna, 2006, pp. 31-37), che definiscono le strategie come "l'impiego di strumenti di diritto sostanziale per mitigare la vulnerabilità del *principal* di fronte all'opportunismo dell'*agent*".

¹²⁰ Per questa tassonomia, v. KRAAKMAN *et al.*, *The anatomy of corporate law*, cit., pp. 37-50. Gli AA. prendono in considerazione, in relazione all'ultimo criterio di classificazione, anche il caso della *gatekeeper strategy*, che ai nostri fini (dato che proprio di *gatekeepers* stiamo trattando) può essere tralasciata.

anche le sanzioni irrogate da organi pubblici)¹²¹. Le già citate esperienze di riforma dell'inizio dello scorso decennio su entrambe le sponde dell'Atlantico, che avremo modo di approfondire *funditus* nel prosieguo della trattazione¹²², hanno mostrato difatti come i legislatori si siano concentrati soprattutto sul rafforzamento degli aspetti "istituzionali", impiegando in particolare strategie "pubblistiche" (si pensi solamente all'istituzione del *Public Company Accounting Oversight Board* negli USA) e "regolatorie" (anche qui si veda il divieto di prestazione dei servizi cc.dd. *non-audit*), mentre non sono state previste forme d'inasprimento della responsabilità civile¹²³, a fronte invece di un significativo aumento delle sanzioni pubblicistiche, sia amministrative pecuniarie che penali, non solo sotto il profilo dell'importo irrogabile ma anche dell'ampiezza delle condotte sanzionate. In altri termini, come nei rapporti contrattuali, anche in questa particolare ipotesi la realizzazione di una vera *accountability* dell'*agent* non può dipendere solo da un unico strumento normativo, ma piuttosto da una corretta ed efficace combinazione tra più strategie regolamentari, tenendo a mente che la regolamentazione giuridica dei fenomeni socioeconomici non può più, oramai, essere letta seguendo soltanto la visione tradizionale dei rapporti tra diritto ed economia, che si limitano a qualificare il diritto come una variabile esogena del processo di crescita e di sviluppo economico, sul presupposto che il diritto debba "limitarsi" alla funzione di tutela dei diritti di proprietà e di *enforcement* dei accordi contrattuali¹²⁴. Come è stato rimarcato da alcuni Autori di *law and economics*, il diritto svolge anche altre funzioni di primaria importanza, come ad es., il coordinamento di attività sociali ed economiche potenzialmente confliggenti, fornire indicazioni (il *signalling* già menzionato sopra) sulla volontà dei *decisionmakers* e rafforzare la credibilità delle istituzioni politiche chiamate a funzioni di governo sociale¹²⁵; funzioni che possono essere però percepite solo ove il diritto venga visto come elemento endogeno dello sviluppo economico e si riconosca quindi come non sia una variabile "data", ma evolva anche in relazione agli stimoli che giungono dalla

¹²¹ COFFEE JR., *Il cedimento degli intermediari reputazionali e la riforma del Sarbanes-Oxley Act*, cit., pp. 58-61.

¹²² In particolare, v. Cap. 6.

¹²³ Il punto assume particolare rilievo nell'ordinamento americano, come avremo modo di vedere in seguito. E' indicativo, peraltro, come nell'UE la riforma della revisione legale, introdotta nel 2006, abbia preso in considerazione forme di limitazione della responsabilità civile, come vedremo *infra*.

¹²⁴ Tale visione affonda le sue radici nel pensiero di Max Weber (si veda, per es., *Storia economica*, Roma, 2007) ed è la base "epistemologica" della notissima teoria della *Law and Finance* (l'articolo omonimo di LA PORTA-LOPEZ DE SINALES-SHLEIFER-VISNHY è stato pubblicato in (106) *Journal of Political Economy*, 1998, 6, pp. 1113 ss.).

¹²⁵ Cfr. MILHAUPT-PISTOR, *Law and capitalism*, Chicago, 2008, pp. 31-38.

società e dall'economia (guardando quindi al fenomeno giuridico non solo dal lato dell'offerta ma anche dal lato della domanda)¹²⁶.

Prima di una valutazione complessiva del quadro giuridico e regolamentare, è necessario però, onde procedere correttamente sotto il profilo metodologico, analizzare (seppure per “macro aree”) i singoli punti focali della disciplina, allo scopo soprattutto di comprendere se dei margini di miglioramento possano sussistere anche a livello “micro”, con inevitabili benefici anche in relazione al quadro sistemico.

¹²⁶ MILHAUPT-PISTOR, *Law and capitalism*, cit., pp. 23-24

Capitolo 2

Le “regole di comportamento”: lo svolgimento dell’attività di *auditing* e il rapporto con la società sottoposta a revisione¹²⁷

1. Introduzione: la natura giuridica del contratto di revisione

Prima di affrontare il tema della regolamentazione del rapporto intercorrente tra il revisore e l’ente soggetto al suo controllo, si deve rilevare preliminarmente come sia di particolare importanza occuparsi di una problematica che ha interessato gran parte della letteratura giuridica in tema di revisione dei conti, cioè la questione della qualificazione del contratto di revisione. Sebbene, infatti, l’ordito normativo dettato dal legislatore in tema sia particolarmente penetrante e continui a vedere tutt’ora (sebbene, in misura minore rispetto al passato) anche significativi momenti d’intervento da parte delle Autorità pubbliche, non si deve dimenticare come l’instaurazione del rapporto avvenga per via contrattuale e che, pertanto, le norme applicabili (specie quelle codicistiche) possono essere chiamate a svolgere un ruolo “di supplenza” qualora dovesse mancare la normativa settoriale applicabile¹²⁸. Quest’ultima considerazione ci consente di comprendere come trattare preliminarmente la questione della natura dell’accordo negoziale in parola (cioè della sussumibilità o meno di questa tipologia di contratti nell’ambito di categorie contrattuali già tipizzate ovvero della sua autonomia¹²⁹) non sia solo una questione di “buon ordine” sotto il profilo logico-sistematico della trattazione, ma sia anche importante sul piano prettamente positivo, in quanto volta a comprendere ancora più compiutamente il quadro normativo della revisione dei conti. Tale tema, infatti, non assume rilievo solo limitatamente al tema di cui ci occuperemo, ma ha assunto (e

¹²⁷ Il presente capitolo riporta, ai parr. 2 e 6, una rielaborazione, ampliata alla normativa posta dal D.P.R. 136/75 e con l’aggiunta di ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, di uno scritto già pubblicato dall’autore: FORMISANI, *Revoca, dimissioni e risoluzione consensuale dell’incarico di revisione legale dei conti*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2013, pp. 1331 ss.

¹²⁸ Il punto viene rimarcato da SALAFIA, *Il conferimento dell’incarico di revisione, la revoca e le dimissioni*, in *Le Società. Gli Speciali. D. Lgs. 39/2010: la revisione legale*, 2010, pp. 7-8.

¹²⁹ Le due ipotesi ricostruttive citate costituiscono, in termini generalissimi, l’alternativa che la dottrina si è posta, procedendo in modo non troppo dissimile dai numerosi casi in cui essa si è dovuta occupare di contratti sorti nella prassi commerciale e finanziari. In quest’ultima ipotesi, per ovvie ragioni, la soluzione dell’“autonomia” del tipo contrattuale comporta comunque il riconoscimento della sua natura tipica, in quanto, sebbene non regolato dal Codice, il contratto trova comunque una disciplina legale.

assume tuttora) un rilievo centrale in relazione al tema della responsabilità della società di revisione, specie nei confronti della società che ha conferito l'incarico (come avremo modo di vedere *infra*), in particolare, prima dell'introduzione di una specifica disposizione in materia (l'ult. c. dell'art. 2409*sexies* Cod. Civ., oggi abrogato e trasfuso con modificazioni nell'ult. c dell'art. 15 D. Lgs. 39/2010), con particolare riguardo all'individuazione del termine di prescrizione della relativa azioni. Nel caso, invece, del revisore persona fisica, si riconosce pacificamente che l'accordo concluso debba qualificarsi come contratto di lavoro autonomo, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2222 e 2228 Cod. Civ.¹³⁰

Le principali ipotesi in tema elaborate dai commentatori sono così riassumibili:

- tesi del **contratto d'opera intellettuale**: secondo quest'impostazione, al contratto di revisione dovrebbero applicarsi le disposizioni di cui agli artt. 2229 Cod. Civ.¹³¹. A tal riguardo, si rileva da un lato come, nonostante l'esercizio dell'attività sia condotto in forma societaria, debba assumere rilievo determinante il carattere di professione regolamentata, come si desume dall'imposizione dell'obbligo di essere iscritti in un albo previo superamento di un esame volto ad accertare l'idoneità tecnico-professionale. A tale considerazione si aggiungeva, prima della riforma del 2010, che il rinvio all'art. 2407 Cod. Civ. riformato nel 2003 rendeva esplicita la volontà del legislatore di ancorare il metro di valutazione della diligenza nell'espletamento dell'incarico al parametro fissato dall'art. 1176 c. 2 Cod. Civ.¹³². Nel caso in cui si fosse acceduto a tale ipotesi, la prescrizione dell'azione di responsabilità sarebbe stata regolata dalla disposizione generale di cui all'art. 2946 Cod. Civ.;
- teoria dell'**appalto di servizi**: tale ricostruzione godeva di notevole credito sotto l'impero del D.P.R. 136/1975, quando la revisione obbligatoria delle società

¹³⁰ ADDANTE, *Responsabilità nell'esercizio della revisione contabile*, in *Danno e Responsabilità*, 2003, p. 354; ROSSI, *Spunti sulla nuova disciplina della revisione contabile*, Soc., 1999, p. 1035.

¹³¹ Tale tesi ha avuto un riscontro, a livello di giurisprudenza di merito, in tempi relativamente recenti: v. Trib. Udine, 17.3.2011, disponibile presso www.ilcaso.it (<http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/6165.pdf>).

¹³² Per tale ordine d'idee cfr. BUSSOLETTI, *La società di revisione*, Milano, 1985, pp. 305 ss.; BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, Torino, 2005, pp. 190 ss.; BALZARINI, *sub art. 159*, in (a cura di MARCHETTI-BIANCHI) *La disciplina delle società quotate nel Testo Unico della finanza (D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58). Commentario*, Milano, 1999, 1870; SALAFIA, *Alcune questioni in tema di revisione contabile istituita volontariamente*, in Soc., 1998, p. 1184. Tale posizione è stata sostenuta non solo dalla stessa Autorità di Vigilanza sui mercati (cfr. CONSOB, *Relazione per l'anno 1990*, in Riv. Soc., 1992, 354), ma anche dalla giurisprudenza: App. Milano, 7 luglio 1998, in *Le Società*, 1198, pp. 1171 ss.

quotate poteva essere esercitata soltanto da revisori costituiti in forma di società¹³³. Da tale circostanza si faceva discendere che il contratto non potesse essere inquadrato nella categoria della prestazione del professionista, caratterizzante il tipo contrattuale summenzionato, ma che dovesse essere giocoforza ricondotto al tipo contrattuale dell'appalto, stante l'organizzazione in forma imprenditoriale (tenuta peraltro a rispettare i requisiti per l'iscrizione all'albo previsto dall'art. 8 D.P.R. cit.) del soggetto-società di revisione¹³⁴. E' evidente, quindi, come le due ricostruzioni differissero in base all'elemento (prestazione professionale/esercizio dell'attività in forma societaria) che s'intendeva valorizzare. Particolarmente rilevanti sarebbero state le conclusioni dell'adesione a questa teoria in relazione alla prescrizione dell'azione di responsabilità, in quanto si sarebbe resa applicabile la previsione dell'art. 1667 Cod. Civ. relativa all'onere di denuncia di "vizi e difformità" entro sessanta giorni dalla consegna dell'opera e alla prescrizione biennale dell'azione di responsabilità. Senza che ciò infici la coerenza logica di questa ricostruzione, è chiaro come tale argomentazione sia divenuta insostenibile alla luce dell'ordinamento vigente: già a partire dal 2003, l'estensione dell'obbligatorietà del controllo contabile esterno anche alle s.p.a. non quotate aveva consentito che in quest'ultima ipotesi, la revisione obbligatoria potesse essere svolta da un revisore persona fisica. Come si avrà modo di vedere in seguito, con l'entrata in vigore del D. Lgs. 39/2010, seppur con alcune differenze di disciplina, la possibilità di ricorrere a un revisore persona fisica è stata consentita a tutti i soggetti obbligati alla revisione contabile, inclusi i cc. dd. enti di interesse pubblico;

- ipotesi del **contratto autonomo e tipico**: Come nel caso dell'alternativa contratto d'opera professionale/appalto di servizi, anche quest'ultima elaborazione nasce soprattutto dalla constatazione di alcune difficoltà a riconciliare le conclusioni della teoria precedentemente esposta con il diritto positivo. In particolare, se già durante la vigenza del D.P.R. del 1975, venivano elencate numerose divergenze

¹³³ Ai sensi dell'art. 1 D.P.R. citato.

¹³⁴ Per tale soluzione si vedano SQUILLANTE, *Il controllo contabile e la certificazione dei bilanci delle società quotate in borsa*, Milano, 1981, pp. 43-44; PARTESOTTI, *La società semplice iscritta nel registro delle imprese (contributo allo studio della società di revisione nel D.P.R. 31 marzo 1975, n. 136)*, in *Giur. Comm.*, 1978, I, p. 32; LIBONATI, *La revisione volontaria: effetti*, in *Giur. Comm.*, 1979, I, pp. 637-638; MONTALENTI, *La società quotata*, in *Trattato di Diritto Commerciale diretto da G. Cottino*, Padova, 2004, pp. 314-315.

tra la disciplina dell'appalto contenuta nel Codice Civile e le prescrizioni settoriali (ad es., la non compatibilità della possibilità di rivedere il prezzo pattuito ad es., o ancora che il recesso potesse essere esercitato solo per giusta causa, contrariamente a quanto prescritto dall'art. 1671¹³⁵), alcune di queste divergenze possono essere rilevate tutt'ora (su tutte, proprio la necessità - come si vedrà in seguito -, ai sensi dell'art. 13 D. Lgs. 39/2010, della sussistenza di un'ipotesi di giusta causa tra quelle delineate dal D.M. 28 dicembre 2012 per recedere dall'accordo) e che, in particolare, come già rimarcato in analisi oramai risalenti, tra il contratto d'appalto e quello di revisione sussiste (almeno secondo la dottrina maggioritaria) una differenza strutturale riguardo alla tipologia di prestazione che viene dedotta in contratto: di risultato per l'appaltatore, di mezzi per il revisore¹³⁶. Ne consegue pertanto che, in assenza di altre tipologie contrattuali entro cui poter sussumere il tipo contrattuale in parola, si debba ritenere il contratto di revisione sia un tipo contrattuale autonomo, disciplinato specificamente dalla normativa di settore (pertanto, tipico¹³⁷).

La tesi da ultimo esposta si lascia preferire, se si tiene conto, per l'appunto, del forte intervento del legislatore in materia, che non solo individua direttamente

¹³⁵ Si veda ad es., CERA, *Revisione contabile e certificazione del bilancio*, in (a cura di CARNEVALI) *Diritto commerciale e industriale*, Milano, 1981, p. 768-769. La tesi in parola viene sostenuta anche da CLARIZIA, *L'attività di revisione e certificazione: aspetti giuridici*, Milano, 1978, p. 53 e da FRANCO, *La responsabilità della società di revisione*, in (a cura di PREDIERI) *Controlli societari e governo dell'impresa*, Torino, 1999, p. 155.

¹³⁶ ROSSI, *Revisione contabile e certificazione obbligatoria*, Milano, 1985, p. 209. E' però necessario sottolineare come la tradizionale *summa divisio* tra le prestazioni di fare sembra essere sempre più abbandonata dalla giurisprudenza e dalla dottrina più recente, specie alla luce dell'accoglimento sempre più generalizzato della c.d. *teoria soggettivistica* dell'inadempimento (secondo la quale a scusare l'inadempimento del debitore basterebbe la prova che la causa dello non era evitabile, secondo quanto richiesto dall'art. 1218 Cod. Civ., secondo la diligenza che poteva essere richiesta; per questa impostazione si veda in particolare NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato Cicu-Messineo*, II, Milano, 1984, 58 ss.), che è andata a superare la teoria tradizionale (c.d. *teoria oggettivistica*, in base alla quale l'impossibilità della prestazione deve essere valutata in senso oggettivo, cioè con riferimento a qualunque debitore, e che l'art. 1176 fisserebbe un parametro di giudizio utile a tale fine solo, per l'appunto, per le obbligazioni di mezzi, cioè quando non sia stato convenuto un risultato specifico. Per quest'ultima il *locus classicus* è OSTI, *Revisione critica della teoria dell'impossibilità della prestazione*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1918, p. 418). A proposito dei revisori dei conti, v. BALZOLA, *La responsabilità contrattuale del revisore contabile: obbligazione di mezzi o di risultato?* (nota a App. Roma, 19 gennaio 2006), in *Giur. It.*, 2006, pp. 2334 ss. In particolare, tra gli arresti che hanno segnato questo *trend* si segnala Cass., SS.UU., n. 8826/2005 (tra i commenti apparsi in dottrina, *ex plurimis*, NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza della distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2006, pp. 797 ss.).

¹³⁷ BONELLI, *La responsabilità della società di revisione nella certificazione volontaria e obbligatoria dei bilanci*, in *Riv. Soc.*, 1979, p. 971, qualifica il contratto in parola come "atipico", sul presupposto (forse) che il contratto non è regolato dalle disposizioni del Codice Civile.

contenuto e modalità di adempimento della prestazione dedotta in contratto¹³⁸, ma detta anche specifici requisiti soggettivi per le parti contraenti (da un lato, obbligo di sottostare a tale forma di controllo per i soggetti destinatari; e specifici requisiti per l'esercizio dell'attività in capo ai controllori), in un contesto quindi assolutamente peculiare e in cui sono peraltro praticamente assenti spazi per l'autonomia privata¹³⁹. A ciò si deve aggiungere, inoltre, che il D. Lgs. 39/2010 ha dettato disposizioni che comportano deroghe anche alla c.d. parte generale della disciplina del contratto (di cui agli artt. 1321 ss. Cod. Civ.), come; ad es., la previsione espressa della *prorogatio* del revisore nell'incarico in caso di dimissioni o di scioglimento dell'accordo per mutuo dissenso (in quanto prevedono una forma di ultrattività di un vincolo contrattuale già posto nel nulla dalle parti), o anche i meccanismi di *cooling-off* nei confronti del revisore o, nel caso di conferimento dell'incarico a una società, del responsabile della revisione¹⁴⁰ (dal momento che viene prevista una compressione della libertà di scelta del contraente, tradizionalmente considerata una delle espressioni dell'autonomia contrattuale tutelata dall'art. 1321¹⁴¹). Da quanto precede, si dovrebbe pertanto ricavare la peculiarità e l'autonomia concettuale del tipo di contratto in parola. Deve essere peraltro sottolineato come il tema di cui si discorre abbia oggi comunque perso buona parte della sua valenza pratica: in particolare, nella disciplina previgente, il ricorso alla figura del contratto d'opera professionale avveniva con una finalità (spesso espressa) "ortopedica", in modo da consentire al revisore di poter recedere dal contratto, potendosi per tale via appellare (nell'assenza di una norma settoriale) all'art. 2237 c. 2 Cod. Civ. - finalità che oggi è venuta meno alla luce del "diritto alle dimissioni" sancito espressamente dall'art. 13 D. Lgs. 39/2010¹⁴² -. Un punto di particolare interesse potrebbe essere, ancora oggi, qualora si accedesse a tale qualificazione del contratto, la possibilità per il revisore di poter invocare la limitazione della responsabilità civile solo al dolo o alla colpa grave, prevista dall'art. 2236 Cod. Civ., per le prestazioni che implicano "*la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà*", anche se sul punto è facilmente constatabile come, da un lato, la

¹³⁸ Possono essere citati, ad es., l'art. 14 D. Lgs. 39/2010, che verrà analizzato in dettaglio *infra*; o le norme del medesimo D. Lgs. che impongono una specifica durata al contratto in parola (cfr. artt. 13 c. 2 e 17 c. 1).

¹³⁹ Come rilevava in relazione già durante la vigenza del D.P.R. del '75 ROSSI, *Revisione contabile e certificazione obbligatoria*, cit., p. 209 ss.

¹⁴⁰ Art. 17 cc. 1, 4 D. Lgs. 39/2010. Sul *cooling off* si veda in particolare *infra*.

¹⁴¹ Si veda ad es., GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004, p. 168.

¹⁴² Cfr. BUTA, *sub art. 15*, in (a cura di DE LUCA) *La revisione legale dei conti annuali e consolidati*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2011, 1, p. 163-164.

giurisprudenza sia, in generale, restia a riconoscere tale attenuante e, dall'altro, che sia la giurisprudenza che la dottrina respingano la possibilità di applicare la norma in parola alla luce della natura dell'attività di revisione (specie tenuto conto dell'organizzazione del revisore e della profonda standardizzazione dei processi di lavoro), che rende alquanto improbabile l'emersione di problematiche di particolare complessità¹⁴³. L'accesso alla tesi del contratto d'opera professionale avrebbe, quindi, come unica conseguenza pratica di rilievo la possibilità, per la società di revisione, di godere del privilegio *ex art. 2751bis n. 2) Cod. Civ.* a tutela della retribuzione dovuta per la propria attività lavorativa¹⁴⁴.

2. La nozione di “ente di interesse pubblico”

Una trattazione completa del rapporto tra ente sottoposto ad *auditing* e revisore richiede, inoltre, una corretta ed esaustiva definizione dell'ambito soggettivo di applicazione della normativa. Se, infatti, fino al 2003 l'obbligo di revisione dei conti è stato previsto solo in relazione alle società quotate (prima dal D.P.R. 136/1975, e poi dagli art. 155 ss. T.U.F.), con la riforma societaria del 2003 si è esteso anche alle s.p.a. non quotate tale dovere, realizzandosi peraltro un regime differenziato, che prevedeva in particolare maggiori obblighi e un più penetrante scrutinio pubblico per la revisione dei conti delle società quotate (basti pensare ai poteri di vigilanza e sanzionatori previsti dagli artt. 162 e 163 T.U.F. in capo alla CONSOB). Tale approccio “dualistico”, in altri termini, faceva dipendere dalla natura del soggetto revisionato differenze sostanziali quanto allo statuto giuridico applicabile all'*auditor*: in altri termini, il legislatore prevedeva dei presidi e delle prescrizioni ulteriori nel caso in cui lo statuto della società, facendo appello al pubblico risparmio, coinvolgesse interessi diffusi e, peraltro, attinenti a una dimensione pubblicistica (come il corretto funzionamento dei mercati finanziari). Tale impostazione è stata non solo mantenuta, ma addirittura rafforzata dal D. Lgs. 39/2010, che nel dare attuazione

¹⁴³ Cfr. Trib. Milano 18 giugno 1992, in *Giur. It.*, 1993, I, 2, pp. 1 ss. (con nota di MONTALENTI, *Responsabilità extracontrattuale per negligente certificazione*), App. Milano, 7 luglio 1998, in cit.; in dottrina v. NUZZO, *sub art. 164*, in (a cura di ALPA-CAPRIGLIONE) *Commentario al Testo Unico delle Disposizioni in tema d'Intermediazione Finanziaria*, Padova, 1998, p. 1510; BUTA, *sub art. 164*, in (a cura di G.F. CAMPOBASSO) *Testo Unico della Finanza. Commentario*, II, Torino, 2002, p. 1362. Protende invece per l'applicazione della norma in parola ADDANTE, *Responsabilità nell'esercizio*, cit., pp. 355-356.

¹⁴⁴ A. BERTOLOTTI, *Società per azioni: collegio sindacale, revisori, denuncia al tribunale*, Torino, 2015, p. 364 rimarca però come l'interpretazione dominante della norma codicistica sia nel senso che il privilegio in parola sia applicabile solo alle persone fisiche.

agli artt. 39 ss. della Direttiva 2006/43, ha introdotto nell'ordinamento nazionale la figura degli "enti di interesse pubblico" (EIP). Il rafforzamento in particolare è constatabile se si considera che, ai sensi dell'art. 16 D. Lgs. cit., la categoria in questione non è limitata alle società quotate, ma si estende a numerosi soggetti¹⁴⁵, il cui tratto comune è l'operatività a vario titolo nel sistema finanziario inteso in senso lato: è proprio quest'ultimo dato che giustifica, per l'appunto, i maggiori presidi posti dalla legislazione vigente: questi verranno meglio delineati nel prosieguo della trattazione. Un ulteriore elemento di interesse è la "flessibilità" della categoria; dato che la CONSOB, sentita la Banca d'Italia e l'IVASS¹⁴⁶, non solo può esentare alcune categorie di enti dall'applicazione di tutte o alcune delle norme del D. Lgs.¹⁴⁷ (c. 5 lett. a)), ma anche ampliarla, individuando con regolamento società da qualificare come EIP, "in relazione alla rilevanza dell'interesse pubblico all'accuratezza e all'affidabilità dell'informativa finanziaria" (c. 4): si può facilmente constatare l'innovazione rispetto al regime previgente, in cui l'applicazione dello statuto "rafforzato" del revisore era legato alla circostanza "rigida" della quotazione o meno dell'emittente.

3. Il conferimento dell'incarico.

Nell'ambito del D.P.R. 136/1975, la materia del conferimento dell'incarico era disciplinata dall'art. 2, ai sensi del quale si prevedeva che fosse l'assemblea, "convocata a tal fine entro tre mesi dalla chiusura dell'esercizio", a deliberare in materia (c. 1 disp. cit.): pertanto, l'iniziativa al riguardo era inevitabilmente di competenza degli amministratori della società, i quali, secondo alcuni Autori, avrebbero dovuto attivarsi solo dopo aver acquisito un consenso preliminare del revisore, specie con riguardo al trattamento economico¹⁴⁸. Bisogna peraltro sottolineare come in quel periodo la dottrina fosse divisa in merito al ruolo svolto

¹⁴⁵ Oltre a queste e agli emittenti strumenti diffusi tra il pubblico in modo rilevante (lett. e), difatti, sono menzionate: le banche (lett. b), le imprese assicurative e riassicurative (lett. c) e d)), le società di gestione dei mercati regolamentati, ovvero i sistemi di compensazione e garanzia, o la gestione accentrata di strumenti finanziari (lett. f), g), h); SIM, SGR, SICAV (lett. i), l), m); istituti di pagamento e IMEL (lett. n) e o)); intermediari finanziari di cui all'art. 106 T.U.B. (lett. p)).

¹⁴⁶ Nel testo del D. Lgs. il riferimento è ancora all'ISVAP, ma a seguito della trasformazione dello stesso nel nuovo Istituto, operata dall'art. 13 D.L. 95/2012 (convertito con modificazioni dalla L. 135/2012), il rimando deve essere così letto.

¹⁴⁷ La medesima possibilità è sancita con riguardo agli obblighi previsti a carico dei revisori di EIP (c. 5 lett. b)).

¹⁴⁸ Senza tale accordo preliminare non sarebbe stato possibile, da parte dell'organo amministrativo, relazionare all'assemblea sia in tema di congruità del compenso che, soprattutto, dei criteri impiegati per la scelta del revisore (SQUILLANTE, *Il controllo contabile*, cit., p. 41).

dalla stessa delibera assembleare, sulla scia di un dibattito già sorto in tema di nomina degli organi interni della società: da un lato, infatti, alcuni Autori avevano sostenuto la c.d. tesi unilateralistica¹⁴⁹, secondo la quale il conferimento dell'incarico avverrebbe in virtù solo dell'atto assembleare, e che pertanto l'accettazione da parte della società di revisione, come anche l'approvazione da parte della CONSOB, che verrà trattata *infra*, sarebbero mere condizioni d'efficacia di un contratto già perfetto. Altri invece ritenevano che la nomina avesse valore meramente di proposta, a cui poi, secondo i principi generali, dovesse necessariamente seguire l'accettazione del revisore¹⁵⁰, tesi che oggi sembra essere divenuta maggioritaria, se non dominante.

L'osservanza del termine sopramenzionato era particolarmente importante, dal momento che esso costituiva, insieme con l'ipotesi di "*mancata adozione*" della delibera, le fattispecie che avrebbero legittimato l'intervento sostitutivo della CONSOB, abilitata dal c. 2 a conferire in tali ipotesi *ex officio* l'incarico in parola¹⁵¹. L'intervento pubblicistico non si limitava però solo alla fase patologica ma era connaturato alla stessa fisiologia della formazione del rapporto: ai sensi, infatti, del c. 6 disp. cit., la delibera di conferimento doveva essere trasmessa alla CONSOB entro 15 giorni dall'assunzione della stessa, ai fini dell'approvazione da parte dell'Organo di Vigilanza, che rispondeva nel termine di 10 giorni dalla ricezione (vigendo comunque, in caso d'inadempimento, la regola del silenzio-assenso; il decorso del quale però poteva essere interrotto qualora l'Autorità avesse chiesto chiarimenti agli interessati): oggetto di tale valutazione era o la sussistenza di cause d'incompatibilità, ai sensi dell'art. 3 D.P.R. cit., ovvero l'inidoneità tecnica a espletare efficacemente l'incarico, o per ragioni organizzative o per il numero di incarichi già affidati¹⁵². Si

¹⁴⁹ Si veda in particolare CLARIZIA, *L'attività di revisione e certificazione*, cit., pp. 47-50, secondo il quale la stessa iscrizione all'albo sarebbe valsa come offerta al pubblico ex art. 1336 Cod. Civ., assegnando quindi valore di accettazione alla delibera assembleare.

¹⁵⁰ La tesi della natura contrattuale del rapporto veniva sostenuta in particolare alla luce della natura di organo esterno, rispetto alla società sottoposta a revisione (cfr. ROSSI, *Revisione contabile e certificazione obbligatoria*, cit., pp. 103-106), presupposto, del resto, pacifico (ad es., cfr. in giurisprudenza App. Milano, 27 marzo 2001, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2003, II, p. 328).

¹⁵¹ Secondo un Autore (ROSSI, *Revisione contabile e certificazione obbligatoria*, cit., pp. 104 ss.) tale potere non poteva essere esercitato nel caso in cui la delibera fosse affetta da vizi comportanti la mera annullabilità, dal momento che l'atto sarebbe posto nel nulla solo a seguito di una pronuncia costitutiva del giudice e che *medio tempore* era prevalente la necessità di tutelare la buona fede e l'affidamento dei terzi. Per "*mancata adozione*" si sarebbe dovuta intendere, peraltro, non solo la mancanza materiale della delibera, ma anche la sua nullità.

¹⁵² SQUILLANTE, *Il controllo contabile*, cit., pp. 53-54. Lo stesso Autore evidenziava peraltro l'eccessiva brevità del termine, assolutamente inidoneo a valutare i profili richiesti dalla norma. In particolare, nel regime del D.P.R. del '75 la valutazione sull'idoneità tecnica da parte della Commissione poteva essere scomposta in un accertamento "generale", al momento dell'iscrizione

riteneva inoltre che oggetto di tale controllo fosse anche il corrispettivo pattuito, allo scopo di verificare la serietà dell'impegno assunto dal revisore¹⁵³ Peraltro, si riteneva che la mancata approvazione non legittimasse la Vigilanza a procedere con la nomina *ex officio* (dal momento che tale potere era ammissibile solo nelle ipotesi previste dalla legge) ma comportasse l'effetto più limitato di poter diffidare la società ad adempiere all'obbligo di legge, e che solo in caso di persistenza dell'inadempimento la CONSOB avrebbe potuto operare in via sostitutiva¹⁵⁴. Deve inoltre aggiungersi che, in pendenza della risposta da parte dell'Autorità, l'efficacia della delibera era sospesa: l'approvazione si configurava quindi come una *condicio iuris* sospensiva dell'atto sociale. La durata dell'incarico era fissata in tre esercizi, ma il dato che colpisce maggiormente l'interprete "moderno" è la presenza di istituti oggi spesso invocati come soluzioni al rischio di eccessiva prossimità tra controllore e controllato - e, difatti, spesso riproposti nella legislazione più recente -, come il limite al numero massimo di rinnovi possibili dell'incarico (nel numero di due) e, in particolare, la previsione di un *cooling off* fissato in cinque esercizi dalla cessazione.

Venendo al regime normativo successivo al D.P.R. cit., la norma di riferimento in tema di società quotate era posta l'art. 159 T.U.F., il quale disciplinava sia il conferimento che la revoca dell'incarico. La norma, peraltro ancora vigente relativamente al c. 1, come introdotto dal D. Lgs. 39/2010 (che sancisce il dovere di comunicare tempestivamente alla CONSOB la mancata nomina del revisore o della società di revisione, in uno con le cause del ritardo), era stata largamente modificata nel 2006 ad opera del D. Lgs. 303/2006, correttivo della c.d. legge sulla tutela del risparmio (l. n. 262/2005). Anche in questo caso, la competenza era attribuita all'assemblea (ordinaria secondo la dottrina maggioritaria¹⁵⁵), sentito il parere del collegio sindacale. Quest'ultimo era stato poi trasformato dal D. Lgs. cit. (art. 3, c. 16, lett. c) in una "proposta motivata", e sul punto si deve ritenere che la modifica avesse avuto sostanzialmente l'effetto di spostare il potere d'iniziativa dall'organo amministrativo (che avrebbe indirizzato l'assemblea mediante la proposizione delle candidature in sede di determinazione dell'ordine del giorno, su cui poi il collegio

nell'Albo e per tutta la vita della società, e "particolare" in relazione allo specifico incarico assunto (cfr. ROSSI, *Spunti sulla nuova disciplina della revisione contabile*, cit., p. 1037-1038).

¹⁵³ SQUILLANTE, *Il controllo contabile*, cit., p. 52; BUSSOLETTI, voce *Società di revisione*, *Enc. Dir.*, Milano, 1990, XLII, p. 7.

¹⁵⁴ SQUILLANTE, *Il controllo contabile*, cit., p. 55.

¹⁵⁵ V. *infra*, nt. 160.

sindacale avrebbe esercitato la funzione consultiva) all'organo di controllo, chiamato, in uno, sia a proporre le candidature che a fornire un proprio giudizio su quest'ultime (nei termini e nei limiti sopra descritti). Anche in sede T.U.F., quindi, si può notare l'importanza sistematica della previsione di una funzione (originariamente, solo) consultiva in capo all'organo di controllo interno. Sul punto, si è giustamente rimarcato come tale adempimento sia stato probabilmente introdotto come forma di “compensazione” per l'abrogazione dei già citati poteri di approvazione della CONSOB sulla nomina e sulla revoca prevista dal D.P.R. 136/75, a testimonianza di un mutamento di *policy* operato dal T.U.F., con il ruolo della Vigilanza che passava, in materia, dall'esercizio di poteri di controllo esercitati su singoli atti societari a un controllo di carattere generale, accompagnato da un rilevante potere di normazione secondaria¹⁵⁶. Tornando al sistema abrogato, quanto detto non deve portare il lettore a ritenere che, nel regime antecedente al “testo unico” del 2010, la CONSOB non fosse titolare di poteri particolarmente significativi, sia nella versione storica del 1998 che nella versione emendata dal D. Lgs 303/2006 (provvedimento, quest'ultimo, che anzi li aveva significativamente ampliati). Nella versione originaria del T.U.F., il principale potere della Vigilanza consisteva nella possibilità di conferire d'ufficio l'incarico, qualora esso non fosse stato assegnato dalla società revisionata: a tale ipotesi la dottrina aveva equiparato non solo l'invalidità della delibera (pur con alcuni distinguo a seconda della categoria di vizio riscontrato¹⁵⁷), ma anche altre ipotesi grandemente patologiche, come ad es. la mancata conclusione del contratto con il revisore, in attuazione della delibera¹⁵⁸, ovvero l'attribuzione dell'incarico a una società di revisione non ricompresa nell'albo tenuto dalla CONSOB, a mente dell'(attualmente abrogato) art. 161 T.U.F.¹⁵⁹.

E' noto, peraltro, come a partire dal 2003, il regime della revisione contabile

¹⁵⁶ *Ex multis*, IERMANO, *sub art. 159*, in (a cura di G.F. CAMPOBASSO) *Testo Unico della Finanza. Commentario*, cit., p. 1319.

¹⁵⁷ Da un lato, infatti, la nullità e l'inesistenza (categoria giuridica allora ben presente in giurisprudenza, oggi ampiamente recessiva) avrebbero sicuramente legittimato il potere sostitutivo della CONSOB, peraltro con diritto all'impugnazione della stessa (su tutti, v. BALZARINI, *sub art. 159 T.U.F.*, in (a cura di MARCHETTI-BIANCHI) *La disciplina delle società quotate*, cit., p. 1872); mentre nel caso dell'annullabilità tale potere verrebbe meno qualora il vizio non potesse essere più fatto valere, per convalida o per decorrenza del termine per l'impugnazione della delibera (*ex multis*, TRON, *sub art. 159*, in *Il Testo Unico dell'Intermediazione Finanziaria* (a cura di RABITTI BEDOGNI), Milano, 1998, p. 863.

¹⁵⁸ DONATIVI, *sub art. 159*, in (a cura di ALPA-CAPRIGLIONE) *Commentario al Testo Unico dell'Intermediazione Finanziaria*, cit., p. 1466.

¹⁵⁹ Cfr. GUERRIERI, *sub art. 159*, in *Commento al D. Lgs. 58/1998* (a cura di MAFFEI ALBERTI), cit., pp. 363-365.

fosse stato sostanzialmente “sdoppiato”, a seguito dell’introduzione di una normativa specifica per le s.p.a. non quotate conseguente all’attuazione dell’obiettivo, previsto dalla legge delega per la riforma societaria¹⁶⁰, di separare il controllo sulla gestione da quello contabile. Venendo segnatamente al tema del procedimento per l’attribuzione dell’incarico in quest’ultima ipotesi, l’art. 2409*quater* assegnava all’assemblea (ordinaria, alla luce dell’art. 2364 c. 1 n. 2¹⁶¹) il compito di conferire l’incarico, acquisito un parere da parte del Collegio sindacale o comunque dell’organo di controllo interno. Pur mancando una previsione espressa che richiamasse tale potestà nei sistemi cc.dd. alternativi introdotti dalla medesima riforma del 2003, si deve ritenere che questa operasse anche in relazione a queste ipotesi: visto il suo importante ruolo ai fini dell’ “agire in modo informato” dell’assemblea in tale ambito, sarebbe stato assurdo difatti ritenere che in detti sistemi si potesse prescindere da tale opinione¹⁶². Difatti, compito del parere era quello di valutare non solo la sussistenza di profili d’illegittimità nell’attribuzione dell’incarico (in particolare, sotto il profilo della presenza di cause d’incompatibilità di cui all’art. 2409*quinquies*), ma anche di verificare il “merito” della proposta, cioè l’idoneità tecnica del candidato a svolgere la funzione di controllo contabile. Non è mancato peraltro chi, in dottrina, aveva sottolineato - operando un collegamento funzionale tra la norma in commento e l’art. 2409*ter* - come l’oggetto del parere potesse essere “parametrato” sulla base dell’idoneità del candidato a svolgere le funzioni indicate da quest’ultima disposizione, con un significativo rafforzamento della certezza del diritto (opinione oggi ancora sostenibile alla luce della sostanziale riproposizione del contenuto di detta disposizione nel corpo del D. Lgs., all’art. 14¹⁶³). La durata dell’incarico era fissata in

¹⁶⁰ Cfr. l. 366/2001, art. 4, c. 2, lett. a), n. 1).

¹⁶¹ Sulla scorta di autorevole dottrina, (FORTUNATO, *sub* art. 2409*quater*, in (a cura di NICCOLINI-STAGNO D’ALCONTRES) *Società di capitali - Commentario*, Napoli, 2004, p. 824) possiamo infatti ritenere che la norma citata avesse risolto positivamente l’annosa questione della tipologia assembleare competente a deliberare l’incarico: per quanto l’opinione poi accolta dal legislatore fosse largamente accettata non è mancato chi ha sostenuto (ad es., ROSSI, *Revisione contabile e certificazione obbligatoria*, cit., p. 99), anche con argomenti non di poco momento (l’esigenza di tutela delle minoranze, argomento teleologico di particolare pregnanza specie in relazione alle società aperte), la tesi della competenza dell’assemblea straordinaria. A tale impostazione si è costantemente risposto, muovendosi anche qui in una logica funzionalistica, che gli alti *quorum* avrebbero però potuto rallentare l’attività assembleare proprio nell’esercizio di una delle sue principali funzioni.

¹⁶² L’espressione, che ben rende l’idea della importantissima funzione informativa svolta dal parere, è presa da MAGGIOLINO, *sub* art. 2409*quater*, in *Commentario Bianchi-Marchetti-Ghezzi-Notari*, Milano, 2005, p. 456.

¹⁶³ MAGGIOLINO, *sub* art. 2409*quater*, in *Commentario Bianchi-Marchetti-Ghezzi-Notari*, cit., p. 460. L’Autore espone peraltro una considerazione ampiamente condivisibile (p. 461), nel momento in cui sottolinea come una delle principali valutazioni che deve essere contenuto nel parere attiene la

tre esercizi sociali, con scadenza al momento dell'approvazione del bilancio relativo al terzo esercizio. Sul punto è necessario osservare come sussistesse incertezza rispetto a quale assemblea “di bilancio” dovesse essere chiamata a nominare il nuovo revisore; se quella in sede di approvazione del bilancio relativo al secondo esercizio¹⁶⁴ o proprio quella di approvazione del terzo¹⁶⁵

Venendo alla legislazione vigente, l'art. 13 D. Lgs. 39/2010 sancisce che l'incarico venga assegnato dall'assemblea (ordinaria, anche se alcuni ritengono che lo statuto della società possa derogare sul punto, in favore dell'assemblea straordinaria¹⁶⁶) su proposta motivata dell'organo di controllo della società, cioè del collegio sindacale nel modello tradizionale di amministrazione e controllo, del consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico e del comitato per il controllo interno in quello monistico. La delibera, ai sensi del c. 1 art. cit., deve determinare il corrispettivo dovuto al revisore¹⁶⁷: in altri termini, la proposta deve contenere tutti gli elementi necessari per consentire all'assemblea di esprimere un giudizio fondato e completo sulla proposta. Ciò è del resto possibile solo se si tiene conto del fatto che le ordinarie prassi di mercato prevedono che siano *in primis* i revisori interessati a sottoporre le proprie proposte agli uffici amministrativi della società¹⁶⁸, ai fini di una valutazione comparativa da parte dell'organo di controllo che sfocia, di regola, nella sottoposizione all'assemblea di un'unica offerta: secondo alcuni Autori, tale scelta del legislatore, che esclude qualunque “intromissione” da parte dell'organo gestorio nella scelta del revisore, si giustifica in quanto nella stragrande maggioranza dei casi essi si

compatibilità dell'*expertise* del revisore rispetto alle caratteristiche della revisionata, come ad es., la sua dimensione e complessità operativa, oltre all'attività economica svolta dall'impresa societaria.

¹⁶⁴ Come sostenuto ad es., da FORTUNATO, *La società di revisione*, in *Giur. Comm.*, 1998, p. 828.

¹⁶⁵ BALZARINI, *sub art.* 159 T.U.F., in (a cura di MARCHETTI-BIANCHI) *La disciplina delle società quotate*, cit., p. 1869.

¹⁶⁶ GUIDI, *Conferimento e revoca dell'incarico di revisione ai sensi dell'art. 14 del nuovo testo unico della revisione*, in *Rivista di Diritto Societario*, 2011, p. 1013. L'A. sottolinea peraltro come tale scelta potrebbe comportare inefficienze sotto il profilo organizzativo-gestionale, rendendo molto più difficoltosa la nomina del revisore, tenendo conto inoltre del fatto che in forza della (tendenziale) simmetria tra le due deliberazioni, si potrebbe essere portati a ritenere anche la delibera di revoca dovrebbe essere adottata dall'assemblea straordinaria.

¹⁶⁷ Un'importante innovazione rispetto al regime previgente è l'espressa previsione, come elemento necessario della delibera d'incarico, dei criteri per l'adeguamento di detto corrispettivo nel corso della durata dell'incarico. Per tale via si consente quindi alle parti del rapporto di poter modulare il corrispettivo in relazione a possibili sopravvenienze, consentendo quindi una maggiore flessibilità, senza però lasciare totale libertà specialmente alle parti, con tutte le conseguenze che si possono immaginare sull'indipendenza del revisore.

¹⁶⁸ In particolare si veda il Principio ISA n. 210 (sui principi di revisione internazionale in generale, cfr. *infra*, par. 4), applicabile alla documentazione finanziaria preparata a partire dal 15 dicembre 2009. Non si può escludere peraltro che sia la stessa società a stimolare la presentazione di tali proposte mediante un invito a manifestare interesse.

sarebbero orientati, nel compimento di tale attività, soltanto in base a considerazioni economiche (cioè, quanto ribasso poteva essere ottenuto rispetto al corrispettivo medio di mercato); a tutto discapito dei profili tecnici, che oggi verrebbero invece presidiati proprio dall'intervento di un organo "neutro", in quanto non coinvolto nella gestione sociale e interessato "per statuto" all'efficacia del sistema dei controlli¹⁶⁹, anche se non sono mancate posizioni scettiche nei confronti della disposizione in parola, in quanto mancherebbe un effettivo presidio contro possibili intromissioni dell'organo amministrativo (o, quantomeno, degli strumenti volti a realizzare una dialettica tra i due organi sociali)¹⁷⁰.

E' stato giustamente sottolineato in sede di primo commento che la norma non disciplina espressamente le conseguenze di una delibera di nomina adottata in assenza dell'atto prescritto¹⁷¹: dal momento che - come era già stato rilevato dalla dottrina summenzionata - tale atto dell'organo di controllo assume non solo un ruolo d'impulso dell'azione assembleare, ma anche un ruolo di verifica dell'idoneità del revisore a ricevere l'incarico¹⁷², si dovrebbe ritenere che la proposta assuma il ruolo di un presupposto di validità della delibera d'incarico, che in sua assenza si potrebbe ritenere annullabile *ex art. 2377 Cod. Civ.*, per non conformità al dettato legislativo. Diversamente opinando, verrebbe sensibilmente svalutata la volontà del legislatore, che con questa nuova disposizione ha sicuramente inteso ampliare il ruolo degli organi societari di controllo, come peraltro si poteva evincere già riflettendo sulla modifica del 2006, sopramenzionata¹⁷³. Tale valorizzazione appare ancora più forte

¹⁶⁹ Cfr. BAUER, *La nuova revisione legale dei conti. Lo svolgimento della revisione contabile. Conferimento, revoca e dimissioni dall'incarico*, in *Il controllo nelle società e negli enti*, 2010, p. 171.

¹⁷⁰ CIERVO, *La responsabilità civile del revisore legale alla luce del D. Lgs. 39/2010*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, n. 21/2010, p. 73.

¹⁷¹ V. SORCI, *sub art. 13*, in (a cura di DE LUCA) *La revisione legale dei conti annuali e consolidati*, cit., p. 152.

¹⁷² Con particolare riguardo ai vari profili della competenza tecnica, dell'assicurazione della necessaria indipendenza dal revisionato e della completezza del piano di revisore. In tal senso SORCI, *sub art. 13*, in (a cura di DE LUCA) *La revisione legale dei conti annuali e consolidati*, cit., p. 153; per quanto riguarda il regime previgente erano state espresse valutazioni sostanzialmente coincidenti: cfr. FORTUNATO, *sub art. 2409quater*, in (a cura di NICCOLINI-STAGNO D'ALCONTRES) *Società di capitali - Commentario*, pp. 824-825. Fondamento di questa ricostruzione era l'abrogato art. 146 c. 1 lett. c) Regolamento Emittenti.

¹⁷³ V. ASSONIME, Circolare n. 16/2010, *La nuova revisione legale dei conti*, p. 8. Se si considera, del resto, che anche nel regime abrogato la mancata comunicazione del parere in parola veniva considerata da autorevole dottrina (FORTUNATO, *sub art. 2409quater*, in (a cura di Niccolini-Stagno D'Alcontres) *Società di capitali - Commentario.*, cit. p. 827) come causa d'invalidità della determinazione di nomina, sarebbe sorprendente ritenere che l'assenza di un atto d'impulso prescritto dalla legge possa ricevere un trattamento sanzionatorio più lieve rispetto a vizi (latamente intesi) di un mero atto consultivo.

qualora si acceda alla teoria, autorevolmente sostenuta¹⁷⁴, che l'assemblea non possa nominare un revisore diverso da quello proposto dall'organo di controllo, con la conseguenza quindi che la decisione assembleare si ridurrebbe a un mero “prendere o lasciare”. Tale ricostruzione è condivisibile, se si pone attenzione al fatto che la proposta dell'organo di controllo è oggi, come abbiamo avuto modo di osservare, soprattutto atto d'iniziativa a cui si ricollega il già rilevato ruolo informativo-consultivo, in assenza del quale la delibera assembleare sembrerebbe affetta da un'illegittimità ancora più grave di quelle adottate, nel previgente ordinamento, in mancanza di un parere, anche se entrambe sanzionate con l'impugnativa sopra citata¹⁷⁵. Rimane però fermo che, come del resto si riteneva pacificamente anche in relazione all'ordinamento previgente, che la norma non comporta l'appropriazione del potere di convocazione dell'assemblea da parte dell'organo di controllo; potere che rimane incardinato, secondo le regole generali, presso l'organo amministrativo¹⁷⁶. Quest'ultimo (*rectius*: il legale rappresentante della società) rimane inoltre competente a stipulare, in attuazione della delibera, il contratto di revisione¹⁷⁷. Nelle more della stipula del contratto, si deve ritenere che - in applicazione analogica di quanto disposto in relazione ai sindaci (art. 2400 c.1 Cod. Civ.) - che il revisore scaduto dall'incarico possa continuare a operare in regime di *prorogatio*¹⁷⁸.

Numerose sono le novità che la riforma comunitaria del 2014 ha apportato al procedimento di nomina del revisore, specie nel caso degli EIP. Preliminarmente, la riforma ha introdotto un divieto, comune sia agli EIP (art. 16 c. 6 Reg. 537/2014) che alle società “ordinarie” (art. 37 c. 3 Dir. 2006/43 come emendata dalla Dir. 2014/56), di previsione di qualunque clausola contrattuale che possa limitare le possibilità di scelta dell'assemblea a determinate “*categorie o elenchi*” di revisori¹⁷⁹: si tratta, in altri termini, di sanzionare con la nullità le cc.dd. clausole *Big Four only*, che in

¹⁷⁴ BUSSOLETTI, *Bilancio e revisione contabile: sette anni all'ombra degli IAS e delle direttive contabili*, in *Riv. Soc.*, 2011, p. 1130.

¹⁷⁵ E' molto probabile peraltro che, nella pratica, difficilmente si verrà a creare una situazione “prendere o lasciare”, poiché l'organo di controllo ben potrebbe proporre una rosa di candidati, tra cui l'assemblea verrebbe chiamata a scegliere.

¹⁷⁶ GUIDI, *Conferimento e revoca dell'incarico*, cit., pp. 1012-1013.

¹⁷⁷ Per alcuni riferimenti alla prassi di mercato menzionata nel testo, si rinvia a BAUER, *La revisione legale - tecniche e procedure*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2013, pp. 65 ss.

¹⁷⁸ DIVIZIA, *Il principio di “continuità di funzionamento” del revisore legale dei conti*, in *Soc.*, 2011, pp. 672-673.

¹⁷⁹ Nel caso degli EIP, l'art. 16 Reg. dispone che l'ente debba prontamente comunicare all'Autorità di Vigilanza qualunque richiesta di inserimento di tali clausole, o in generale di qualunque forma di influenza indebita sul procedimento di conferimento dell'incarico.

genere vengono inserite nei contratti di finanziamento a favore degli enti revisionati, mediante le quali i soggetti sovventori impongono per l'appunto la scelta di un *auditor* rientrante tra le “quattro grandi”. Pare evidente che la previsione sia rivolta a favorire un maggiore grado di concorrenzialità del mercato di riferimento, anche se l'efficacia della stessa è condizionata all'effettivo grado di impiego, nella prassi, di questi strumenti contrattuali¹⁸⁰.

Le novità maggiori riguardano in particolare la disciplina prevista per gli EIP. *In primis*, secondo il c. 2 dell'art. 16 Reg. 537/2014, si introduce un maggior grado di approfondimento della motivazione della proposta dell'organo di controllo, che in particolare dovrà contenere “*quantomeno due possibili alternative di conferimento*”, in uno con “*una preferenza debitamente giustificata per una delle due*”¹⁸¹. Inoltre, salvo che in caso di rinnovo dell'incarico, l'organo di controllo sarà tenuto a procedere a una vera e propria gara competitiva. Secondo il disposto del c. 3, in particolare, l'ente¹⁸² (cioè, il suo organo di controllo interno) dovrà presentare una vera e propria documentazione, per consentire ai candidati di “*comprendere l'attività dell'ente [...] e il tipo di revisione da effettuare*”. Tali documenti dovranno fissare, inoltre, i criteri di selezione delle offerte e, a conclusione dell'esame delle offerte (che dovrà necessariamente tenere conto dei risultati, pubblicati dalle Autorità competenti, dell'attività di *quality assurance*¹⁸³), verranno presentate all'assemblea le proposte motivate sopra descritte. Pare alquanto palese che le disposizioni accennate siano finalizzate a garantire maggiori opportunità di lavoro anche ai singoli revisori e alle società di revisione medio-piccole, assicurando nel contempo che la decisione dell'ente sottoposto a revisione sia ancora più ponderata rispetto al passato. Si realizza, in particolare, una vera e propria “normativizzazione” di quella che (come

¹⁸⁰ Mancano per ora indagini approfondite sul punto, anche se alcune ricerche sembrano suggerire che queste clausole siano usate più negli Stati Uniti che in Europa (cfr. lo studio citato nell'articolo di CHRISTODOULOU, *Restrictive bank covenants keep the Big Four on top*, *AccountancyAge*, 17.10.2010).

¹⁸¹ Giova sottolineare che la Direttiva prevede che sia la raccomandazione che la procedura di selezione di cui tratteremo tra poco dovrebbero essere condotte dal comitato per il controllo interno, ed essere rivolte all'organo amministrativo o di controllo dell'ente. Nel caso del nostro Paese, che ha esercitato l'opzione prevista dal c. 2 dell'art. 39 Dir., attribuendo come visto tali funzioni all'organo di controllo interno, si deve ritenere che sarà questo organo sia a svolgere la procedura di selezione e che, inoltre, la raccomandazione dovrà intendersi coincidente con la proposta all'assemblea. Ciò comporta in particolare che la previsione del secondo comma del par. 5 della disposizione (sull'eventuale disaccordo tra proposta motivata e conclusioni della gara) non sarà applicabile all'ordinamento italiano.

¹⁸² La disposizione in commento esclude da tale obbligo le PMI (come definite dall'art. 2 par. lett. f) della Direttiva 2003/71, “Prospetti”) e le società a ridotta capitalizzazione di mercato (disp. cit., lett. t)).

¹⁸³ Cfr. *infra*, Cap. 5.

abbiamo visto poc'anzi) costituiva una mera prassi, con la conseguenza quindi di rendere tali attività più monitorabili e, quindi, sindacabili (specie ai fini del “nuovo” potere di ricorso al giudice per la revoca del revisore da parte della minoranza e della Vigilanza, che verrà trattato in seguito).

La durata dell'incarico è disciplinata nell'art. 13 D. Lgs. 39 solo parzialmente: difatti la regola della durata triennale, con scadenza al momento della convocazione dell'assemblea chiamata ad approvare il bilancio relativo al terzo esercizio revisionato, viene derogata per gli enti d'interesse pubblico, per i quali l'art. 17 c.1 D. Lgs. cit. impone che l'incarico duri nove anni se affidato a una società di revisione, ovvero sette se attribuito a un revisore legale¹⁸⁴. In sede di prima applicazione dell'art. in commento, era sorto il dubbio se nell'ambito del termine novennale dovessero essere computati anche gli esercizi già revisionati dal medesimo revisore antecedente all'entrata in vigore della riforma, ovvero se tale termine dovesse necessariamente decorrere da quest'ultimo momento. Alcuni Autori¹⁸⁵ e alcune associazioni di categoria¹⁸⁶ si erano espresse nel senso di differenziare le posizioni, da un lato delle società quotate, già soggette in passato a una disciplina sostanzialmente equiparabile a quella oggi disposta per gli EIP, e dall'altro quella degli enti in precedenza soggetti al regime codicistico. Nel primo caso, la sostanziale continuità normativa (specie sotto la previsione di meccanismi di rotazione sia della società che dei responsabili della revisione) rendeva opportuno computare anche i periodi pregressi, mentre nel caso delle revisioni originariamente regolate dal Cod. Civ. la discontinuità suggeriva la soluzione opposta. Tale posizione non sembra però essere stata recepita dalla CONSOB, che con una comunicazione interpretativa (n. 0023665 del 27 marzo 2014) aveva ritenuto che i nuovi incarichi novennali potessero essere conferiti solo ove già decorso il periodo triennale di *cooling-off*, a prescindere dalla durata dell'incarico conferito in base alla normativa previgente - incarichi che, pertanto, assumono rilevanza ai fini della normativa oggi vigente -. La stessa CONSOB, con una

¹⁸⁴ Peraltro, al fine di evitare l'insorgere di una eccessiva “prossimità” tra controllore e controllato, la stessa norma dispone anche che l'incarico non possa essere affidato nuovamente al medesimo soggetto se non siano decorsi almeno tre anni dalla conclusione dell'incarico (c.d. *cooling off period*). Alla medesima logica si ispira la regola della c.d. *partner rotation ex c. 4*, in base al quale il responsabile della revisione non può mantenere tale incarico per più di sette esercizi sociali, e deve anch'egli sottostare a un *cooling off* di almeno due esercizi. Il tema verrà trattato in maniera più approfondita nel capitolo successivo.

¹⁸⁵ BIASI, *sub art. 17*, in (a cura di DE LUCA) *La revisione legale dei conti annuali e consolidati*, in cit., p. 186.

¹⁸⁶ Circolare ABI n. 15/2010, p. 6.

successiva comunicazione (n. 0057066 del 7 luglio 2014) ha consentito, per quanto riguarda gli incarichi in corso al momento del passaggio dell'ente alla categoria di EIP, che si possa procedere a una "trasformazione" dell'incarico in corso in uno regolato dall'art. 17, con conseguente prolungamento del termine finale dello stesso.

La materia, relativamente agli EIP, è stata oggetto di riforma da parte del Regolamento 537/2014. Ai sensi dell'art. 17, difatti, gli Stati Membri potranno prevedere anche una durata massima decennale dell'incarico, estendibile a venti anni nel caso in cui esso venga conferito con la procedura competitiva che rispetti i requisiti posti dall'art. 16 Reg., già accennata in precedenza; e a ventiquattro anni in caso di assegnazione congiunta a più revisori (c.d. *joint audit*)¹⁸⁷: sebbene la norma pare bilanciata da alcuni contrappesi, come la previsione del confronto competitivo per gli incarichi di maggiore durata e l'allungamento dei periodi di raffreddamento (cfr., *infra* Cap. 3), ci sembra che i termini siano eccessivamente lunghi. Probabilmente, la scelta del legislatore si giustifica alla luce di un ulteriore, rispetto al regime previgente, rafforzamento della stabilità dell'incarico, in una logica di tutela dell'indipendenza del controllore esterno.

Sempre con riguardo alla categoria degli EIP, si osserva come se da un lato il legislatore ha inteso, visto il maggior coinvolgimento d'interessi pubblicistici legati all'attività di queste società, escludere espressamente che la revisione dei conti potesse essere affidata all'organo di controllo interno (ai sensi dell'art. 2409*bis* Cod. Civ.) - previsione peraltro estesa anche alle società che li controllano e a quelle "sottoposte con questi ultimi a comune controllo" (art. 16 c. 2) -, esso ha consentito al contempo che tale incarico possa essere svolto anche da un revisore persona fisica (stante l'abrogazione dell'art. 161 T.U.F., che nel caso specifico delle società quotate, che pongono le medesime problematiche di *policy* degli enti in parola, consentiva ciò solo alle società di revisione). Sebbene le due ipotesi non siano pienamente sovrapponibili sotto il profilo regolamentare¹⁸⁸, si osserva comunque come le due norme non sembrano coerenti, alla luce della profonda complessità dei settori economici e, spesso, anche delle dimensioni dei soggetti da controllare, che se rende

¹⁸⁷ Sulla revisione congiunta in sede di relazione di revisione, v. *infra* par. 6.

¹⁸⁸ La prima previsione, difatti, potrebbe essere intesa *in primis* come posta a tutela di una maggiore indipendenza dell'organo di controllo contabile, posto necessariamente all'esterno della società da controllare, piuttosto che nel senso di una sfiducia sull'idoneità tecnica del sindaco-revisore (si tenga conto che, del resto, la stessa norma impone nel caso in questione tutti i membri del collegio sindacale debbano essere abilitati quali revisori dei conti).

inidonea la possibilità di ricorrere a un controllo contabile “interno”, dovrebbe rendere ancora più inopportuno (sotto il profilo tecnico) il ricorso al revisore persona fisica. Quest’ultima previsione si spiega, secondo l’opinione della maggioranza dei commentatori, sulla base di ragioni non strettamente attinenti all’*audit regulation*, in quanto volta a stimolare la concorrenzialità del mercato della revisione dei conti¹⁸⁹. Sempre con riguardo alle disposizioni speciali dettate per gli EIP, giova ricordare come, a mente dell’art. 16 c. 3 D. Lgs. 39/2010, la CONSOB possa, con regolamento adottato previo parere della Banca d’Italia e dell’IVASS, disporre che le società controllanti e sottoposte a controllo comune possano essere esentate dal divieto di cui al c. 2, qualora “*non rivestano significativa rilevanza all’interno del gruppo*”.

Infine, norma di chiusura dell’articolo in commento è posta in relazione alle società in accomandita per azioni: per le determinazioni di nomina e di revoca del revisore il D. Lgs., in perfetta aderenza a quanto disposto dall’abrogato c. 3 dell’art. 159 T.U.F., rinvia all’art. 2459 Cod. Civ.¹⁹⁰, che, come noto, impedisce ai soci accomandatari di votare sulle deliberazioni concernenti la nomina e revoca dei sindaci (e dei consiglieri di sorveglianza) e sulle azioni di responsabilità nei loro confronti.

4. Oggetto dell’incarico di revisione. Poteri del revisore.

Prima di esaminare gli aspetti salienti del rapporto tra revisore ed ente revisionato, e dei principali momenti in cui si articolare il relativo processo, è opportuna un’*actio finium regundorum* tra “cosa” deve essere ricompreso nell’alveo della revisione dei conti, e cosa invece ricade nell’ambito delle altre funzioni di controllo societario. Sebbene tale necessità possa apparire sorprendente, se si tiene conto che tutti i provvedimenti legislativi che si sono succeduti in materia hanno disciplinato espressamente i compiti dell’*auditor*, non si può negare come il principale aspetto problematico sia ancora oggi quello delle possibili sovrapposizioni tra i doveri del collegio sindacale (o dell’omologo organo di controllo interno, nei sistemi di amministrazione e controllo alternativi) e il revisore esterno. Venendo al

¹⁸⁹ Sul punto, v. FAVINO, *La revisione dei conti negli enti di interesse pubblico: prime riflessioni*, in *Il Controllo nelle Società e negli Enti*, 2011, p. 102 e TOFFOLETTO-BEVILACQUA, *La disciplina della revisione dei conti negli enti di interesse pubblico*, in *Le Società. Gli Speciali. D. Lgs. 39/2010*, cit., p. 28.

¹⁹⁰ Nelle versioni storiche dei testi normativi in esame, cioè prima della riforma del 2003 per il Codice Civile e prima del D. Lgs. 303/2006 per il T.U.F., era il c. 4 dell’art. 159 T.U.F. a rinviare all’art. 2469 Cod. Civ.. Al di là del mero dato toponomastico, il contenuto delle disposizioni è rimasto invariato.

dato normativo, sin dal D.P.R. 136/75 le disposizioni di legge hanno costantemente fissato due grandi ambiti per l'attività di revisione: da un lato, il controllo sulla tenuta della contabilità sociale, specie per quanto riguarda la valutazione della correttezza della rappresentazione contabile dei fatti amministrativi, dall'altro la "certificazione" (oggi, più opportunamente rubricata come "giudizio"¹⁹¹) del bilancio d'esercizio (e del bilancio consolidato, se del caso), sotto il profilo della conformità alle disposizioni che ne regolano la redazione e alla clausola della *true and fair view* di cui all'art. 2423 c. 2 Cod. Civ. (cioè della capacità del bilancio di rappresentare in modo veritiero e corretto lo stato economico e patrimoniale della società, oltre al criterio della redazione dello stesso in modo chiaro)¹⁹².

Riservandoci un esame più approfondito della fase di rilascio dell'*opinion* sul bilancio (cfr. par. 6), è opportuno rilevare come la letteratura scientifica più recente sia pacificamente orientata nel ritenere le due attività intrinsecamente collegate, e pertanto di considerare la fase di controllo (c.d. fase ispettivo-ricognitiva) e quella più strettamente valutativa come riconducibili entrambe alla revisione globalmente intesa, sancendo quindi la natura unitaria di quest'ultima: tale dibattito, peraltro, era in larga parte legato alla formulazione degli obblighi del revisore posta in essere dal legislatore, che non aveva chiarito adeguatamente se l'attività di controllo sulla contabilità sociale dovesse essere continuativa o meramente antecedente alla redazione del progetto di bilancio¹⁹³: alla luce, infatti, delle modifiche intervenute in seguito all'approvazione del T.U.F e della riforma societaria del 2003 l'alternativa fu

¹⁹¹ La modifica terminologica è intervenuta al momento dell'entrata in vigore del T.U.F. nel 1998: essa è stata opportuna non solo sotto il profilo dell'adeguamento della legislazione italiana alla nomenclatura internazionale (cfr. IRACE, *L'attività di revisione contabile*, in (a cura di PATRONI GRIFFI-SANDULLI-SANTORO) *Intermediari, mercati e società quotate*, Torino, 1999, p. 1166), ma anche per sottolineare il carattere eminentemente valutativo e non quindi attestativo riconosciuto dalla dottrina dominante (su tutti, FORTUNATO, *La certificazione del bilancio. Profili giuridici*, Napoli, 1985, p. 283).

¹⁹² Più segnatamente, mentre il postulato della veridicità (da intendersi come la non decettività del documento in parola, nella misura in cui il bilancio rispetti gli specifici criteri di redazione e di valutazione delle poste contabili dettati dalla legge) era già desumibile dall'ordito codicistico (cfr. art. 2217, c. 2 Cod. Civ.); la clausola in esame (come noto, introdotta dalla IV direttiva societaria, n. 78/660/CEE) attiene in particolare all'elemento della correttezza, cioè della capacità del bilancio di rappresentare fedelmente la consistenza patrimoniale, finanziaria ed economica della società redigente (cfr. DE ANGELIS, *Elementi di diritto contabile*, Milano, 2013, p. 15). Come noto, la clausola in parola assume un rilievo che potremmo definire di "principio supremo" nell'ordinamento contabile, in quanto il rispetto di tale principio può consentire la disapplicazione di specifiche norme di legge, se contrastanti con questo (art. 2423, c. 4 Cod. Civ.).

¹⁹³ Tale problema era riscontrabile soprattutto a proposito dell'art. 1 D.P.R. 136/75, e difatti il contrasto fu particolarmente "acceso" per tutta la durata della vigenza del D. Lgs. citato (sosteneva in particolare la tesi della "separatezza" ROSSI, *Revisione contabile e certificazione obbligatoria*, cit., p. 134, mentre argomentava in favore dell'unitarietà della funzione si esprimeva invece BUSSOLETTI, *Le società di revisione*, cit., p. 77).

risolta espressamente nel primo senso¹⁹⁴: il quadro non è stato mutato dal D. Lgs. 39/2010, che (art. 14) si è limitato meramente a trasporre l'attività di verifica della rispondenza tra il bilancio e le scritture contabili (di cui all'art. 2409*ter* lett. b) Cod. Civ. e art. 155 lett. b) T.U.F.) dal novero dei contenuti della revisione dei conti all'elencazione degli elementi di cui si compone l'*opinion*, senza quindi che ne venga quindi scalfita la portata obbligatoria. Aldilà delle problematiche legate alle espressioni impiegate dal legislatore, la soluzione di segno avverso era difficilmente sostenibile anche sul piano logico, poiché implicava una scissione concettuale tra il mezzo (le verifiche sul corretto *reporting* dei fatti di gestione e sulla corretta rappresentazione di questi nelle scritture contabili) e il fine (il giudizio professionale sull'integrità informativa del bilancio) dell'*auditing*¹⁹⁵.

Deve peraltro osservarsi come il medesimo rapporto di presupposizione logica intercorra anche tra il controllo da effettuare in tema di tenuta della contabilità sociale e di rilevazione corretta dei fatti di gestione. Dal momento che quest'ultima attività consiste, difatti, nell'iscrizione nelle scritture contabili tenute dall'imprenditore ex art. 2214 Cod. Civ. del valore economico (espresso in termini numerari, e desumibile dalla documentazione relativa) delle operazioni aziendali che influiscono sull'andamento economico e patrimoniale dell'impresa, ne consegue che solo verificando che tale rilevazione sia stata capace di rappresentare adeguatamente i fatti di gestione (mediante controlli che, di regola, avverranno a campione; sebbene non si escluda che in casi eccezionali si possa procedere anche a verifiche cc.dd. "a tappeto"¹⁹⁶) si potrà da ciò ricavare che le scritture contabili sono state tenute correttamente e in modo ordinato anche sotto un profilo sostanziale, senza limitarsi

¹⁹⁴ La riforma del 2003 era anzi andata ancora più nel dettaglio, sancendo oltre al carattere continuativo della verifica della contabilità anche un termine di periodicità minimo di tali controlli ("*verifica nel corso dell'esercizio e con periodicità almeno trimestrale, la regolare tenuta della contabilità e la corretta rilevazione nelle scritture contabili dei fatti di gestione*": art. 2409*ter* lett. a), oggi abrogato). Tale previsione era stata introdotta anche per rispondere alle critiche della dottrina che, nel commentare le disposizioni del T.U.F., aveva sottolineato come mancassero indicazioni legislative in proposito (cfr. IRACE, *L'attività*, cit., p. 1163).

¹⁹⁵ La dottrina formatasi ante Testo Unico del 2010 era giunta a queste conclusioni valorizzando in particolare la distinzione tra controllo "continuo" sulle scritture contabili e controllo finale sul bilancio (cfr. MARCIANO, *sub* art. 2409*ter*, in (a cura di SANDULLI-SANTORO) *La riforma delle società di capitali*, Torino, 2003, p. 627; BALZARINI, *sub* art. 155, in (a cura di MARCHETTI-BIANCHI) *La disciplina delle società quotate*, Milano, 1999, p. 1800).

¹⁹⁶ Allo stato attuale, i principi ISA (sui quali v. *funditus* par. 4) hanno esplicitamente affermato la residualità dei controlli a tappeto rispetto al controllo a campione, in particolare legando l'ampliamento del campione (fino a poter giungere, per l'appunto, alla totalità dello stesso) alla percezione di possibili irregolarità (per la dottrina aziendalistica che aveva sposato quest'impostazione cfr. CARATAZZOLO, *Il bilancio d'esercizio*, cit., p. 1210; ma avevano espresso perplessità in merito a tale impostazione ROSSI, *Revisione contabile e certificazione obbligatoria*, cit., p. 184).

quindi al mero dato formale della rispondenza tra le scritture contabili di cui all'art. 2214 Cod. Civ. (c.d. documentazione contabile di secondo grado) e la documentazione c.d. di primo grado¹⁹⁷. Inoltre, deve rilevarsi come il dovere di segnalare l'emersione di fatti censurabili, previsto dall'art. 155 c. 2 T.U.F.¹⁹⁸, al collegio sindacale e alla CONSOB, oltre ai doveri di comunicazione di irregolarità gestionali o violazioni delle discipline settoriali da parte dei revisori dei conti degli intermediari creditizi e finanziari previsti a favore degli Organi di Vigilanza bancaria e finanziaria (artt. 8 c. 4 T.U.F. e 52 c. 2 T.U.B.)¹⁹⁹, assumono fondamento, in quanto concretamente attuabili, proprio ove si ponga mente a tale dovere-potere del revisore: se difatti egli non avesse anche il compito di verificare la documentazione di primo grado egli non potrebbe mai avvedersi degli illeciti o delle irregolarità compiute da soggetti afferenti all'organizzazione societaria. Al contempo, però, è necessario sottolineare come tale impostazione non debba essere intesa nel senso di imporre, in capo al controllore dei conti, un dovere di scoperta di frodi contabili poste in essere dagli amministratori o dal *management*²⁰⁰, nel senso almeno di una obbligazione di risultato (nel senso "storico", oramai superato, di tale espressione²⁰¹). Tenuto conto, infatti, che le frodi comportano una maggiore difficoltà, in termini di emersione - in quanto sovente strutturate in modo tale da non essere rilevabili dai presidi di controllo (sia interni che esterni)²⁰² - la responsabilità del revisore dovrà essere valutata alla luce delle procedure e degli strumenti di verifica impiegati da quest'ultimo, costituendo sicuramente negligenza rimproverabile il mancato svolgimento di indagini più approfondite in presenza di elementi che potessero destare sospetto²⁰³.

¹⁹⁷ Cfr. QUAGLIOTTI, *Il diligente modus operandi nella verifica della corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili* (nota a Trib. Roma, 26 aprile 1999) in *Giur. Comm.*, 2000, II, pp. 705 ss.

¹⁹⁸ Secondo alcuni Autori tale obbligo di denuncia sarebbe applicabile anche nel caso delle società non coperte dall'ambito applicativo delle norme citate, e in particolare si ricaverebbe dall'art. 2409*septies* Cod. Civ. (per il quale cfr. *infra*), con la conseguenza quindi che il revisore sarebbe tenuto a segnalare tali fatti al collegio sindacale (o all'equivalente organo di controllo interno): per i termini del dibattito cfr. TENCATI, *sub art. 2409septies*, in *Commentario al Codice Civile* (a cura di CENDON), vol. 30, Milano, 2010, pp. 310-312; DI CECCO, *sub art. 2409septies*, in (a cura di MAFFEI ALBERTI) *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, pp. 1119-1120. Sul tema dello scambio d'informazioni tra revisore e organo di controllo interno, cfr. *infra*.

¹⁹⁹ Per le quali cfr. *supra*, Cap. 1, par. 3, nt. 47.

²⁰⁰ La vera e propria frode contabile si distingue dall'errore nella rilevazione o nella rappresentazione contabile del fatto amministrativo per il suo carattere intenzionale. Alla questione la normativa professionale dedica un intero principio: cfr. ISA n. 240.

²⁰¹ Vd. *supra*, nt. 8.

²⁰² Principio ISA n. 240, par. 20.

²⁰³ Le teorie qui riportate sono efficacemente condensate in una risalente pronuncia (Trib. Napoli, 18.3.1995, in *Soc.*, 1995, p. 1447: la sentenza attiene a un caso di revisione contabile svolta da sindaci)

Nel caso invece in cui la frode sia stata congegnata in modo talmente tanto accurato da non poter essere scoperta neanche a fronte delle migliori tecniche di *auditing*, il revisore dovrebbe andare esente da responsabilità²⁰⁴. Sul tema è peraltro intervenuto recentemente il Regolamento n. 537/2014, che nel caso della revisione degli EIP ha imposto al revisore, in caso di sospetto o di sussistenza di “*validi motivi per sospettare*” che si stiano verificando o siano state commesse delle irregolarità, anche di natura fraudolenta²⁰⁵, di comunicare all’EIP sottoposto a revisione tale circostanza, invitandolo ad approfondire la questione, e ad adottare le misure correttive del caso (anche allo scopo di evitare il ripresentarsi di tali fatti). Qualora tale invito venga disatteso, il revisore è tenuto a segnalare ciò all’Autorità di vigilanza nazionale. La norma potrebbe essere quindi letta come una specificazione di alcune disposizioni già presenti nell’ordinamento interno (in particolare, l’art. 2409*septies* Cod. Civ., che verrà esaminato nei prossimi paragrafi).

In conclusione, è pertanto possibile sottolineare come tutti i passaggi delineati dal legislatore costituiscano fasi consequenziali di un processo (come visto sopra) unitario, parallelamente a quanto avviene nel processo di redazione dei documenti contabili dell’ente revisionato²⁰⁶.

Quanto esposto sopra ci introduce al tema dei poteri che l’ordinamento concede ai revisori allo scopo di conseguire gli obiettivi dell’*auditing*. L’assetto normativo vigente delinea, in tema, un ventaglio di opzioni particolarmente ampio: ai sensi infatti dell’art. 14 c. 6 D. Lgs. 39/2010, il revisore è legittimato a poter richiedere agli amministratori “*documenti e notizie utili all’attività di revisione*”, oltre a poter procedere direttamente “*ad accertamenti, controlli ed esame di atti e documentazione*”: in particolare, la norma citata si cura di riconoscere tali poteri anche a favore del revisore incaricato di verificare il bilancio consolidato, nei confronti non solo dei revisori delle società “consolidate”, ma anche degli

che per l’appunto afferma come la revisione dei conti debba necessariamente riguardare il controllo della rispondenza tra la rappresentazione contabile e la documentazione probatoria dei fatti amministrativi, senza però che detta indagine debba spingersi sino a una verifica del mero fatto (andando oltre, cioè, la sua dimensione documentale).

²⁰⁴ Cfr. MONTALENTI, *La società quotata*, cit., p. 316; GALGANO, *Il nuovo diritto commerciale*, in (diretto da GALGANO) *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, XXIX, Padova, 2003, p. 429.

²⁰⁵ Deve ammettersi che, quantomeno a una prima lettura del testo della norma, si fatica a distinguere le due ipotesi. Con tutta probabilità, la norma deve essere letta nel senso di applicarsi, molto più semplicemente, qualora vi siano ragioni di sospettare delle irregolarità.

²⁰⁶ Per una descrizione del processo contabile e delle relative conseguenze sull’oggetto dell’incarico di revisione cfr. RACUGNO, *Dal bilancio ai fatti di gestione*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, pp. 601 ss.

amministratori di queste ultime: tali poteri costituiscono gli strumenti necessari per far sì che il revisore del bilancio consolidato possa effettivamente essere considerato responsabile per la verifica di detto documento finanziario, come richiesto dalla norma richiamata.

I summenzionati poteri consentono al revisore di potere acquisire; o recependo un flusso informativo previsto in suo favore dal legislatore, ovvero attivandosi in modo proattivo presso la società revisionata, i cc.dd. elementi probativi, cioè tutti gli elementi e le informazioni che possono consentire al revisore di formare la propria opinione sul bilancio da valutare²⁰⁷: la latitudine della nozione - in uno con l'ampiezza dei poteri riconosciuti dall'ordinamento - ci consente, inoltre, di comprendere come le verifiche del revisore debbano necessariamente estendersi, come segnalato sopra, anche ai profili sostanziali delle rilevazioni contabili. Gli elementi probativi possono essere acquisiti, secondo i principi di revisione ISA (n. 330, n. 500) ponendo in essere da un lato le cc.dd. procedure di conformità, volte alla verifica dell'affidabilità e dell'adeguatezza del sistema amministrativo-contabile dell'ente; ovvero le procedure di validità, che concernono la presenza di errori significativi nelle scritture contabili: l'ampiezza dei poteri del revisore si spiega proprio tenendo conto della numerosità degli elementi informativi necessari per poter efficacemente attuare tali controlli (come ad es., qualora il revisore ritenga opportuno procedere al ricalcolo delle registrazioni contabili ovvero all'esecuzione delle cc.dd. indagini comparative²⁰⁸). E' prassi consolidata, peraltro, che gli amministratori della società revisionata inviino, prima dell'inizio del processo di *auditing*, una c.d. lettera di attestazione con la quale si comunica al revisore che le scritture contabili formate dal *management* sono appropriate (in termini di ragionevolezza delle valutazioni), e che in particolare è stato dato accesso a tutte le informazioni rilevanti: ne consegue quindi che, ai fini di un eventuale giudizio di responsabilità, essa possa assumere rilevanza ai fini della prova di comportamenti di tipo fraudolento, ma che non esonera

²⁰⁷ Cfr., in particolare, il principio ISA 500, dal quale si ricava (cfr. par. 1 lett. c)) che tali elementi, nei limiti in cui essi possano qualificarsi come "appropriati", non si limitano solo alla documentazione contabile di primo grado, ma debbano estendersi a qualunque fonte informativa ritenuta necessaria dal revisore.

²⁰⁸ Il dato emerge in tutta la sua plasticità ove si consideri che tra le stesse procedure di conformità e di validità vengono ricomprese anche le ispezioni sui dati contabili della società e l'osservazione diretta delle procedure interne dell'ente.

il revisore dall'esercizio diligente dei propri poteri²⁰⁹.

Venendo più segnatamente alle due categorie di poteri attribuiti dal legislatore, occorre segnalare quali siano i problemi interpretativi che si sono maggiormente posti nella prassi. Quanto al diritto di richiedere informazioni, le principali tematiche di discussione attengono ai limiti di tali poteri: da un lato, in relazione al c.d. limite oggettivo dell'utilità per la revisione, sembra essere oggi pacifica in dottrina l'opinione di chi ritiene²¹⁰ che la valutazione della pertinenza dell'informazione al processo di revisione spetti soltanto al revisore medesimo, senza che ai destinatari della richiesta possa residuare qualche spazio per sindacare tale richiesta; dall'altro, quanto al c.d. limite soggettivo del novero dei soggetti che possono essere destinatari delle richieste del controllore dei conti, le chiare lettere della legge sembrano del tutto escludere che, al di fuori degli amministratori, altri soggetti appartenenti all'organizzazione societaria possano essere richiesti di adempiere a tale dovere²¹¹ - al netto del caso in cui questi ultimi non siano stati espressamente incaricati dallo stesso organo amministrativo -, anche se non è mancato chi abbia inteso ampliare tale ambito soggettivo ricorrendo a un'interpretazione secondo buona fede del contratto di revisione, in omaggio all'art. 1375 Cod. Civ.²¹².

In relazione al secondo "blocco" di poteri, si rende in particolare necessario definire in modo più dettagliato quali siano le attività che possono essere esercitate direttamente dal revisore. In particolare, la dottrina era, ed è, sostanzialmente concorde nel ritenere che per "accertamenti" si debbano intendere le verifiche condotte dall'esperto contabile presso sedi e stabilimenti della società controllata

²⁰⁹ COSTA, *Il controllo del revisore contabile e gli amministratori di s.p.a.: le rispettive responsabilità in caso di irregolarità nella gestione*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova*, 1995-1996, pp. 103-104. A tale attestazione, del resto, non si potrebbe attribuire maggior valore, se si tiene conto che da un lato recepisce il dato legislativo codicistico (obbligo di redazione del bilancio in capo agli amministratori ai sensi dell'art. 2423 c.1) e dall'altro dovrebbe certificare la mancata commissione di contegni che potrebbero ricadere nell'ambito applicativo del reato di impedito controllo (art. 29 D. Lgs. 39/2010).

²¹⁰ FORTUNATO, *La certificazione del bilancio*, cit., pp. 147 ss.; BALZARINI, *sub art. 155*, in (a cura di MARCHETTI-BIANCHI) *La disciplina delle società quotate*, cit., p. 1810. Gli stessi Autori sono al contempo chiari nel rimarcare come la richiesta del revisore debba comunque essere ragionevole, e che possa essere giustificata in base a criteri oggettivi (come del resto si era espressa già la CONSOB con la Comunicazione 25 marzo 1982, n. 82003716).

²¹¹ MARCIANO, *sub art.2409ter*, in (a cura di SANDULLI-SANTORO) *La riforma delle società di capitali*, cit., p. 631; COLOMBO, *sub art. 155*, in (a cura di G.F. CAMPOBASSO) *Testo Unico della Finanza. Commentario*, II, Torino, 2002, p. 1291.

²¹² Ad es., ROSSI, *Revisione contabile e certificazione obbligatoria*, cit., p. 142. Non condivide tale impostazione MAGGIOLINO, *sub art. 2403ter*, in (a cura di MARCHETTI-BIANCHI-GHEZZI-NOTARI) *Commentario alla riforma del diritto societario*, Milano, 2005, p. 405, ma sottolinea gli aspetti problematici, in termini di operatività concreta, della teoria dominante.

onde acquisire riscontri extracontabili in merito a poste contabili (ricomprendendo quindi le osservazioni e le indagini di cui al principio ISA n. 500)²¹³ ; mentre i “controlli” ricomprendono tutte le attività tese a controllare l’esattezza, sotto il profilo matematico, delle scritture contabili (con implicito rimando alle procedure di ricalcolo e di riesecuzione, sempre ai sensi del principio ISA n. 500)²¹⁴. L’“esame di atti e documentazione” costituisce la ridenominazione dell’attività precedentemente conosciuta come “ispezioni”, consistente nell’esame diretto di qualunque documento necessario per la verifica della stima dei valori registrati nella documentazione contabile²¹⁵. I principali aspetti operativi connessi all’esercizio di tali poteri concernono, da un lato, il tema delle eventuali inadempienze degli amministratori alle richieste dei revisori e, dall’altro, la questione dei limiti della c.d. circolarizzazione, cioè della possibilità di svolgere verifiche presso soggetti terzi.

Quanto al primo tema, si rileva come i commentatori abbiano valorizzato in particolare il limite oggettivo dell’utilità alla revisione delle informazioni da raccogliere: si è difatti osservato come, se il revisore è obbligato dalla legge a richiedere solo le informazioni necessarie a tale scopo, sarà diritto degli amministratori rifiutarsi di rendere tali informazioni qualora appaia patente la loro inutilità²¹⁶: in caso contrario, tale rifiuto può esporre gli amministratori a responsabilità non solo civili (per quanto attiene eventuali danni che il revisore potrebbe subire dall’inadempimento di tale dovere), ma anche amministrative (in quanto la mancata ostensione, se posta in essere con modalità fraudolente, può integrare la sanzione amministrativa in tema di impedito controllo di cui all’art. 29 D.

²¹³ *Ex multis*, COLOMBO, *La disciplina italiana della revisione*, in *Riv. dott. comm.*, 1977, p. 25; CARATAZZOLO, *Il bilancio d’esercizio*, cit., p. 1218. Mentre le osservazioni concernono la verifica di un processo svolto da altri sotto la supervisione del revisore (cfr. par. A17), le indagini riguardano la ricerca di informazioni di natura finanziaria, o di altra natura, presso le persone che le detengono (par. A22).

²¹⁴ CARATAZZOLO, *Il bilancio d’esercizio*, cit., p. 1218; FORTUNATO, *La certificazione del bilancio*, cit., p. 151. Le procedure di ricalcolo attengono a documentazione già esistente, mentre quelle di riesecuzione comportano una revisione complessiva di operazioni di calcolo già effettuati all’interno dell’impresa (vd. in particolare par. A19).

²¹⁵ La vecchia dizione è ancora impiegata dal principio ISA 500 (cfr. parr. A14, A16). La dottrina ha in larga parte assimilato quest’ultima categoria a quella degli accertamenti, sul presupposto della grande somiglianza tra le condotte disciplinate dal principio ISA (cfr. MARCIANO, *sub art. 2403*, in (a cura di SANDULLI-SANTORO) *La riforma delle società di capitali*, cit., p. 632; SPIOTTA, *sub art. 2409ter*, in (a cura di COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, p. 1023).

²¹⁶ Tale irrilevanza deve emergere chiaramente, poiché (come abbiamo visto sopra) la valutazione della pertinenza è rimessa alla “discrezionalità tecnica” del revisore, ed è pertanto sindacabile solo ove tale decisione sia manifestamente illogica o infondata. Sul punto cfr. FORTUNATO, *La certificazione del bilancio*, cit., p.147; COLOMBO, *La disciplina italiana della revisione*, cit., p. 25.

Lgs.²¹⁷ - fattispecie che costituiva reato prima dell'entrata in vigore del D. Lgs. 8/2016 -). Per quanto concerne, invece, il tema della c.d. circolarizzazione, attività ampiamente disciplinata dalla normativa professionale²¹⁸, sia la dottrina che la prassi professionale ha da tempo superato i problemi legati al fatto che i terzi, non essendo per definizione parti del contratto, non sottostanno ai poteri previsti dalla legge in favore dei revisori; ritenendo che tali controlli possano essere effettuati in via indiretta, cioè richiedendo agli amministratori della società revisionata di domandare le conferme opportune a tali terzi, sfruttando il fatto che essi sono soggetti legati alla società controllata da relazioni contrattuali²¹⁹.

Premessi questi cenni, è possibile affermare che il controllo del revisore sia un controllo eminentemente di legittimità²²⁰, poiché concerne profili di *compliance* delle rappresentazioni contabili della società revisionata con la normativa in tema di contabilità (quindi, non solo con il rispetto della legislazione applicabile ma anche dei principi contabili), avendo particolare riguardo – come visto sopra - al rispetto del rispetto della *true and fair view clause*, e quindi della capacità del bilancio di esercitare efficacemente e pienamente la sua funzione informativa: si tratta quindi di un controllo di legittimità “limitato” e “funzionalizzato”, in quanto volto a garantire il rispetto di un particolare settore della legislazione d'impresa e, in particolare, per mezzo della centralità della clausola della “rappresentazione veritiera e corretta”, le specifiche finalità che quest'ultima intende presidiare. Da questa ricostruzione consegue, pertanto, che il controllo non potrà mai riguardare profili di merito, concernenti cioè non solo le modalità con cui gli amministratori, in sede di redazione del bilancio, esercitino la discrezionalità, loro riconosciuta dalla normativa contabile

²¹⁷ Per un commento alla fattispecie pre-depenalizzazione, e più in generale lo statuto penale della revisione dei conti dopo la riforma del 2010, cfr. TROYER-INGRASSIA, *Prime riflessioni sullo statuto penale della revisione legale a seguito del D. Lgs. 39/2010*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2010, pp. 595 ss.; CENTONZE, *La nuova disciplina penale della revisione legale dei conti*, in *Diritto Penale e Processo*, 2010, pp. 661 ss.

²¹⁸ Si veda in particolare il principio ISA n. 505 sulle “conferme esterne” per quanto attiene gli aspetti procedurali.

²¹⁹ I conti da controllare, infatti, attengono in particolare a rapporti di debito con banche, fornitori, etc. o a compensi per prestazioni professionali. Sul punto cfr. COLOMBO, *La disciplina italiana della revisione*, cit., p. 25 e ROSSI, *Revisione contabile e certificazione obbligatoria*, cit., p. 144.

²²⁰ La dottrina sul punto è pacifica: cfr. *ex plurimis*, BUSSOLETTI, *Le società di revisione*, cit., p. 197; ROSSI, *Revisione contabile e certificazione obbligatoria*, cit., p. 140; DI NANNI, *Competenze e responsabilità della società di revisione*, in (a cura di AMATUCCI) *I controlli esterni nelle società quotate*, cit., p. 146. *A fortiori*, si sottolinea come al revisore non spetti, ovviamente, “modificare o valutare” le scelte gestionali in quanto si tratta di una forma di controllo ontologicamente *ex-post*: BONAVERA, *Questioni in tema di adempimento dell'incarico affidato alla società di revisione* (nota a Trib. Milano, 25 luglio 2008), in *Soc.*, 2009, p. 318.

(*lato sensu* intesa) nella valutazione a fini contabili dei fatti amministrativi (nei limiti ovviamente di un impiego *ragionevole* di tale potere); ma anche, più in generale, le stesse scelte imprenditoriali adottate dagli organi di vertice dell'impresa societaria.

In particolare, è tenendo conto del particolare ambito su cui insiste il controllo del revisore esterno che si comprende come esso possa essere distinto dai compiti del collegio sindacale. Tale organo, difatti, svolge anch'esso un controllo di legittimità quanto all'*agere* degli amministratori, ma ben più generale, in quanto volto a verificare la conformità con la legge, lo statuto e i principi di corretta amministrazione (desumibili dalla migliore scienza aziendalistica) della gestione della società globalmente intesa²²¹: ed è peraltro in tale chiave che deve essere letta la partecipazione del collegio sindacale al processo di redazione del bilancio, che si giustifica proprio in un'ottica di controllo sulle scelte gestionali, con la richiesta di un vero e proprio consenso all'iscrizione di particolari voci (avviamento, ratei e risconti...) che, esprimendo processi produttivi necessariamente pluriennali, implicano veri e propri atti gestionali (art. 2426 Cod. Civ.)²²², sebbene occorra osservare come in relazione a tale competenza non siano estranee anche aspetti contabili, e in particolare la necessità di tutelare l'integrità della rappresentazione bilancistica del patrimonio sociale, che potrebbe essere sovrastimata qualora alcuni costi sostenuti dalla società, invece di essere imputati a conto economico, venissero capitalizzati, mediante l'iscrizione tra le voci dell'attivo patrimoniale²²³. Tale delimitazione delle sfere di competenza dei due organi può dirsi pacificamente acquisita solo a seguito della stagione delle riforme 1998-2003: è noto, infatti, come in precedenza la dottrina (specie quella aziendalistica) fosse ampiamente divisa in merito alla possibile coesistenza di poteri, in materia di controllo contabile sulle società quotate, tra il revisore e il collegio sindacale, ipotizzando una possibile

²²¹ Come si desume quasi letteralmente dall'art. 2403 c. 1 Cod. Civ e art. 149 lett. a) e b) T.U.F. In generale, sui doveri del collegio sindacale (limitandoci al quadro normativo post-riforme 1998-2003), cfr. DOMENICHINI, *sub* art. 2403, in (a cura di NICCOLINI-STAGNO D'ALCONTRES) *Società di capitali - Commentario*, cit., pp. 750 ss; BENATTI, *sub* artt. 2397-2406 in (a cura di MAFFEI ALBERTI) *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, pp. 880 ss.; MARCIANO, *sub* art. 2403, cit., pp. 540 ss. Rimarca le differenze di compiti e di funzioni tra collegio sindacale e revisori dei conti VERNA, *Le differenti responsabilità del revisore legale rispetto a quelle del collegio sindacale*, in *Il controllo nelle società e negli enti*, 2011, pp. 199 ss.

²²² Cfr. SUPERTI FARGA, *Il ruolo del collegio sindacale e dei revisori-certificatori nella normativa vigente e nelle prospettive di attuazione delle direttive comunitarie*, in *Riv. Dott. Comm.*, 1988, 4, p. 648.

²²³ MATINO-BOTINI-ROLFI, *Gli organi di controllo societario*, Milano, 2005, pp. 106-107. Tale disposizione, in virtù dell'art. 154 c. 1 T.U.F., non è però applicabile alle società quotate:

scissione tra il momento della certificazione e quello del controllo sul *bookkeeping*, partendo dal presupposto della necessaria strumentalità di quest'ultima forma di vigilanza al più generale controllo sulla gestione²²⁴. Superata tale ricostruzione, deve però osservarsi come anche oggi, a distanza di molti anni dalle prime riforme, continuano a persistere alcune incertezze concernenti un punto di particolare rilevanza e che, per la sua "collocazione", finisce per trovarsi a metà strada tra obblighi del collegio sindacale e dei revisori dei conti: la vigilanza sul sistema di controllo interno (SCI) dell'ente sottoposto a revisione. Se prima dell'introduzione del T.U.F. e della riforma societaria del 2003, in assenza di specifiche statuizioni legislative, il dibattito si era concentrato in particolare su quale organo, alla luce delle rispettive attribuzioni, potesse meglio esercitare tale compito²²⁵; sia il legislatore del Testo Unico del 1998 che della riforma codicistica hanno esplicitamente attribuito il compito di vigilare sull'adeguatezza degli assetti organizzativi e amministrativo-contabili (con particolare riferimento per le quotate proprio al SCI)²²⁶ all'organo di controllo interno²²⁷. L'intervento legislativo è stato indubbiamente necessario per dipanare una matassa che rischiava di creare notevoli problemi (su tutti, per citare forse il più grave, il pericolo di stimolare una deresponsabilizzazione reciproca per "rimpallo"), a tutt'oggi permangono rischi di sovrapposizione derivanti non solo dal fatto che i principi professionali richiedono al revisore di valutare il SCI dell'ente controllato²²⁸, sebbene (e questa circostanza potrebbe parzialmente risolvere tale antinomia) quest'ultima analisi è limitata solamente ai profili concernenti il processo di revisione, specie per quanto riguarda la stima dei rischi connessi all'esecuzione dell'incarico (il c.d. rischio di revisione, cioè il rischio che il revisore giudichi positivamente un bilancio affetto da errori che superino la soglia di significatività²²⁹, che a sua volta viene scomposto

²²⁴ SUPERTI FARGA, *Il ruolo del collegio sindacale e dei revisori-certificatori*, cit., pp. 643-644; COLOMBO, *La disciplina italiana della revisione*, cit., pp. 21 ss.

²²⁵ Optava per l'assegnazione di tale compito al revisore, ad es., DE ANGELIS, *L'esercizio del controllo sulle società di capitali: controllo contabile e controllo legale dei conti: Autoregolamentazione convenzionale ed evoluzione della disciplina legale*, in *Riv. Soc.*, 1997, pp. 117 ss.

²²⁶ Rispettivamente art. 149 lett. c) T.U.F. e art. 2403 c. 1 Cod. Civ.

²²⁷ Che tale obbligo non rientri tra quelli in capo alla società di revisione è acquisizione anche della giurisprudenza: Trib. Milano, 25 luglio 2008, in *Soc.*, 2009, pp. 309 ss. (con nota di BONAVERA, *Questioni in tema di adempimento dell'incarico*, cit.).

²²⁸ Per quanto attiene gli ISA, cfr. n. 265 § 2; n. 315 § 2. Sui principi di revisione in generale, cfr. successivo par. 4. In dottrina, in questi termini anche LAGHI, *La relazione logica e funzionale tra i due tipi di controllo*, in (a cura di BIANCHINI-DI NOIA) *I controlli societari: molte regole, nessun sistema*, cit., p. 168.

²²⁹ Tale nozione (c.d. *materiality*) indica la soglia oltre la quale si può ragionevolmente ritenere che gli errori nella redazione del bilancio, da soli o combinati tra di loro, possano andare a influire sulle decisioni degli utilizzatori del bilancio medesimo (cfr. ISA n. 200 e n. 320). Sul tema cfr. LAMANNA DI

nelle categorie (i) del rischio intrinseco; (ii) del rischio di controllo e (iii) del rischio di individuazione²³⁰), ma anche perché lo stesso collegio sindacale è chiamato a svolgere, sostanzialmente, le medesime attività di verifica (controlli campionari, etc...) per poter non solo valutare l'adeguatezza del SCI, ma anche per adempiere agli doveri imposti dalla legge²³¹.

Per quanto attiene in particolare la categoria degli EIP, la previsione del c.d. comitato per il controllo interno e la revisione (CCI), che il legislatore nazionale ha individuato nel collegio sindacale e negli organi con funzioni analoghe dei sistemi alternativi di *governance*^{232 233}, potrebbe svolgere un ruolo importante ai fini del coordinamento delle attività tra il controllore interno e quello esterno. Ai sensi dell'art. 19 D. Lgs. 39/2010, infatti, il CCI ha il compito di vigilare su quattro aree: “a) il processo di informativa finanziaria; b) l'efficacia dei sistemi di controllo interno, di revisione interna, se applicabile, e di gestione del rischio; c) la revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati; d) l'indipendenza del revisore legale o della società di revisione legale, in particolare per quanto concerne la prestazione di servizi non di revisione all'ente sottoposto alla revisione legale dei conti”²³⁴. Tralasciando, per ora, il tema della tutela dell'indipendenza, è necessario comprendere in dettaglio in cosa consistano le aree d'intervento individuate dal

SALVO, *Il concetto di materiality nella redazione e nella revisione del bilancio d'esercizio*, in *Rivista on-line della Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze*, 2010, 2 (disponibile al sito: <http://www.rivista.ssef.it/site.php?page=20050809080156987&edition=2006-05-01>).

²³⁰ Le tre sottocategorie si distinguono a seconda che l'errore contabile sia contenuto nella documentazione contabile, o ancora che lo stesso non sia stato successivamente rilevato dal SCI dell'ente revisionato ovvero che questo sia sfuggito anche alle verifiche del revisore. In tema v. BAVA-DEVALLE, *Il processo di revisione*, in *Le Società. Gli Speciali. D. Lgs. 39/2010*, cit., p. 13.

²³¹ *Ex plurimis*, FORTUNATO, *Doveri e poteri del collegio sindacale nelle società quotate*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1999, pp. 12-15.

²³² Tale discrezionalità era prevista dall'art. 41 della Direttiva 2006/43, che aveva consentito, per l'appunto, agli Stati membri di determinare a livello nazionale quale dovesse essere la composizione di questo Comitato. Ai sensi del c. 1 disp. cit., le legislazioni nazionali potevano prevedere che l'organo fosse a composizione “mista” (amministratori non esecutivi e/o membri dell'organo di controllo e/o soggetti esterni designati dall'assemblea) ovvero, a mente del c. 2, investire delle attribuzioni di questo Comitato o l'organo amministrativo ovvero l'organo di controllo.

²³³ Con riguardo al sistema dualistico pare condivisibile l'osservazione di A. BERTELOTTI, *Società per azioni*, cit., pp. 450-451, il quale ritiene che nel caso in cui al consiglio di sorveglianza siano attribuite le funzioni di “controllo strategico” di cui alla lett. *fbis*) art. 2409 *terdecies* Cod. Civ. esso non possa esercitare la funzione di CCI, dovendo pertanto costituire necessariamente al suo interno un comitato dedicato esclusivamente all'esercizio della funzione in parola.

²³⁴ In particolare, la legislazione nazionale ha inteso attribuire al CCI solo le competenze espressamente menzionate dalla Direttiva del 2006, non sfruttando quindi la possibilità, riconosciuta dalla medesima normativa europea, di attribuire anche ulteriori funzioni all'organo. Si sostiene, peraltro, che tale scelta del legislatore non precluda agli EIP di poter prevedere, a livello statutario, tali ulteriori funzioni: SOTTORIVA, *Il comitato per il controllo interno e per la revisione contabile introdotto dall'art. 19 del D. Lgs. 39/2010: riflessioni in sede di prima istituzione alla luce delle indicazioni dell'Unione europea*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2011, p. 130.

legislatore delegato. Quanto a quella *sub a*), in assenza di una definizione legislativa del concetto di informativa finanziaria, si è suggerito di rinviare a quanto ricavabile dalla normativa di attuazione della c.d. Direttiva Trasparenza (2004/109/CE, come modificata dalla Direttiva 2013/50/UE)²³⁵, restringendo quindi tale concetto ai processi di produzione e diffusione a favore del pubblico di dati contabili, destinati a essere contenuti nell'informazione finanziaria periodica²³⁶; mentre per quanto attiene i doveri *sub b*) la sostanziale omogeneità terminologica impone il rimando ai generali doveri di vigilanza sull'adeguatezza degli assetti, gravanti in capo al collegio sindacale sia delle quotate che delle non quotate. Già solo dall'esame di queste due macro-aree si comprende perché il legislatore nazionale abbia inteso attribuire tali funzioni all'organo societario di controllo, e cioè la volontà di evitare sensibili disallineamenti tra i compiti "di diritto comune" e le competenze specifiche richieste dalla normativa di settore, sfruttando peraltro l'*expertise* che sindaci e figure equiparate hanno avuto modo di sviluppare *in subiecta materia*. A proposito dell'ultima area di competenze *sub c*), si può affermare che essa concerne la verifica che la revisione dei conti sia svolta nel rispetto di tutta la normativa applicabile, ivi inclusa quella professionale²³⁷.

Il ruolo di coordinamento tra i due controllori, che abbiamo poc'anzi sottolineato, si evince in particolare dall'ultimo comma dell'art. cit., in base al quale il revisore è tenuto a presentare una relazione al CCI "*sulle questioni emerse in sede di revisione, e in particolare sulle carenze significative rilevate nel sistema di controllo interno in relazione al processo di informativa finanziaria*": il legislatore, in altri termini, ha con tutta probabilità preso atto dell'impossibilità di tracciare una ripartizione netta di sfere di competenza tra i due soggetti (specie per quanto attiene le componenti del SCI più strettamente connesse all'informazione contabile), ma ha inteso sfruttare questa "ambiguità" di fondo per imporre una forma di cooperazione, su base tendenzialmente continuativa²³⁸, che possa in particolar modo essere utile

²³⁵ Non solo, quindi, il D. Lgs. 195/2007, ma anche la normativa avente rango sublegislativo (come ad es., le modifiche apportate al Regolamento emittenti CONSOB).

²³⁶ Cfr. ASSONIME, Circolare 16/2010, *La nuova revisione legale dei conti*, cit., pp. 75-76.

²³⁷ SOTTORIVA, *Il comitato per il controllo interno e per la revisione contabile*, cit., p. 141. Da ciò si evince, quindi, come prevedere come area autonoma le verifiche *sub d*) finisca per essere una superfetazione, volta a segnalare ai destinatari della normativa la particolare attenzione che il *policymaker* ha inteso destinare a quest'ultima. Essa, difatti, non si distingue concettualmente dai controlli che il CCI dovrà effettuare in base a quanto disposto *sub c*).

²³⁸ Sottolinea l'esercizio della funzione su base *ongoing* ASSONIME, Circolare 16/2010, *La nuova revisione legale dei conti*, p. 77.

come strumento di *early warning*, in modo tale da poter individuare criticità e carenze del SCI prima che quest'ultime abbiano già prodotto (o agevolato) la causazione di danni per la società. Sempre in tema di coordinamento, deve osservarsi come la dottrina abbia sin dall'emanazione del D. Lgs. 39/2010, sottolineato come non dovrebbero sussistere particolari profili di sovrapposizione tra i compiti del "comitato controllo e rischi" previsto in seno al consiglio di amministrazione dall'art. 7 del Codice di Autodisciplina per le società quotate, emanato dal Comitato per la *corporate governance* costituito presso Borsa Italiana²³⁹, dal momento che tale comitato non è incaricato, anche alla luce della sua collocazione quale articolazione meramente interna del CdA, di svolgere una funzione di controllo, ma piuttosto di esercitare un ruolo propositivo (curando anche le relative istruttorie) e consultivo in favore del *plenum*²⁴⁰, con la conseguenza quindi che le attività di verifica e di valutazione del SCI che sono previste dall'art. 7.C.1 lett. b) ed e) dovranno essere intese come strumentali ai compiti principali sopramenzionati, riducendo quindi ulteriormente spazi di possibili duplicazioni di compiti²⁴¹.

Oltre alla normativa specifica prevista per gli EIP, anche la normativa "di diritto comune" ha previsto strumenti che possono assumere rilievo ai fini dell'opportuna cooperazione tra i due soggetti: l'art. 2409*septies*, "confermato" dalla riforma del 2010, dispone infatti che l'organo di controllo interno e il revisore debbano scambiarsi "*tempestivamente le informazioni rilevanti per l'espletamento dei rispettivi compiti*"²⁴². Tale disposizione, che inserisce anche il revisore nel "reticolo" dei flussi informativi societari, impone la circolarizzazione delle informazioni che, secondo la dottrina, possano essere considerate utili, per l'appunto, all'esercizio delle funzioni attribuite dall'ordinamento, secondo una tempistica idonea all'esercizio di queste ultime²⁴³, specie in relazione ai temi dell'adeguatezza dell'assetto

²³⁹ Ci si riferisce, qui, all'ultima edizione, emanata a luglio 2014.

²⁴⁰ TOFFOLETTO-BEVILACQUA, *La disciplina della revisione dei conti negli enti di interesse pubblico*, cit., pp. 30 ss.

²⁴¹ Ciò non toglie ovviamente che, come rilevato da FAVINO, *La revisione dei conti negli enti di interesse pubblico*, cit., pp. 110-111, sia necessaria la previsione di adeguati strumenti di coordinamento tra i due comitati, non solo per evitare le possibili inefficienze che possono emergere da potenziali sovrapposizioni ma anche in un'ottica di rafforzamento dei presidi di controllo dei rischi.

²⁴² La norma in parola mutua il suo contenuto (e, salvo alcune opportune integrazioni, anche la sua formulazione) da una norma tutt'ora applicabile nei confronti della principale categoria di EIP, cioè le società quotate: si tratta in particolare dell'art. 150 c. 3 T.U.F.

²⁴³ V. FORTUNATO, *sub art. 2409septies*, in (a cura di NICCOLINI-STAGNO D'ALCONTRES) *Società di capitali - Commentario*, cit., p. 862; DI CECCO, *sub art. 2409septies*, (a cura di MAFFEI ALBERTI) *Il nuovo diritto delle società*, cit., p. 1118.

amministrativo-contabile della società e della permanenza della continuità aziendale²⁴⁴.

5. Lo svolgimento dell'auditing. Il ruolo dei principi professionali

Come per molte altre professioni intellettuali, anche nel caso della revisione dei conti le organizzazioni che rappresentano la professione hanno codificato gran parte delle “regole dell’arte” che sovrintendono lo svolgimento degli incarichi; delineandosi, come nel caso dei principi contabili²⁴⁵, principi professionali “nazionali” e “internazionali”, a seconda dell’ente produttore. Nel caso specifico della revisione dei conti, fino all’emanazione del D. Lgs. 39/2010 i principi di revisione nazionale sono stati adottati, sin dagli anni Settanta, dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (CNDCEC)²⁴⁶; anche se occorre segnalare, per quanto attiene l’*auditing*, sulle società quotate il pervasivo ruolo previsto dalla legge a favore della CONSOB: a mente dell’art. 162 T.U.F. c. 1 lett. c), l’Autorità di Vigilanza poteva raccomandare l’impiego di “*principi e criteri*” per la revisione, previo parere del CNDCEC. Tale norma fu in seguito modificata dalla L. 262/2005 (art. 18) rafforzando il ruolo della Commissione, che venne chiamata a “*stabilire*”, sempre previo parere del CNDCEC, “*principi e criteri*” per l’*auditing* delle società quotate. In ambito internazionale, invece, i cc.dd. *International Standard*

²⁴⁴ Cfr. MATTEI, *L’obbligo di informativa tra collegio sindacale e revisore legale dei conti*, in *Soc.*, 2012, pp. 1319 ss. Rispetto all’impostazione dell’A., che sembra privilegiare - nelle materie citate - il flusso informativo dai revisori ai sindaci, sembra più corretto ritenere che il flusso sia “circolare”, nel senso anche i revisori (specie in relazione alla comprensione dell’assetto organizzativo della società revisionata) dovranno essere destinatari delle informazioni ottenute dall’organo di controllo interno nell’esercizio delle sue funzioni istituzionali (con tutte le conseguenze del caso in termini di responsabilità *ex art.* 2407 Cod. Civ.).

²⁴⁵ I principi contabili nazionali sono emanati, nel nostro Paese, dall’Organismo Italiano di Contabilità, ente costituito in forma di fondazione di diritto privato, secondo la definizione di cui all’art. 9^{ter} del D. L. 91/2014, convertito con modificazioni dalla L. 116/2014. Il medesimo provvedimento legislativo ha esplicitamente riconosciuto (art. 9^{bis} lett. a)) la funzione di *standard setting* dell’OIC. I principi contabili internazionali IAS/IFRS sono invece emanati dall’*International Accounting Standards Body* (IASB), ente che opera come *standard setter* indipendente nell’ambito della *International Financial Reporting Standard Foundation*, organizzazione *no-profit* che ha come scopo la creazione e promozione di un *set* di principi contabili di alta qualità. In dottrina, v. FORTUNATO, *I principi contabili internazionali e le fonti del diritto (pluralismo giuridico, diritto riflessivo e governance nel modello europeo)*, in *Giur. Comm.*, 2010, p. 5 ss. Con particolare riguardo alla procedura di recepimento nell’ordinamento comunitario, a seguito dell’entrata in vigore del Regolamento CE n. 1606/2002, cfr. SCOGNAMIGLIO, *La ricezione dei principi contabili internazionali IAS/IFRS ed il sistema delle fonti del diritto contabile*, in AA.VV., *IAS/IFRS. La modernizzazione del diritto contabile in Italia*, Milano, 2007, p. 20 ss.

²⁴⁶ In particolare, nell’ottobre 2002 il CNDCEC riformò notevolmente la normativa professionale vigente all’epoca, emanando un notevole numero di nuovi principi.

on Auditing (ISA) sono elaborati dall'*International Auditing and Assurance Standard Board* (IAASB), organo collegiale che opera con funzione di *standard setting* per quanto attiene la revisione contabile degli enti di diritto privato, nell'ambito dell'*International Federation of Accountants* (IFAC).

Tanto premesso, e prima di descrivere le modifiche al quadro normativo che sono state apportate dal Testo Unico del 2010, occorre rilevare come anche a proposito dei principi di revisione si sia posto il problema di valutare la loro natura giuridica e la loro classificazione nel sistema delle fonti. L'opinione tralazia in merito era nel senso di ritenere tali principi professionali quali consuetudini, ai sensi dell'art. 8 Preleggi²⁴⁷, e che nello specifico essi potessero ritenersi consuetudini *praeter legem*, in quanto andavano a disciplinare lo svolgimento della revisione, mentre le fonti di rango superiore si occupavano soprattutto del risultato di tale attività (in particolare, dell'*opinion* sul bilancio): ne conseguiva quindi il riconoscimento della natura prettamente giuridica dei principi professionali, per quanto si deve comunque osservare come tale corollario non sia mai stato portato dalla dottrina e dalla giurisprudenza alle estreme conseguenze di ritenere esente da responsabilità il revisore che avesse adempiuto a quanto prescritto da detti principi. Al contrario, il ruolo dei principi di revisione nei giudizi di responsabilità è stato storicamente molto flessibile: se, da un lato, il rispetto di questi ultimi poteva comunque comportare la condanna per danni nel caso in cui il caso concreto avesse richiesto il ricorso a procedure o controlli ulteriori; dall'altro il mancato adempimento di quanto prescritto dalla normativa professionale valeva solo quale presunzione semplice di responsabilità, che poteva essere superata proprio dimostrando che nel caso in questione per il revisore fosse necessario discostarsi da quanto richiesto²⁴⁸. E' risultata in altri termini minoritaria quella posizione dottrina che aveva inteso rinvenire nei principi di revisione una sorta di "contegno minimo", al di sotto della

²⁴⁷ Per tale opinione v. in particolare, BOTTIGLIERI, *Il controllo del bilancio*, in AA.VV., *Il bilancio d'esercizio. Problemi attuali*, Milano, 1978, pp. 322 ss.; CARATAZZOLO, *Il bilancio d'esercizio*, Milano, 1998, p. 909.

²⁴⁸ Tale considerazione era divenuta vero e proprio *ius receptum* nelle sentenze che si sono occupate della materia in parola: Trib. Milano 18 giugno 1992, cit.; Trib. Torino, 18 settembre 1993, in *Giur. Comm.*, 1994, II, pp. 284 ss.; Trib. Milano, 21 ottobre 1999, in *Giur. It.*, 2000, pp. 553 ss. Anche la dottrina concordava unanimemente con tale impostazione: v. NUZZO, *sub art.* 164, in (a cura di ALPA-CAPRIGLIONE) *Commentario al Testo Unico*, cit.; FORTUNATO, *sub art.* 2409ter, in (a cura di NICCOLINI-STAGNO D'ALCONTRES) *Società di capitali – Commentario*, cit., p. 816; BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria*, cit., pp. 59 ss.

quale il revisore era da intendere sempre in colpa *iuris et de iure*²⁴⁹. E' probabile che quest'ultima dottrina traesse spunto (anche solo a livello "inconscio") dalle critiche che erano state mosse nei confronti delle teorie prevalenti, oltre che dalla volontà da parte degli Organi giurisdizionali e di Vigilanza²⁵⁰ di reprimere qualunque applicazione meramente formalistica degli *auditing standard*.

Alla tesi della natura consuetudinaria dei principi professionali si era difatti obiettato da un lato che gli usi normativi contrasterebbero con la funzione pubblicistica dell'*auditing*, stante la loro pacifica natura dispositiva; dall'altro che mancherebbe l'elemento della *diuturnitas*, cioè della ripetizione costante e reiterata nel tempo di un dato comportamento senza l'intermediazione di enti o strutture collettive ma direttamente dall'operare della collettività di riferimento, in quanto nel caso dei principi professionali vengono adottati dalle associazioni professionali a seguito di una valutazione di idoneità allo scopo di migliorare l'esercizio della professione (e non quindi, in modo passivo, come mera registrazione della prassi professionale)²⁵¹. Pertanto, i principi di revisione dovevano intendersi meramente quali regole tecniche messe a punto dalla comunità dei professionisti (e in special modo dai relativi enti esponenziali), senza carattere di vincolatività giuridica, ma che si limitano a integrare le norme giuridiche applicabili, in particolare sotto il profilo della valutazione della diligenza nell'espletamento dell'incarico²⁵². Quanto detto sopra valeva, inevitabilmente, per quanto attiene la revisione dei conti delle società non quotate: la summenzionata modifica apportata al T.U.F. nel 2005, difatti, nel momento in cui prevedeva la possibilità di recepire in provvedimenti CONSOB i principi di revisione, giuridicizzava questi ultimi attribuendovi il valore di norma regolamentare, con tutte le conseguenze del caso.

Dopo l'entrata in vigore della Direttiva 2006/43/CE e del Testo Unico del 2010, sembra *prima facie* che sia il legislatore comunitario che quello nazionale abbiano voluto seguire quest'ultima opzione per la revisione legale nella sua interezza, a prescindere dal soggetto sottoposto a revisione. Secondo l'art. 26 Dir. cit.,

²⁴⁹ BUSSOLETTI, *Le società di revisione*, cit., p. 105.

²⁵⁰ In senso conforme a questo orientamento si era espressa anche la CONSOB con due raccomandazioni: delibera n. 1079/1982 e Comunicazione 31 marzo 1993, n. SOC/RM/93002422.

²⁵¹ FORTUNATO, *La certificazione del bilancio. Profili giuridici*, cit., pp. 168 ss.; BONELLI, *La responsabilità della società di revisione nella certificazione*, cit., pp. 968 ss.

²⁵² V. DE NADAI, *La "nuova" responsabilità dei revisori legali dei conti: criticità e disarmonie normative*, in *Banca Impr. e Soc.*, 2011, 3, p. 404.

difatti, gli Stati Membri sono tenuti a prevedere che la revisione contabile sia svolta secondo i principi adottati dalla Commissione europea a seguito di una procedura di comitatologia, volta in particolare ad accertare il ricorrere dei requisiti di cui al c. 2 disp. cit.²⁵³: allo stato attuale rimane incerto, peraltro, se la Commissione, seguendo l'esperienza degli IAS/IFRS²⁵⁴, provvederà all'*endorsement* degli ISA per regolamento o tramite strumenti non vincolanti²⁵⁵. Su un piano di *policy*, pare evidente come la normativa del 2010 possa essere letta come il completamento di quel processo di creazione di un "linguaggio unico della contabilità" realizzato con il Reg. 1606/2002: in altri termini, l'adozione su larga scala dei principi contabili internazionali nello spazio giuridico europeo, volto a rafforzare la comparabilità dello stato economico-patrimoniale delle società, presupponeva che la medesima armonizzazione (se non, uniformazione) dovesse avvenire con riguardo ai principi che governano i processi di controllo e di verifica sulla medesima contabilità.

In relazione, invece, all'ordinamento nazionale l'art. 11 D. Lgs. 39/2010 afferma perentoriamente che *"la revisione legale è svolta in conformità ai principi di revisione adottati dalla Commissione europea ai sensi dell'articolo 26, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/43/CE"*. Si deve pertanto desumere che i principi approvati dall'Esecutivo comunitario andranno a disciplinare con forza di norma giuridica (avente natura legislativa, qualora la Commissione decidesse di recepirli mediante regolamento) lo svolgimento dell'attività in parola, con una sensibile innovazione sul piano delle fonti normative in tema di *auditing*. In particolare, per quanto attiene gli impatti sulla responsabilità dei revisori, da un lato si può osservare come il panorama dovrebbe rimanere immutato, in quanto il rispetto dei principi di revisione non andrebbe a realizzare una presunzione assoluta di esenzione da colpa, dovendosi

²⁵³ La norma richiede che i principi di revisione *"a) siano stati elaborati secondo una procedura appropriata, sotto il controllo pubblico e nella trasparenza necessaria e siano generalmente accettati a livello internazionale; b) contribuiscano a un livello elevato di credibilità e di qualità dei conti annuali o dei conti consolidati conformemente ai principi di cui all'articolo 2, paragrafo 3, della direttiva 78/660/CEE e all'articolo 16, paragrafo 3, della direttiva 83/349/CEE; e c) siano nell'interesse generale europeo."*

²⁵⁴ E' noto come il sopramenzionato Regolamento CE n. 1606/2002 preveda una procedura di *endorsement*, tramite comitatologia, dei principi contabili elaborati dallo IASB. E' di particolare rilievo, ai fini di quanto sopra esposto, che anche nel caso degli IAS/IFRS il Regolamento cit. non prevede espressamente lo strumento giuridico mediante i quali verranno recepiti i principi contabili e che quindi si debba ritenere che l'uso del Regolamento comunitario come "veicolo" sia stato frutto di un'opzione della Commissione, e non di una scelta del legislatore europeo.

²⁵⁵ Tale opzione di *policy* è stata prospettata nel Libro Verde *Consultation on audit policy: lessons from the crisis*, cit., pp. 53-54.

valutare anche i profili della negligenza e dell'imprudenza²⁵⁶; ma dall'altro il loro disattendimento andrebbe a integrare la violazione di un precetto giuridicamente rilevante, rendendo quindi sempre responsabile il revisore (versando egli in colpa specifica). Di particolare rilievo, sul piano dei rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale, è la previsione disposta dal c. 2 dell'art. cit., che consente al MEF, *“di concerto con il Ministro della giustizia, sentita la Consob”* la Banca d'Italia o l'IVASS (nel caso in cui la decisione riguardi, rispettivamente banche o assicurazioni) di disporre in via regolamentare *“l'obbligo di osservare procedure di revisione o obblighi supplementari o, in casi eccezionali, il divieto di osservare parte dei principi di cui al comma 1, solo nel caso in cui l'obbligo o il divieto conseguono da disposizioni legislative specifiche relative alla portata della revisione legale.”*. Tale potere, che derivava direttamente dalla previgente versione dell'art. 26 Dir. 2006/43 (essendo una trasposizione letterale del contenuto del vecchio c. 3), verrà meno in sede di recepimento della Direttiva 2014/56, che nel riformulare la previsione in commento ha eliminato tale possibilità. Pare evidente, quindi, come il legislatore europeo abbia inteso rafforzare la *policy* in favore di una profonda armonizzazione della disciplina professionale della revisione nello spazio giuridico dell'UE, giungendo con le nuove disposizioni a una vera e propria *“armonizzazione massima”*.

Un'ulteriore importante novità apportata dalla riforma del 2014, e in particolare dalla Direttiva 2014/56, è la *“promozione”* a norma di legge, a tutti gli effetti della regola dello scetticismo professionale, disposta dai parr. A18-A22 del Principio ISA 200. Nello specifico, il legislatore europeo ha riformulato l'art. 21 Dir. 2006/43, prevedendo espressamente che gli Stati Membri impongano ai revisori il rispetto non solo dei principi di deontologia, ma anche (per l'appunto) dello scetticismo professionale, definito come *“un atteggiamento caratterizzato da un approccio dubitativo, dal costante monitoraggio delle condizioni che potrebbero indicare una potenziale inesattezza dovuta a errore o frode, nonché da una valutazione critica della documentazione inerente alla revisione”*. Si richiede, in altri termini, che i controllori dei conti mantenga sempre un adeguato spirito critico nei confronti della direzione dell'ente, anche ove questa abbia mostrato in passato comportamenti improntati a onestà e correttezza, ponendo quindi particolare attenzione a tutte le circostanze che possano fungere da *“campanello d'allarme”* per

²⁵⁶ DE NADAI, *La “nuova” responsabilità*, cit., pp. 404-405.

errori significativi scaturenti da irregolarità o frodi: in particolare, la norma dispone che debba essere prestata particolare attenzione nei confronti di alcune voci di bilancio in cui il rischio di valutazioni inattendibili o di vere e proprie frodi, da parte dei redattori del bilancio, è particolarmente alto²⁵⁷. La riforma ha inteso, in altre parole, sancire in modo vincolante (e al massimo grado, al punto tale che non dovrebbero sussistere in questo caso le particolarità che abbiamo sopra riferito in merito ai principi professionali “normativizzati”) la necessità di condurre l'*auditing* in base a un atteggiamento mentale di tipo obiettivo e distaccato²⁵⁸. Di primo acchito, l'introduzione della norma non dovrebbe modificare molto l'operato dei revisori, anche perché essi erano tenuti a tale atteggiamento già dalla disciplina professionale: prima di concludere che la riforma abbia però introdotta una mera “norma bandiera” bisognerà però attendere di osservare le concrete applicazioni giurisprudenziali. Non pare inverosimile, infatti, che tale disposizione (anche alla luce del suo carattere “aperto”) andrà ad aggravare la posizione dei revisori convenuti in giudizi di responsabilità, in quanto andrà a comportare un innalzamento della misura della diligenza dovuta.

L'art. 11 D. Lgs. cit. ha dettato un regime transitorio che ha comunque consentito l'ingresso, nelle more delle approvazioni della Commissione, degli ISA nell'ordinamento italiano. In particolare, il c. 3 della disposizione in parola consente, in via provvisoria, che i revisori seguano i principi professionali nazionali, “*elaborati da associazioni e ordini professionali e dalla Consob*”. L'adozione di questi principi, in particolare, secondo quanto disposto dal successiva art. 12, è oggetto di un'apposita convenzione stipulata tra il MEF e le associazioni professionali: il Testo Unico, in tema, si limita solo a prescrivere che i principi emanandi tengano “*conto di quelli emanati dagli organismi internazionali*”. A seguito della stipula della menzionata convenzione nel settembre 2014²⁵⁹ e dei lavori del gruppo di lavoro costituito in base a quest'ultima, il 1° gennaio 2015 sono stati recepiti in Italia gli ISA

²⁵⁷ Vengono citate le “*stime fornite dalla direzione riguardanti il fair value (valore equo), la riduzione di valore delle attività, gli accantonamenti e i flussi di cassa futuri relativi alla capacità dell'impresa di continuare come un'entità in funzionamento*”.

²⁵⁸ Vedremo nel Cap. successivo come questo costituisca l'obiettivo dello statuto di indipendenza del revisore sancito dalla legge: in altri termini, l'indipendenza è il mezzo per il quale si ottiene una verifica imparziale e obiettiva.

²⁵⁹ Alla convenzione, su proposta del MEF, hanno aderito il CNDCEC, l'associazione di categoria dei revisori dei conti e delle società di revisione (Assirevi) e l'Istituto Nazionale Revisori Legali. Ai lavori attuativi ha inoltre partecipato anche la CONSOB.

nella versione *clarified* 2009²⁶⁰, integrati da due principi “nazionali” destinati a disciplinare aspetti peculiari dell’ordinamento italiano (cc.dd. “SA Italia” nn. 250B in tema di verifiche periodiche della contabilità sociale e 720B sul giudizio di coerenza della relazione sulla gestione con le informazioni contenute nel bilancio).

6. Il giudizio sul bilancio. La relazione di revisione

Come abbiamo evidenziato nei paragrafi precedenti, la logica e necessaria conclusione del processo di revisione è l’espressione del giudizio sul bilancio d’esercizio ed, eventualmente, su quello consolidato. In particolare, l’espressione dell’*opinion* propriamente detta è contenuta all’interno di un documento più ampio, la c.d. relazione di revisione, che deve essere allegata alla proposta di bilancio da depositare, ai sensi dell’art. 2429 c. 3 Cod. Civ., presso la sede sociale, nei quindici giorni che precedono l’assemblea convocata per l’approvazione del medesimo; deposito che è finalizzato proprio a consentire ai soci di prendere visione di tale proposta, in uno con la relazione di revisione e la relazione del collegio sindacale ex c. 2 disp. cit. Il legislatore ha dettato analiticamente il contenuto della relazione in parola, in particolare per mezzo dell’entrata in vigore dell’art. 2 D. Lgs. 32/2007, attuativo della Direttiva 2003/51/CE. Ai sensi, infatti, dell’art. 14 c. 2 D. Lgs. 39 - che sul punto non ha innovato rispetto a quanto previsto in precedenza dall’art. 2409^{ter} Cod. Civ. e 156 T.U.F., introdotti dal D. Lgs. del 2007 - la relazione è composta dai seguenti elementi:

- (i) “*un paragrafo introduttivo che identifica i conti annuali o consolidati sottoposti a revisione legale e il quadro delle regole di redazione applicate dalla società*”: tale indicazione è, ovviamente, necessaria in primo luogo per indicare quale sia stato l’oggetto dell’attività di revisione, ma a questa si aggiunge anche una precisazione (quella sulla normativa applicabile in sede di redazione del bilancio) necessaria alla luce della pluralità dei regimi oggi applicabili: la *summa divisio* è in particolare tra i soggetti tenuti alla redazione dei conti secondo i principi IAS (a mente del D. Lgs. 38/2005) e

²⁶⁰ Tale definizione nasce dall’attuazione del c.d. *Clarity Project*, lanciato dallo IAASB nel 2003 e conclusosi alla fine del 2008, allo scopo di rafforzare la chiarezza espositiva degli ISA e, conseguentemente, garantire la coerenza nell’applicazione tra i vari ordinamenti nazionali. Il progetto ha comportato non solo la riscrittura di quasi tutti gli ISA, ma anche la riforma di numerose regole sostanziali.

quelli che continuano a seguire i principi nazionali OIC (al netto delle società a cui sia consentito, con opzione tendenzialmente irrevocabile, la possibilità di passare dai principi OIC agli IAS/IFRS²⁶¹; ma si devono ricordare anche le normative regolamentari dettate dalle Autorità di vigilanza per i bilanci degli enti da queste vigilate (ad es., la Circolare 262/2005 della Banca d'Italia in tema di bilancio bancario).

- (ii) *“Una descrizione della portata della revisione legale svolta con l’indicazione dei principi di revisione osservati”*: la legge impone, in altri termini, un’indicazione sintetica delle tipologie di controlli effettuati, indicando in particolare sulla base di quali principi professionali essi siano stati effettuati.
- (iii) *“Un giudizio sul bilancio che indica chiaramente se questo è conforme alle norme che ne disciplinano la redazione e se rappresenta in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria e il risultato economico dell’esercizio”*: Venendo quindi alla vera e propria *opinion* del revisore, si deve preliminarmente osservare come essa venga qualificata dagli Autori che si sono interessati al tema come una dichiarazione di giudizio non negoziale²⁶²: essa infatti non è rivolta a costituire, regolare o estinguere una particolare situazione soggettiva, ma costituisce più semplicemente l’adempimento degli obblighi legali e contrattuali in capo al revisore. Al contempo della stessa si afferma la natura di dichiarazione di giudizio, in quanto opposta alle dichiarazioni di scienza, dal momento che il proponente non si limita a esporre un fatto accaduto, ma si esprime piuttosto una valutazione di tale fatto sulla base di norme giuridiche o tecniche²⁶³. In merito all’espressione del giudizio, l’art. 14 ha posto in essere quella che si potrebbe definire una “falsa innovazione”, nel momento in cui non ha riprodotto le quattro tradizionali categorie di giudizio che in precedenza erano menzionate

²⁶¹ Cfr. art. 4 D. Lgs. cit., lett. e), f), g), che consentono ad es., alle società incluse nel consolidamento di una società tenuta alla redazione del bilancio IAS o alle società che non sono obbligate al bilancio IAS, ma che superino la soglia dimensionale prevista per la redazione del bilancio in forma abbreviata di poter redigere i conti annuali secondo i principi internazionali. Tale opzione è irrevocabile, salvo l’occorrenza di circostanze eccezionali, che dovranno essere adeguatamente illustrate nella nota integrativa (v. art. 4 c. 7 D. Lgs. cit.).

²⁶² FORTUNATO, *sub art. 2409ter*, in (a cura di NICCOLINI-STAGNO D’ALCONTRES) *Società di capitali - Commentario*, cit., p. 817 e ID., *La certificazione dei bilanci*, cit., pp. 283 ss.

²⁶³ Per tale distinzione cfr. SCHLESINGER, voce *Dichiarazione (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1964, p. 383. Si deve osservare al contempo come, in generale, la dottrina civilistica tenda a non distinguere nettamente tra le due macro-categorie, sul presupposto che la dichiarazione attenga a un fatto già occorso, e non quindi a un futuro assetto di interessi (come quelle di volontà, a prescindere dalla natura negoziale o meno): cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, p. 94.

dagli abrogati artt. 2409^{ter} Cod. Civ. e 156 T.U.F., sebbene tali categorie continueranno a essere impiegate in quanto regolate dagli stessi principi professionali (in particolare dai principi ISA 700 e ISA 705) che l'art. 14 impone al revisore di seguire²⁶⁴:

- **Giudizio senza rilievi:** viene rilasciato nel caso in cui, a giudizio del revisore, il bilancio rispetti i principi generali della chiarezza (quanto al rispetto delle norme “redazionali”) e della veridicità e correttezza della rappresentazione contabile dei fatti di gestione; soddisfacendo in altri termini i requisiti posti dall'art. 14 D. Lgs. 39/2010. E' ben possibile che tale giudizio possa essere integrato dai c.d. richiami d'informativa, di cui al principio ISA 706, i quali vengono peraltro espressamente menzionati dalla lett. d) dell'art. 14. Tali richiami sono impiegati dal revisore qualora egli voglia rimarcare alcuni dati contabili, già esposti in bilancio, che a giudizio dell'esperto contabile assumano un particolare rilievo agli occhi di un potenziale fruitore del bilancio.
- **Giudizio con rilievi:** in quest'ipotesi, il revisore espone che, sebbene l'attendibilità complessiva del documento contabile non sia compromessa, sussistano delle divergenze quanto alla valutazione delle poste di bilancio in base ai principi contabili (cc.dd. eccezioni) ovvero che non sia stato possibile acquisire sufficienti elementi probativi (cc.dd. riserve). Tali circostanze, non estendendosi oltre specifiche voci o valori - difettando in altri termini della c.d. pervasività -, consentono comunque al revisore di poter esprimere un giudizio globalmente positivo.
- **Giudizio negativo:** Come si può facilmente intuire, il revisore rilascia tale giudizio qualora il bilancio non integri i requisiti posti dall'art. 14, in particolare qualora (trattandosi del caso sicuramente più frequente) esso sia da considerare non attendibile, e pertanto non rispetti il criterio della *true and fair view*. In particolare, il revisore giungerà a tale conclusione nel caso in cui abbia riscontrato rilievi non solo significativi (cosa che di per sé rientrerebbe nell'ipotesi sopra descritta), ma anche pervasivi, in quanto - come visto sopra - non limitati a singole poste ma al bilancio nel suo

²⁶⁴ “La redazione, redatta secondo i principi di cui all'art. 11, comprende: (...)”. Anche se il legislatore non avesse introdotto questa precisazione, si sarebbe potuti arrivare alla medesima conclusione a partire dalla più generale norma dettata dall'art. 11 (su cui v. *supra*, par. 4).

insieme.

- **Dichiarazione di impossibilità a esprimere un giudizio:** in quest'ultima ipotesi, il revisore riscontra l'assenza di elementi, o l'impossibilità di ottenere i necessari riscontri, tale da rendergli impossibile la formulazione di un qualsiasi giudizio, minimamente fondato, in merito al bilancio revisionato.

Nel caso in cui il revisore emetta uno degli ultimi tre tipi di giudizi, il D. Lgs. 39/2010 impone una motivazione analitica delle ragioni che sottostanno a tale *opinion* (art. 14 c. 3): con questa modalità, il legislatore ha inteso consentire agli utilizzatori del bilancio una base informativa più ampia, per meglio comprendere elementi che possono assumere particolare rilevanza ai fini delle loro decisioni di investimento²⁶⁵.

- (iv) *“Un giudizio sulla coerenza della relazione sulla gestione con il bilancio”*: Sebbene la relazione sulla gestione, come noto, non sia parte integrante del bilancio, il legislatore ha comunque avvertito la necessità che i due documenti non venissero impiegati a fini che potremmo definire di “arbitraggio informativo”, in particolare utilizzando la relazione sulla gestione per presentare un andamento economico-finanziario migliore di quello evincibile dal bilancio: compito del revisore è quindi quello di verificare la concordanza tra queste ultime grandezze²⁶⁶. In relazione a quest'ultimo obbligo, si deve segnalare un significativo ampliamento dello stesso apportato dal D. Lgs. 139/2015 (attuativo della Direttiva bilancio 2013/34/UE): in base all'art. 10 D. Lgs. 139, il revisore sarà tenuto anche a verificare la rispondenza della relazione alle norme di legge che ne presiedono la redazione; oltre alla segnalazione di eventuali *“errori significativi”* emersi nel corso dell'attività di revisione, tenuto conto delle *“conoscenze e della comprensione dell'impresa e del relativo contesto”*.

Tanto premesso in tema di struttura dell'atto in commento, è ora opportuno affrontare

²⁶⁵ Per quanto afferisce alle società quotate, in caso di giudizio negativo o di dichiarazione di impossibilità a rendere un giudizio, il revisore è tenuto a comunicare tempestivamente tale circostanza alla CONSOB (art. 156 c. 4 T.U.F.). Tale obbligo è previsto anche in caso di richiami d'informativa *“relativi a dubbi significativi sulla continuità aziendale”*.

²⁶⁶ VERNA, *Novità in tema di bilanci e delle redazioni che lo corredano*, in *Società*, 2007, pp. 268-269; DE ANGELIS, *Relazione dei sindaci-revisori al bilancio: il nuovo 2409ter del Codice Civile*, in *Il Fisco*, 2007, p. 370.

alcuni delle problematiche che la dottrina e la prassi hanno affrontato a tal proposito. E' necessario segnalare, in particolare, che il giudizio espresso dal revisore, e la relazione che lo contiene, hanno un profondo impatto giuridico sulla fattispecie (a formazione progressiva) della presentazione e dell'approvazione del bilancio d'esercizio²⁶⁷. Per quanto riguarda la relazione nel suo complesso, il suo carattere servente e strumentale, rispetto all'informazione finanziaria contenuta nel bilancio, ha portato la dottrina a ritenere che gli eventuali vizi della quale essa possa essere affetta non possano essere fatti valere autonomamente, impugnando quindi solo tale atto; ma che al contrario questi assumano rilievo a fini caducatori solo in uno con la delibera di approvazione del bilancio relativo²⁶⁸. Quest'ultima considerazione si ricollega, inevitabilmente, con il rilievo legislativo che l'ordinamento ha attribuito al giudizio espresso dal revisore, che come noto, se positivo, implica una limitazione del diritto dei soci all'impugnativa della "delibera di bilancio": ai sensi dell'art. 157 T.U.F., difatti, l'impugnativa per vizi sostanziali²⁶⁹ del bilancio di una società quotata, nel caso in cui sia espresso un giudizio positivo (anche con rilievi) è ammessa solo se presentata "*da tanti soci che rappresentano almeno il cinque per cento del capitale sociale*"; nel caso delle non quotate il giudizio positivo (ma solo se senza rilievi) limita la legittimazione all'impugnativa, sia per vizi sostanziali che procedurali, a tanti soci che integrino la soglia sopra citata.

Deve aggiungersi, inoltre, che i commentatori hanno smentito, a partire dalla summenzionata natura non negoziale del giudizio sul bilancio, che il revisore possa modificare o revocare tale dichiarazione²⁷⁰: a partire quindi dal momento in cui la relazione viene depositata presso la sede sociale, l'*opinion* si deve intendere non modificabile. Deve però rilevarsi che il principio ISA 560, dedicato proprio agli "eventi successivi" alla stesura della relazione di revisione, consente al revisore che scopra fatti che, qualora conosciuti, lo avrebbero spinto a modificare il suo giudizio a

²⁶⁷ Cfr. FORTUNATO, *La certificazione del bilancio*, cit., pp. 324 ss.

²⁶⁸ FORTUNATO, *La certificazione del bilancio*, cit., p. 398.

²⁶⁹ La dottrina è solita distinguere, *in subiecta materia*, tra i vizi strettamente procedurali, attinenti all'iter di predisposizione e approvazione; e vizi sostanziali o di contenuto, qualora (come recita l'art. cit. del T.U.F.) il bilancio non sia conforme "*alle norme che ne disciplinano i criteri di redazione*". Mentre la prima categoria, a seconda dei singoli casi, viene ricondotta o allo schema dell'annullabilità ex art. 2377 Cod. Civ. ovvero a quello della nullità di cui all'art. 2379; l'ipotesi dei vizi sostanziali è stata qualificata quale causa di nullità della delibera di bilancio per via interpretativa, argomentando a partire dall'affermazione della natura imperativa delle norme che presiedono alla redazione del bilancio (cfr. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, cit., pp. 489-490).

²⁷⁰ V. SPIOTTA, *sub art. 2409ter*, in (a cura di COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI), *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 1005.

discutere tale questione con la direzione aziendale. Qualora quest'ultima intenda modificare il progetto di bilancio, il revisore dovrà conseguentemente redigere una nuova relazione; nel caso in cui il progetto non venga modificato, e in particolare questo sia già stato approvato dall'assemblea, il revisore potrà soltanto “*intraprendere azioni appropriate volte a prevenire che si faccia affidamento sulla relazione di revisione*”: tale attività, più che essere orientata alla modifica di un atto già perfetto, sarà quindi volta, in un'ottica sostanzialistica, a eliderne la portata informativa (ad es., mediante successivi comunicati stampa).

Peraltro, è necessario segnalare anche un adempimento invalso nella prassi della revisione aziendale, che è antecedente all'espressione dell'*opinion*: si tratta, in particolare, dell'invio della c.d. *management letter*, con la quale i revisori inviano alcuni suggerimenti agli amministratori dell'ente revisionato evidenziando in particolare possibili aree di miglioramento ad es., nelle procedure che compongono il SCI o nell'applicazione della normativa contabile o fiscale. La predisposizione di tale documento potrebbe assumere rilievo in eventuali giudizi di responsabilità del revisore, specie ove possa evidenziare carenze nella comprensione del SCI o delle procedure aziendali della società revisionata²⁷¹.

In conclusione, è opportuno segnalare le principali innovazioni che sono state apportate alla materia di cui si tratta dalla riforma del 2014. In via preliminare, occorre distinguere tra le modifiche apportate dalla Direttiva 2014/56 e le nuove disposizioni per gli EIP, di cui al Regolamento n. 537/2014. In relazione al primo gruppo di interventi, le principali novità riguardano da un lato l'introduzione di un nuovo elemento che dovrà essere esaminato dal revisore, e cioè la sussistenza di “*eventuali incertezze significative relative a eventi o a circostanze che potrebbero sollevare dubbi significativi dell'ente di mantenere la continuità aziendale*”. Si prevede quindi che il revisore debba esprimere un giudizio specifico sul mantenimento del *going concern* dell'ente revisionato, secondo quanto già previsto dalla normativa professionale²⁷²: anche in questo caso, pertanto, una regola di origine “tecnica” viene elevata al rango di prescrizione legislativa. Deve comunque osservarsi come la riforma, come del resto quanto era già statuito dai principi ISA, non va a

²⁷¹ Abbiamo menzionato già *supra* le disposizioni professionali che impongono tale dovere in capo ai revisori, quale contegno prodromico alle vere e proprie verifiche di *audit*: ISA, cfr. n. 265 § 2; n. 315 § 2.

²⁷² Cfr. Principi ISA 570 “Continuità aziendale”.

influire sulla natura del giudizio rilasciato dal revisore: in altri termini, anche in questo caso il controllore esterno non emana un giudizio di merito sull'andamento della gestione, ma si limita a un giudizio di legittimità, relativo al corretto impiego di uno dei principi di redazione del bilancio (art. 2423**bis** Cod. Civ. n. 1), in uno con l'adeguatezza delle informative in merito contenuta nel bilancio dell'ente²⁷³. Sebbene, quindi, la previsione non giunga come un "fulmine a ciel sereno" nel mondo dell'*auditing*, si deve osservare come esse comporterà inevitabilmente un potenziale aggravamento della responsabilità del revisore; problematica non di poco momento se si pone attenzione al fatto che, in questo caso, il revisore non è tenuto - come nell'ordinarietà dei casi - a valutare eventi passati, ma dovrà compiere una valutazione prospettica²⁷⁴

L'altra innovazione degna di nota è la disciplina dell'espressione del giudizio nel caso in cui l'incarico sia stato conferito a due o più revisori (c.d. *joint audit*): a tal riguardo, in una logica improntata alla massimizzazione della trasparenza, si prevede che, nel caso in cui il giudizio sia concorde, si possa redigere una relazione e un'*opinion* congiunta; ma anche che in caso di dissenso tra i controllori dei conti ognuno sia tenuto a presentare il proprio giudizio in paragrafi separati, "*indicando [espressamente quali siano] i motivi del disaccordo*". Nel caso degli EIP, assistiamo anche *in subiecta materia* a quelle maggiori esigenze di presidio (giustificate dalla maggiore rilevanza sistemica di detta categoria) che hanno giustificato un diverso trattamento normativo. In questo ambito, tali esigenze comportano da un lato un ampliamento degli obblighi informativi rispetto a quelli sanciti dalla Direttiva: ai sensi infatti dell'art. 10 Reg., oltre alle informazioni già sopra menzionate, la relazione dovrà contenere altri elementi:

- a) L'organo che ha conferito l'incarico di revisione, in uno con la data del conferimento e la durata (inclusi eventuali prolungamenti e rinnovi);
- b) una descrizione dei più rilevanti rischi di errori valutati come significativi e delle relative risposte predisposte dal revisore;

²⁷³ Il punto rimane comunque controverso, nella misura in cui gli stessi principi di revisione (principio ISA 570, par. 16) richiedono una valutazione sui piani d'azione, predisposti dalla direzione dell'ente, in merito all'accertamento della continuità aziendale: difatti, non è mancato in dottrina chi (cfr. SASSO, *sub art. 2409ter*, in *La riforma delle società di capitali* (a cura di MAFFEI ALBERTI), Padova, 2005, p. 1038) abbia inteso tale forma di giudizio come un controllo di merito.

²⁷⁴ V. Commissione europea, Libro Verde *Consultation on audit policy: lessons from the crisis*, cit. p. 9.

- c) Indicazioni in merito alle modalità con cui la revisione ha gestito la possibile rilevazione di frodi;
- d) una dichiarazione in merito ai servizi *non-audit* prestati, insieme con una dichiarazione che non siano stati prestati servizi vietati²⁷⁵.

La novità di maggior rilievo è indubbiamente l'introduzione di una vera e propria "relazione aggiuntiva" (art. 11 Reg.) da destinare al CCI (o all'organo con funzioni equivalenti), volta in particolare a dare maggiori informazioni in merito alle metodologie impiegate dal revisore nell'attività di verifica (ad es., quali categorie dello stato patrimoniale sono state soggette a verifica diretta e quali da verifiche di sistema; o anche il livello quantitativo adottato per la definizione della soglia di significatività degli errori di stima) e in relazione alla regolarità dello svolgimento dell'attività dell'ente, specie sotto il profilo della *compliance* con la normativa applicabile, oltre che di eventuali carenze nel SCI. Si tratta, come si può facilmente constatare, sia di un ampliamento che di una maggiore specificazione delle modalità con cui il revisore era tenuto a informare il CCI, allo scopo di espletare in modo ancora più efficace ed efficiente il compito di presidio delle aree sottoposte alla vigilanza dell'organo, di cui abbiamo parlato in precedenza (cfr. par. 3).

Ulteriore norma di grande impatto, sempre posta per l'*auditing* degli EIP, è la previsione, prima della pubblicazione della relazione di revisione, di un vero e proprio processo di riesame in merito alle conclusioni della revisione (art. 8 Reg.)²⁷⁶, condotto alla luce non solo delle bozze di relazioni ma anche di tutte le informazioni scritte e orali che sono state poste a fondamento del giudizio espresso²⁷⁷. Di particolare interesse è che l'analisi dovrà essere condotta da un "responsabile del riesame", che non deve aver preso parte all'incarico, il quale dovrà discutere con il responsabile della revisione i risultati della stessa: sarà inoltre onere della società di revisione prevedere forme di *dispute settlement* in caso di disaccordo tra i due soggetti. Si evince chiaramente come il Regolamento, nell'ambito (quello degli EIP) che necessita

²⁷⁵ Sia per le relazioni "ordinarie" che per quelle degli EIP, si prevede espressamente che gli Stati Membri potranno disporre requisiti supplementari.

²⁷⁶ I punti specifici che dovranno essere verificati solo elencati dettagliatamente dal par. 5 della disp. cit.

²⁷⁷ Il legislatore ha quindi inteso congegnare il riesame come una verifica ad ampio spettro: indubbiamente tale processo può assumere una sua valenza, in termini di maggiore presidio, solo se concepito in tal modo. A nostro giudizio, però, avrà importanza dirimente la tempistica che sarà assegnata per lo svolgimento di questa procedura, o quantomeno la previsione di una durata che contemperi adeguatamente il rispetto delle norme sulla presentazione della relazione del revisore con un riesame effettivo.

di maggiori presidi e nel caso dei controllori esterni maggiormente strutturati abbia voluto introdurre uno strumento di controllo interno fondato sulla dialettica tra l'operatore di linea e un soggetto terzo, per quanto, si suppone, che nel caso delle società di revisione esso possa appartenere alla medesima struttura societaria²⁷⁸.

7. La cessazione anticipata dell'incarico: revoca, dimissioni e risoluzione consensuale

Nel sistema desumibile dal D.P.R. 136/75, la possibilità per la società di revocare i revisori contabili era modellata sul procedimento previsto dal Codice Civile per i sindaci²⁷⁹, con tutta probabilità alla luce delle medesima esigenza di tutelare l'indipendenza dei controllori, assicurandone in particolare la stabilità dei relativi incarichi. Difatti, ai sensi del c. 7 dell'art. 2 D.P.R. cit., il potere di revoca dell'incarico poteva essere esercitato dall'assemblea solo in presenza di una giusta causa, che sulla scorta della dottrina consolidata da lungo tempo veniva individuata nell'insorgenza di fatti di gravità tale da rendere impossibile la prosecuzione del rapporto contrattuale - specie in quanto ne impedirebbe l'adempimento della funzione a cui esso è preordinato - in considerazione della lesione del rapporto fiduciario intercorrente tra le parti dell'accordo²⁸⁰: come esempi, la letteratura del tempo citava la sopravvenuta inidoneità tecnica o lo svolgimento in modo non indipendente dell'incarico²⁸¹. Come per la delibera di conferimento - in una logica di simmetria tra le due ipotesi - anche per la delibera in parola era necessaria l'approvazione da parte della CONSOB, nelle more della quale l'efficacia dell'atto assembleare rimaneva sospeso: ai fini di agevolare il controllo da parte dell'Autorità pubblica, si riteneva pertanto opportuno che il suddetto atto dovesse essere motivato²⁸²: tale opinione era sicuramente condivisibile, specie ove si tenga conto che la *ratio* della disposizione era quella di consentire un sindacato sulla sussistenza della giusta causa di revoca, a tutela del revisore che si fosse mostrato poco accomodante nei confronti dell'ente

²⁷⁸ Difatti, il par. 3 art. cit. richiede che il riesame sia condotto da un "*altro revisore legale*" solo nel caso in tutti i revisori legali facenti parte della medesima società di revisione abbiano tutti svolto l'incarico di revisione soggetto a riesame.

²⁷⁹ SQUILLANTE, *Il controllo contabile*, cit., p. 56.

²⁸⁰ Sulla giusta causa come categoria generale cfr. SANTORO PASSARELLI, Voce *Giusta causa*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1961, Vol. VII, pp. 1108 ss.; SANGIORGI, Voce *Giusta causa*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1970, vol. XIX, pp. 553 ss.

²⁸¹ CLARIZIA, *L'attività di revisione e certificazione*, cit., p. 51.

²⁸² ROSSI, *Revisione contabile e certificazione obbligatoria*, cit., p. 116.

sottoposto a revisione²⁸³. Rimaneva invece incerto se il revisore, aldilà della tutela obbligatoria, potesse agire in giudizio anche per ottenere la reintegrazione nell'incarico, in caso di illegittimità del *decisum* assembleare²⁸⁴. Allo stesso modo, in una logica di compressione dell'autonomia privata giustificata dalla tutela degli interessi generali, alla CONSOB veniva attribuito (c. 10) la potestà di revocare la società di revisione, nel caso in cui l'Autorità avesse accertato la sussistenza di una causa di incompatibilità *ex art. 3 D.P.R.*²⁸⁵, nel qual caso essa diffidava l'ente revisionato ad assegnare l'incarico ad altro revisore entro 45 giorni dalla ricezione della comunicazione della CONSOB: in caso d'inadempimento, la Vigilanza era autorizzata a conferire *ex officio* l'incarico. In entrambi i casi, comunque, sia in caso di revoca su iniziativa della società revisionata che di revoca disposta dall'Autorità di Vigilanza, la tutela dell'interesse pubblico alla correttezza e veridicità dell'informazione sociale giustificava l'istituto della *prorogatio*, in forza della quale la società revocata rimaneva in carica "*fino a quando la deliberazione dell'assemblea non sia divenuta efficace o fino al provvedimento d'ufficio della Commissione*". E' peraltro di particolare interesse segnalare come il meccanismo del controllo giudiziario di cui all'art. 2409 Cod. Civ. fosse applicabile anche nei confronti delle società di revisione (per quanto solo nei confronti dei quelle costituite in forma di società di capitali²⁸⁶), in virtù del rimando del c. 8 della disposizione in commento alla norma codicistica, qualora si supponesse la commissione di gravi irregolarità da parte dei singoli revisori nell'esercizio della loro funzione. In relazione a tale disposizione, rimaneva comunque il dubbio se il congegno fosse impiegabile solo ove le irregolarità coinvolgessero necessariamente anche gli organi sociali - soluzione che, comunque, alla luce del contenuto dell'art. 2409 Cod. Civ. -si rendeva comunque preferibile, specie alla luce del tradizionale esito del procedimento in questione, cioè la nomina dell'amministratore giudiziario in sostituzione degli organi sociali in

²⁸³ BUSSOLETTI, voce *Società di revisione*, *Enc. Dir.*, Milano, 1990, vol. XLII, p. 17. Anche tale controllo, quindi, si poneva in una logica di tutela dell'indipendenza del controllore dei conti.

²⁸⁴ ROSSI, *Revisione contabile e certificazione obbligatoria*, cit., pp. 117-118, ove l'A. distingue a seconda che la società di revisione agisca avanti al giudice ordinario avverso la delibera assembleare (nel qual caso, sarebbe consentita solo la tutela obbligatoria), rispetto a quello in cui si impugnino innanzi al giudice amministrativo il silenzio-assenso alla revoca, previsto dalla norma, da parte della CONSOB (in cui si riteneva ammissibile la tutela reale).

²⁸⁵ Come rilevato da parte della dottrina (CERA, *Revisione contabile e certificazione del bilancio*, in (a cura di CARNEVALI) *Diritto Commerciale e Industriale*, Milano, 1981, p. 758) la giusta causa come sopra descritta non poteva essere intesa come una delle ipotesi che abilitava la CONSOB a esercitare il potere in parola.

²⁸⁶ SQUILLANTE, *Il controllo contabile*, cit., p. 59.

carica²⁸⁷.

Venendo al quadro normativo successivo all'abrogazione del D.P.R. cit., abbiamo già segnalato sopra come la norma di riferimento per le società quotate fosse l'art. 159 T.U.F., che si segnalava per l'attuazione del summenzionato "principio di simmetria", dal momento che la stessa procedura per il conferimento dell'incarico era prevista, per la revoca dello stesso. Anche in questa sede il legislatore confermava che la revoca potesse essere sancita solamente per giusta causa. L'articolo in commento prevedeva non solo l'onere di nomina contestuale del nuovo revisore (c. 2), ma imponeva espressamente anche la *prorogatio* dell'organo

La simmetria sopra osservata operava anche in relazione ai poteri che potevano essere esercitati dall'Autorità di Vigilanza: come era previsto il già menzionato potere di assegnazione dell'incarico *ex officio*, il Testo Unico attribuiva alla CONSOB anche la facoltà di revocare d'ufficio²⁸⁸ l'incarico in presenza, alternativamente, o dell'insorgenza di una causa d'incompatibilità (ai sensi dell'art. 160) ovvero dell'accertamento di gravi irregolarità nell'esecuzione del rapporto. In particolare, la norma prevedeva che, a seguito della notifica del provvedimento alla società revisionata, decorresse un termine di trenta giorni per la nomina del nuovo revisore da parte della stessa; termine che, qualora fosse stato disatteso dall'ente, abilitava la CONSOB a nominare il controllore dei conti *ex officio*, entro i successivi trenta giorni. In tale ipotesi, veniva espressamente prevista la *prorogatio* del revisore revocato fino alla deliberazione della CONSOB ovvero al momento in cui "la deliberazione di conferimento dell'incarico fosse divenuta efficace", cioè, si deve ritenere, fino al momento in cui fosse venuto ad esistenza il contratto tra la società e il nuovo revisore creatosi. Pur dovendosi escludere - a seguito dell'abrogazione espressa disposta dal legislatore del Testo Unico, autorevole dottrina riteneva che in caso di attivazione del procedimento ex art. 2409, fosse possibile per l'Autorità giudiziaria

²⁸⁷ Si veda *ex multis* ASSONIME, Circolare n. 143/1975, p. 16 (consultabile in *Riv. Soc.*, 1975, pp. 1026 ss.). *Contra*, ROSSI, *Revisione contabile e certificazione obbligatoria*, cit., pp. 121-122, secondo il quale il procedimento poteva essere impiegato anche per sanzionare gravi irregolarità commesse "in proprio" dei revisori, e che avrebbe legittimato il tribunale adito a revocare l'incarico (agendo in sostituzione dell'assemblea che non abbia deliberato l'interruzione del rapporto).

²⁸⁸ Come vedremo in seguito, tale potere è peraltro ancora vigente, ma viene oggi configurato in modo tale da accentuarne ulteriormente la finalità sanzionatoria: essa diviene, inoltre, comminabile sia dalla CONSOB (per i revisori degli enti d'interesse pubblico) e dal MEF (nelle altre ipotesi), ai sensi rispettivamente degli artt. 26 lett. b) e 24 lett. c) D. Lgs. 39.

revocare d'ufficio l'incarico di revisione²⁸⁹.

Con riguardo invece alla normativa applicabile alle s.p.a. non quotate, introdotta - come visto sopra - a seguito della riforma societaria del 2003, è significativo osservare come l'art. 2409^{ter} Cod. Civ. non menzionasse cause di cessazione anticipata dell'incarico, salvo il diritto della società revisionata di revocare dell'incarico in presenza di una giusta causa²⁹⁰, con la cautela però che essa dovesse essere oggetto di approvazione da parte del Tribunale: il diritto pretorio, forse anche allo scopo di "allentare" la rigidità della norma, aveva però riconosciuto la possibilità di revoca c.d. consensuale, cioè di revocare l'incarico con conseguente successiva accettazione da parte del revisore - realizzando pertanto una vera e propria risoluzione consensuale -, spesso allo scopo di realizzare alcune finalità che sono oggi espressamente ricomprese tra le ipotesi di giusta causa ai sensi del D.M. 261/2012²⁹¹. La norma non brillava per chiarezza, se si pensa solamente al fatto che essa non esplicitava quale organo fosse competente a deliberare la revoca (per quanto la dottrina pacificamente ritenesse che fosse anch'essa di competenza assembleare, per ovvie ragioni di "simmetria" tra le norme sui revisori²⁹² e di coerenza rispetto alle rilevanti norme per i sindaci), e, in modo ancora più grave, non si curasse di legiferare in merito alla necessità, o meno, di deliberare contestualmente la nomina del nuovo revisore. Anche qui la dottrina, con conclusione resa obbligata dalla struttura della norma, riteneva pacificamente che, mancando una disposizione espressa che sancisse tale dovere, operasse un implicito principio di *prorogatio* del revisore revocato, sino

²⁸⁹ FORTUNATO, *sub art. 2409quater*, in (a cura di NICCOLINI-STAGNO D'ALCONTRES) *Società di capitali - Commentario*, cit., pp. 830-831.

²⁹⁰ La dottrina si è interrogata sulle possibili conseguenze dell'accertata insussistenza del requisito della giusta causa, in sede di contenzioso sul decreto giudiziale di approvazione. Sebbene la posizione maggioritaria fosse nel senso di concedere una tutela meramente obbligatoria, pur rilevando come la delibera sarebbe in detto caso nulla per contrarietà alla legge (in tal senso, su tutti v. PARTESOTTI, voce *Società di revisione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXIX, Roma, 1993, p. 7), non mancavano commentatori che, specialmente durante l'imperio del D.P.R. 136/75, prospettavano anche la reintegrabilità del revisore (v. ad es., SQUILLANTE, *Il controllo contabile e la certificazione dei bilanci delle società quotate in borsa*, Milano, 1981, pp. 58 ss. e anche GUERRIERI, *sub art. 159*, in *Commento al D. Lgs. 58/1998* (a cura di MAFFEI ALBERTI), cit., p. 379).

²⁹¹ In particolare cfr. Trib. Milano 2 febbraio 2007, in *Giur. It.*, 2008, I, 2, pp. 140 ss. (con nota critica di NTUK) e Trib. Mantova, 6 dicembre 2007, pubblicata in [ilcaso.it](http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1087.pdf) (www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1087.pdf). Il riferimento, come si potrà constatare meglio in seguito, riguarda in particolare la necessità di coordinare la revisione dei conti delle società controllate rispetto a quella della capogruppo.

²⁹² SASSO, *sub art. 2409quater*, in *La riforma delle società di capitali* (a cura di MAFFEI ALBERTI), cit., p. 1060. Alcuni commentatori hanno invece sostenuto, nel silenzio della legge, la possibilità di revocare il revisore dal parte dell'organo amministrativo: v. SPIOTTA, *sub art. 2409quater*, in *Il nuovo diritto societario* (a cura di COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI), cit., p. 1039.

alla nomina del nuovo controllore dei conti²⁹³, con l'avvertenza però che gli amministratori erano tenuti a convocare al più presto l'assemblea per tale adempimento, onde evitare una denuncia al Tribunale per grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409²⁹⁴.

Per quanto riguarda il diritto vigente, il già menzionato art. 13 D. Lgs. 39/2010 innova fortemente il quadro normativo applicabile, dal momento che interviene a disciplinare non solo l'ipotesi già conosciuta della revoca, ma anche quelle delle dimissioni del revisore e della "risoluzione consensuale" dell'accordo. Il punto è particolarmente importante: le ultime due fattispecie trovano in questa sede, per la prima volta, una loro disciplina normativa, con la conseguenza che l'ammissibilità di tali forme di cessazione dell'incarico non potrà più essere revocata in dubbio; per quanto si deve osservare come buona parte della dottrina formatasi *ante* 2010 non dubitava che tali ipotesi fossero ammissibili, specie ove si fosse acceduto alla tesi, sopra descritta, che qualificava il contratto di revisione come contratto d'opera professionale. Dal punto di vista strettamente civilistico, quindi, le prime due fattispecie possono essere qualificate come casi di recesso unilaterale *ex art.* 1373 c. 2 Cod. Civ., mentre la terza ipotesi è sussumibile nella categoria generale del mutuo dissenso a mente dell'art. 1372 Cod. Civ.²⁹⁵.

Relativamente alla prima ipotesi, il c. 3 dispone, che la revoca sia disposta dall'assemblea su parere dell'organo di controllo²⁹⁶. La norma impone però che tale atto avvenga solamente in presenza di una giusta causa che, peraltro - riproducendo testualmente la clausola prevista dall'art. 38 della Direttiva 2006/43 - non può mai attenersi a una divergenza relativa al trattamento delle poste contabili o alle procedure di revisione: è facilmente intuibile come tale prescrizione, che come abbiamo visto era già prevista dall'art. 159 T.U.F. nella versione modificata dal D. Lgs. 303/2006, sia

²⁹³ V. ad es, FORTUNATO, *sub art. 2409quater*, in (a cura di NICCOLINI-STAGNO D'ALCONTRES) *Società di capitali - Commentario*, cit., p. 831, il quale peraltro rilevava come la mancata nomina del sostituto potesse costituire motivo per il Tribunale per negare l'approvazione alla revoca.

²⁹⁴ MAGGIOLINO, *sub art. 2409quater*, in *Commentario Bianchi-Marchetti-Ghezzi-Notari*, cit., p. 484.

²⁹⁵ E' importante sottolineare come la qualificazione di tali atti secondo le categorie civilistiche, per quanto rilevante sotto il profilo concettuale, abbia avuto rilevanza pratica in particolare nel periodo antecedente all'emanazione del Regolamento ministeriale di cui al D.M. 28 dicembre 2012, n 261. E' di tutta evidenza infatti che la mancanza della normativa di dettaglio rendeva sostanzialmente inapplicabile la normativa di rango legislativo: a tale situazione si poteva ovviare ricorrendo alle disposizioni codicistiche, proprio in ragione della natura contrattuale degli atti in parola. Sul punto cfr. SALAFIA, *Il conferimento*, cit., p. 8.

²⁹⁶ La differente tipologia di atti dell'organo di controllo interno tra la nomina (proposta motivata) e la revoca (parere) si spiega sul presupposto che nel caso della revoca, come si vedrà *infra* discutendo dell'art. 3 Regolamento, in quest'ultima ipotesi l'iniziativa passa all'organo amministrativo.

posta a tutela dell'autonomia di giudizio del revisore, che per via di questa salvaguardia può compiere le proprie valutazioni senza dover temere ritorsioni da parte di un *management* “scontento”²⁹⁷. Si deve sottolineare come questa regola ponga, in un quadro di continuità con la normativa precedente per quanto attiene agli aspetti sostanziali (dal momento che già in precedenza la revoca del revisore era ammissibile solo per giusta causa²⁹⁸), una rilevante modifica per quanto riguarda gli aspetti procedurali, eliminando l'approvazione del Tribunale sulla delibera, per le società regolate dal Codice, e il potere della CONSOB di vietare l'esecuzione della stessa proprio per carenza di giusta causa, per le società quotate. Ne consegue quindi che la delibera si debba ritenere pienamente efficace sin dal momento della sua adozione²⁹⁹. La repressione di eventuali atti opportunistici è pertanto interamente affidata, nel nuovo regime, all'azione degli enti pubblici (MEF e CONSOB), eventualmente sollecitati a ciò dall'esame delle informative che giungeranno alla loro attenzione, come vedremo *infra*. Si può osservare inoltre che, allo scopo di assicurare la necessaria continuità alla funzione di controllo dei conti, il D. Lgs. (comma e art. cit.) dispone che la delibera di revoca debba contestualmente nominare il nuovo revisore o società di revisione - precludendo quindi qualsiasi spazio per una *prorogatio* del revisore revocato -. Per quanto riguarda gli EIP, la Direttiva 2014/56 ha previsto una sorta di “ritorno al passato”, restaurando per certi aspetti un ruolo di controllo sulla legittimità sulla revoca anche da parte degli organi giudiziari. A mente dell'art. 38, infatti, gli Stati Membri sono obbligati a prevedere che o tanti soci da rappresentare almeno 5% “dei diritti di voto o del capitale azionario” ovvero le

²⁹⁷ In tal senso, v. l'esplicita affermazione del Considerando n. 22 della Direttiva 2006/43, che peraltro sottolinea come la stessa previsione del limite della giusta causa sia ispirata da detta finalità.

²⁹⁸ Tale esigenza di stabilità, a tutela dell'indipendenza dell'incaricato, è difatti riscontrabile anche in altri ambiti, accomunati dalla medesima *ratio*: è noto infatti come anche la revoca dei sindaci deve avvenire per giusta causa, ai sensi dell'art. 2400 Cod. Civ. Nel regime previgente, peraltro, tale clausola generale era interpretata in senso conforme a quello che viene attribuito alla stessa espressione in altre branche dell'ordinamento, cioè come l'occorrere di un qualunque evento che menomi il rapporto fiduciario tra le parti del rapporto. Cfr. FORTUNATO, *sub* art. 2409*quater*, in (a cura DI NICCOLINI-STAGNO D'ALCONTRES) *Società di capitali - Commentario*, cit., p. 830. Un'ampia disamina della revoca nel sistema antecedente al D. Lgs. è svolta da SACCHI, *La revoca per giusta causa dell'incarico di revisione contabile*, in *Il controllo nelle società e negli enti*, 2007, 2, p. 235 (parte I) e 3, p. 425 (parte II): per quanto attiene le diverse concezioni della nozione di giusta causa prima dell'intervento del D. Lgs. in particolare pp. 252 ss. Oggi l'innovazione più significativa è data, più che dalla fonte primaria, da quella secondaria, in quanto (come si vedrà *infra*) l'ordinamento oggi ha sostanzialmente tipizzato l'istituto, peraltro, come si vedrà in seguito, conformemente all'accezione generale sopra accennata.

²⁹⁹ ASSONIME, Circolare 16/2010, *La nuova revisione legale dei conti*, p. 35. Critico nei confronti dell'abrogazione del controllo pretorio DIVIZIA, *Il principio di “continuità di funzionamento”*, cit., p. 668.

Autorità nazionali competenti possano adire il giudice nazionale per chiedere la revoca del revisore “*se motivata da valide ragioni*”: sembra comunque non seriamente revocabile in dubbio che tale diritto potrà essere esercitato solo per ragioni di legittimità, senza che possa essere sindacato il merito della scelta. Pare probabile che questa strada, specie nel caso delle Autorità di Vigilanza, potrà essere impiegata per sindacare le modalità più complesse di nomina del revisore (come ad es., la forma della procedura comparativa).

Per quanto attiene invece le condizioni di validità delle dimissioni o della risoluzione consensuale, insieme con le concrete modalità di esercizio di detti diritti, la norma in commento rimanda a un regolamento del Ministero dell’Economia di cui si tratterà in seguito, facendo comunque salvo il risarcimento del danno eventualmente sofferto dall’ente revisionato in caso di dimissioni. Relativamente a questo aspetto, si era proposto, in sede di consultazione sulle bozze di detto regolamento diffuse dal MEF, che la fonte subordinata introducesse dei criteri per la determinazione del risarcimento³⁰⁰, ma come si avrà modo di vedere *infra*, detta proposta non è stata raccolta dagli estensori.

Il c. 6 completa le previsioni riguardanti dimissioni e risoluzione consensuale mediante l’istituto della *prorogatio*: nelle fattispecie in esame, il revisore deve continuare a esercitare il controllo sino alla nomina del nuovo revisore³⁰¹, o comunque non oltre sei mesi dall’evento. E’ di tutta evidenza come la *ratio* della norma sia la tutela della continuità della funzione di controllo dei conti, finalità che

³⁰⁰ ASSIREVI, *Osservazioni alla bozza di Regolamento concernente la revoca e le dimissioni dall’incarico di revisione legale, nonché la risoluzione del contratto*, 2011, p. 10. La raccomandazione peraltro prende spunto dall’osservare come, mentre il risarcimento del danno sia espressamente previsto dal D. Lgs. solo con riferimento all’ipotesi delle dimissioni, ciò non accade per l’ipotesi della revoca: dato quanto precede, la (non accolta) previsione regolamentare avrebbe avuto il compito di “riequilibrare” le posizioni tra le parti del rapporto. Indubbiamente, tale constatazione è condivisibile, soprattutto se si considera che entrambi gli atti costituiscono fattispecie di recesso da un contratto, a prescindere dall’ “etichetta” di giusta causa usata dal legislatore per la revoca, che potrebbe indurre taluno a ritenere atto legittimo quella della società revisionata e illegittimo quello del revisore. Si vedrà in seguito, nell’esaminare il dettato regolamentare, che le due fattispecie sono invero estremamente simili. E’ discutibile, più che altro, la soluzione proposta, in quanto tale problematica sarebbe meglio risolta a livello legislativo, piuttosto che con un intervento in sede secondaria che peraltro, è chiamata dal legislatore a disciplinare problematiche attinenti più al tema *dell’an* piuttosto che al *quomodo* e al *quantum*.

³⁰¹ La norma si riferisce, più tecnicamente, al momento d’inizio dell’efficacia della deliberazione di nomina del nuovo revisore. Di regola infatti detto *dies a quo* dovrebbe coincidere con l’inizio del rapporto contrattuale con il nuovo revisore: la legge ha però preferito mantenere una dizione più aperta, tenendo conto del fatto che, ad es., tale momento potrebbe non coincidere con la stipula del contratto, in quanto esso potrebbe essere soggetto a condizioni o a termini iniziali e quindi essere produttiva di effetti giuridici in momenti successivi. Sull’interpretazione di tale precisazione si veda *infra* (in particolare, la nt. 19).

peraltro può essere rinvenuta anche in relazione all'obbligo (c. 4 secondo periodo), per il revisore, di rassegnare le dimissioni dall'incarico con modalità e tempistica tali da consentire una celere sostituzione del revisore (di “*provvedere altrimenti*”, afferma il testo della legge), salvo il caso “*d'impedimento grave e comprovato*”. Simmetricamente (e opportunamente), il legislatore sancisce anche in capo alla società revisionata l'obbligo di provvedere “*tempestivamente*” alla nomina del nuovo controllore della contabilità. Anche a proposito di questo plesso normativo possono essere svolte alcune considerazioni. Per quanto concerne la previsione in tema di modalità e tempi della dimissione, è da rilevare come essa riproduca il principio posto dall'art. 1727 c. 2 Cod. Civ. riguardo alla rinuncia del mandatario. Sarà quindi possibile fare riferimento all'interpretazione pretoria dell'istituto codicistico: in termini più generali, è possibile osservare come la norma costituisca espressione del più generale dovere di correttezza nell'adempimento delle obbligazioni fissato dall'art. 1175 Cod. Civ. e della clausola generale di buona fede nell'esecuzione del contratto ex art. 1375 Cod. Civ., volendo impedire che il recesso del revisore possa, alla luce delle modalità concrete con cui viene intimato, arrecare danni alla revisionata e, al contempo, pregiudicare interessi di rilevanza pubblica, tenuto conto del fatto che in quest'ipotesi un'eventuale imposizione della regola della contestualità tra cessazione dell'incarico e nomina del nuovo revisore difficilmente potrebbe essere attuata³⁰². Si tratta, in termini più generali, di un'applicazione normativa dell'interpretazione oramai consolidata del dovere di buona fede nel campo delle obbligazioni, che come noto, impone alle parti del rapporto di “*agire preservando gli interessi dell'altra [parte]*”³⁰³ e che ha portato negli ultimi anni a un notevole ricorso alla figura dell'abuso del diritto, volta a sanzionare l'esercizio di diritti in sé formalmente legittimo, ma volto a ottenere un risultato pratico contrario (o comunque non conforme) allo scopo per cui tale diritto è concesso³⁰⁴. Come si vedrà meglio in seguito, in sede di commento del D.M. 261/2012, sarebbe stato opportuno che il legislatore avesse delegato il citato regolamento (o altro atto normativo secondario) a puntualizzarne gli ambiti applicativi. Un ulteriore rilievo riguarda invece la *prorogatio* e la sua limitazione alle ultime due ipotesi in esame. Sarebbe stata, invero, una scelta più opportuna, da parte

³⁰² E peraltro, come abbiamo visto sopra, anche la stessa regola della contestualità deve essere sempre calata nella concreta prassi applicativa, su cui si vedrà *supra*.

³⁰³ Citazione tratta dal Cass., SS.UU., n. 28056/2008.

³⁰⁴ In generale, si veda GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. 2, 1, Padova, 2004, pp. 640 ss., ove vengono riportate alcune delle principali decisioni giurisprudenziali in materia.

del legislatore delegato, prevedere tale obbligo anche per l'ipotesi di revoca, in quanto è facilmente constatabile che, anche nel caso in cui la nomina del nuovo revisore avvenga contestualmente alla determinazione assembleare³⁰⁵, l'insediamento del nuovo incaricato avverrà necessariamente in un momento successivo, cioè al momento in cui, con la stipula del contratto, insorgerà il nuovo rapporto contrattuale³⁰⁶³⁰⁷. In relazione a tale periodo, per quanto lo stesso possa essere breve, sarebbe stato comunque preferibile prevedere la *prorogatio* del revisore revocato³⁰⁸.

In conclusione, si deve ricordare come, nel caso in cui intervenga una delle ipotesi di cessazione anticipata dell'incarico sopra descritto, tale circostanza debba essere comunicata agli organi pubblici incaricati della vigilanza sui revisori legali (rispettivamente, il Ministero dell'Economia o la CONSOB, per la revisione degli enti d'interesse pubblico), fornendo peraltro “*adeguata spiegazione*” in merito alle ragioni che hanno portato alla conclusione *ante diem* del contratto di revisione.

Per quanto riguarda le società in accomandita per azioni, anche per le determinazioni di revoca del revisore, come per quelle di nomina, il D. Lgs. fa rimando all'art. 2459 Cod. Civ.³⁰⁹: come visto sopra, pertanto, i soci accomandatari non potranno votare sulle deliberazioni in parola.

Con il D.M. 28 dicembre 2012, n. 261 il Ministero dell'Economia ha emanato

³⁰⁵ Si noti infatti come sia il “testo unico” che il Regolamento (come si vedrà *infra*) impongono tale contestualità nel caso della revoca, ma non riguardo alle altre due fattispecie. Come si vedrà in seguito, le norme del Regolamento non dispongono *expressis verbis* tale contemporaneità in caso di dimissioni o di risoluzione consensuale, ma essa può essere, con tutta probabilità, ricavata sul piano interpretativo.

³⁰⁶ Con tutta probabilità, si può ritenere che la norma si riferisca a questo momento per l'inizio dell'efficacia della delibera di assegnazione del nuovo incarico, indicato (come visto) come *dies ad quem* per la proroga del revisore. Sul punto non si può non rilevare come la formulazione della stessa sia però alquanto infelice: la deliberazione è atto efficace nel momento in cui viene adottata dall'organo sociale, dal momento che la legge non sembra imporre alcuna condizione per la produzione dei suoi effetti.

³⁰⁷ E' peraltro interessante sottolineare come nelle disposizioni non più in vigore del Regolamento Emittenti l'art. 146 c. 1 menzionasse espressamente tra i documenti da trasmettere alla CONSOB “*la proposta della società di revisione per il conferimento dell'incarico*”, da cui si era tratta la conclusione (GUERRIERI, *sub art.* 159, in *Commento al D. Lgs. 58/1998* (a cura di MAFFEI ALBERTI) cit., p. 369) che il revisore dovesse assumere *ex lege* il ruolo (almeno a livello formale) di proponente.

³⁰⁸ Per quanto attiene gli abrogati artt. 2409*quater* e 159 T.U.F., proprio per ragioni di tutela della stabilità della funzione, si riteneva sussistente la *prorogatio* anche nel caso in cui la stessa non fosse stata prevista direttamente dalla legge. Tale considerazione traeva spunto dal fatto che mentre l'art. 159 T.U.F. la prevedeva, essa mancava nell'ambito della disciplina codicistica. V. SACCHI, *La revoca per giusta causa*, in cit., p. 240. Ritiene invece opportuna la scelta DIVIZIA, *Il principio di “continuità di funzionamento”*, cit., p. 668 alla luce dell'interruzione del rapporto fiduciario. Quest'ultimo A. ritiene comunque applicabile l'istituto nel caso estremo in cui la società revisionata non provveda alla nomina contestuale.

³⁰⁹ Nelle versioni storiche dei testi normativi in esame, cioè prima della riforma del 2003 per il Codice Civile e prima del D. Lgs. 303/2006 per il T.U.F., era il c. 4 dell'art. 159 T.U.F. a rinviare all'art. 2469 Cod. Civ.. Al di là del mero dato toponomastico, il contenuto delle disposizioni è rimasto invariato.

le disposizioni attuative dell'art. 13, completando in tal modo la disciplina applicabile alle fattispecie di cessazione anticipata. Tale regolamento si apre con un'opportuna norma di coordinamento tra la disciplina del Codice e quella del D. Lgs.. E' ben noto infatti che, ai sensi dell'art. 2409*bis*, lo statuto delle società che non sono tenute alla redazione del bilancio consolidato possono attribuire l'incarico di revisione legale al collegio sindacale, a condizione che tutti i sindaci siano abilitati all'esercizio della professione di revisore³¹⁰. Si pone quindi il problema di verificare quale disciplina in tema d'interruzione anticipata dell'incarico sia applicabile: se quella codicistica dettata per i sindaci (che potrebbe essere considerata la *lex generalis*, nel nostro caso) oppure la normativa derogatoria prevista per i revisori. Al riguardo, l'articolo 1 c. 2 fa prevalere il regime codicistico e, quindi, per i sindaci che esercitano la funzione di revisione legale, la cessazione dall'ufficio viene regolata dagli artt. 2400 e 2401 Cod. Civ³¹¹.

In relazione all'ipotesi della revoca, l'art. 3 regolamento dispone che sia l'organo amministrativo della società a presentare la proposta motivata di revoca all'assemblea, dandone contemporaneamente comunicazione al revisore: facendo propria una soluzione normativa adottata già dall'abrogato art. 146 c. 3 Regolamento Emittenti CONSOB, la disposizione cit. assegna all'assemblea il compito di deliberare “*contestualmente*” la revoca e la nomina del nuovo revisore o della nuova società di revisione, non prima però di aver acquisito non solo il parere dell'organo di controllo previsto dall'art. 13 D. Lgs. ma anche le “*osservazioni formulate dal revisore o dalla società di revisione*”: il parere dell'organo di controllo deve, peraltro, estendersi anche alle menzionate osservazioni. Come si può agevolmente constatare, il diritto del revisore o della società di revisione a presentare delle osservazioni è elemento non previsto dalla norma di legge, ma introdotto direttamente dal regolamento: si potrebbe

³¹⁰ E' opportuno ricordare, inoltre, che - come visto sopra - detta norma debba essere integrata proprio dalle disposizioni del D. Lgs., che all'art. 16 c. 2 preclude tale possibilità non solo agli enti d'interesse pubblico, ma anche alle società che li controllano e a quelle “*sottoposte con questi ultimi a comune controllo*”.

³¹¹ Si deve peraltro notare come nell'ambito della consultazione svolta dalla Ragioneria Generale dello Stato siano prevalse tra i partecipanti le critiche riguardo alla formulazione della disposizione, che secondo i partecipanti alla consultazione avrebbe dovuto sanzionare espressamente la disapplicazione del Regolamento riguardo ai “sindaci-revisori”: cfr., ASSIREVI, *Osservazioni*, cit., p. 1; CNDCEC, *Osservazioni alle bozze dei decreti attuativi del D.Lgs. 27 gennaio 2010 n. 39*, 2011, p. 26. Tendenzialmente critico verso tale scelta, anche alla luce della *voluntas* del legislatore comunitario di prevedere un regime unitario di svolgimento della revisione è BAUER, *Attuali criticità sulla revoca dell'incarico di revisione legale se affidata al collegio sindacale*, in *Il controllo nelle società e negli enti*, 2013, pp. 603 ss.

essere tentati di leggere tale diritto, in uno con l'obbligo dell'organo societario di controllo a relazionare su tali osservazioni come la creazione di un momento dialettico tra le parti del rapporto che avrebbe origine al momento stesso dell'insorgenza della “crisi” della relazione contrattuale, in quanto (come visto) già la comunicazione della revoca da parte dell'organo amministrativo deve esplicitare i motivi di tale decisione. Si può osservare come sia estremamente probabile che detto scambio sia finalizzato *in primis* a fornire all'assemblea un quadro informativo più ampio, onde poterla porre in condizione di operare una scelta più consapevole. Non si può peraltro escludere che tale momento dialettico possa essere anche rivolto alla ricomposizione della “frattura” tra revisore ed ente revisionato, specialmente qualora l'organo di controllo esprima parere contrario alla revoca del revisore, ad es, poiché ha accolto alcune delle posizioni espresse nelle osservazioni del revisore³¹².

L'art. 4 elenca le ipotesi che costituiscono giusta causa ai fini della revoca del revisore: in primo luogo, si può operare una distinzione tra le ipotesi “dettagliate” previste al c. 1 dell'articolo e la clausola generale *ex c. 2*, in base alla quale il requisito è soddisfatto qualora intervengano fatti “*di rilevanza tale che risulti impossibile la prosecuzione del contratto di revisione, anche in considerazione delle finalità dell'attività di revisione legale*”; circostanza quest'ultima che peraltro dovrà essere sorretta da adeguata motivazione. Si può notare come la dizione impiegata sia sostanzialmente aderente alla nozione di giusta causa che si è soliti riscontrare non solo nel diritto commerciale ma anche in altre branche dell'ordinamento. Pur mancando un esplicito riferimento a tale nozione, si deve infatti ritenere che l'impossibilità a proseguire il rapporto debba dipendere da fatti che ledano definitivamente il rapporto fiduciario tra i contraenti, a prescindere dal fatto che tali fatti possano o meno essere qualificati, civilisticamente, come inadempimenti³¹³. Le

³¹² Tale parere infatti è obbligatorio (è giustamente qualificato come condizione di validità della delibera da SORCI, *sub art. 13 D. Lgs. 39/2010*, (a cura di DE LUCA) *La revisione legale dei conti annuali e consolidati*, cit., p. 154) ma non vincolante, secondo l'interpretazione sposata da ASSONIME, Circolare 16/2010, *La nuova revisione legale dei conti*, p. 34. Tale parere svolge però una funzione di pervasiva *moral suasion*, specialmente per quanto attiene l'interpretazione delle ipotesi di giusta causa di revoca. Nella vigenza del vecchio sistema si era parlato, a proposito del rapporto delibera-parere-osservazioni, della concessione a favore del revisore di una “garanzia minima di contraddittorio”: cfr. GUERRIERI, *sub art. 159*, in *Commento al D. Lgs. 58/1998* (a cura di MAFFEI ALBERTI), in cit., p. 380.

³¹³ La norma del Regolamento riprende, oltre alle definizioni dottrinarie di cui *supra*, nt. 31, quasi alla lettera il disposto in tema di recesso delle parti del contratto di lavoro a tempo indeterminato *ex art. 2119 Cod. Civ.* E' noto peraltro come la giurisprudenza lavoristica abbia storicamente basato la valutazione della sussistenza della giusta causa in termini di lesione del rapporto fiduciario tra datore e prestatore di lavoro (*ex multis*, Cass., 1 febbraio 2012, n. 1424), e che peraltro la stessa sia applicata

ipotesi “dettagliate” sono invece classificabili a seconda che attengano rispettivamente al revisore/società di revisione o alla società revisionata (o, eventualmente, al gruppo cui essa appartiene). Sul punto si può constatare come la scelta di prevedere una serie di circostanze specifiche, per quanto integrate da una clausola generale, è stata probabilmente dettata dall'eliminazione del controllo giudiziale (per le società non quotate) e dai poteri d'intervento officiosi della CONSOB (per le quotate): per evitare perdite in termini di certezza del diritto, si è ritenuto necessario introdurre delle ipotesi predeterminate e di stretta interpretazione³¹⁴ per “compensare” l'abolizione di un controllo giudiziale basato sulla valutazione di una clausola generale³¹⁵, anche allo scopo di consentire un esame più puntuale (e probabilmente, meno discrezionale) da parte delle Autorità di vigilanza sui revisori³¹⁶. Allo stesso tempo, si può constatare come il D.M. cit. non adotti *in toto* detto approccio, continuando pur sempre a mantenere una clausola generale di ampia portata: tale impostazione discende con tutta probabilità da esigenze di *policy* tendenzialmente diverse da quelle sopra descritte, in quanto volta soprattutto ad assicurare un bilanciamento tra l'esigenza di prevenire abusi o comportamenti opportunistici (specie da parte della società) e quella di evitare comunque un'eccessiva compressione dell'autonomia negoziale delle parti: in altri termini, si deve osservare come la scelta legislativa sia stata dettata dalla necessità di

analogicamente anche ad altre fattispecie contrattuali (ad es., in tema di contratto di agenzia, si veda Cass., n. 8948/2009). In dottrina, *ex multis*, PIACCI, *La giusta causa e il giustificato motivo soggettivo*, in *I licenziamenti individuali e collettivi* (a cura di DE LUCA TAMAJO-BIANCHI D'URSO). Peraltro, anche in ambiti, come quello societario, ove la legge fa rinvio solamente alla nozione senza rinviare all'articolo citato (come nel caso dell'art. 2383 c. 3, in cui la “*giusta causa*” esclude il dovere della società di risarcire il danno causato agli amministratori per la revoca dell'incarico), la giurisprudenza ha comunque identificato la giusta causa con la violazione del patto fiduciario, nel caso di specie, tra assemblea e amministratori (sul punto, v. Cass., 12 settembre 2008, n. 23557; Trib. Milano 12 marzo 2009; Trib. Roma 11 febbraio 2011). In dottrina, v. CONFORTI, *La nomina e la revoca degli amministratori di società*. Milano, 2007, pp. 475 ss. Relativamente al nostro tema d'indagine, v. ASSONIME, Circolare 16/2010, *La nuova revisione legale dei conti*, p. 36.

³¹⁴ Tale interpretazione è stata confermata anche dalla stessa Ragioneria Generale dello Stato, nella pagina internet di chiarimenti disponibile al sito: <http://www.revisionelegale.mef.gov.it/opencms/opencms/Revisione-legale/registroRevisori/cessazioneAnticipata>. In sede di consultazione, si era peraltro sottolineata la necessità di includere in detto elenco anche le ipotesi d'interruzione del rapporto previsti dai Principi di Revisione (in particolare si veda il n. 600), cfr. ASSIREVI, *osservazioni*, cit., p. 6.

³¹⁵ In altri termini, siamo di fronte a un mutamento di approccio regolamentare, in cui un sistema di controllo *ex post* basato sull'applicazione di uno standard viene sostituito da un sistema di regole *ex-ante*.

³¹⁶ Alla stessa logica si deve ritenere che si ispiri anche il mantenimento di un sistema di controllo generalizzato; per quanto con un significativo spostamento di competenza, per le società non quotate, dall'autorità giudiziaria al Ministero dell'Economia, a cui sono sicuramente finalizzati gli obblighi di comunicazione previsti dall'art. 13 c. 6 del D. Lgs. e disciplinati compiutamente dagli artt. 10 e 11 del Regolamento, su cui si veda *infra*.

trovare un compromesso tra interessi pubblicistici (che avrebbero spinto per una definizione totalmente analitica delle ipotesi) e privatistici (che avrebbe portato al mantenimento di una ampia *generalklausel*, a tutela della discrezionalità delle parti contraenti).

Più specificamente le ipotesi di giusta causa di revoca che attengono al revisore o alla società di revisione sono:

(i) mutamento del revisore incaricato della revisione del gruppo, qualora il mantenimento in carica del revisore della controllata possa impedire *“l’acquisizione di elementi probativi appropriati e sufficienti da porre a giudizio del bilancio consolidato, secondo quanto disposto dai piani di revisione”* (lett. b);

(ii) i mutamenti, nella gruppo a cui appartiene l’ente, tali da impedire al revisore legale *“l’acquisizione di elementi probativi appropriati e sufficienti da porre a giudizio del bilancio consolidato, nel rispetto dei principi di revisione”* (lett. c);

(iii) la *“sopravvenuta inidoneità del revisore o della società di revisione ad assolvere l’incarico, per insufficienza di mezzi o risorse”* (lett. d);

(iv) *“gravi inadempimenti del revisore o della società di revisione legale che incidono sulla corretta prosecuzione dell’incarico”* (lett. f);

(v) l’occorrenza di una *“situazione sopravvenuta idonea a compromettere l’incarico del revisore o della società di revisione legale”* (lett. h).

Il secondo gruppo di cause, concernenti la società revisionata, è costituito inoltre dalle seguenti fattispecie:

(i) mutamento del soggetto che esercita il controllo sull’ente revisionato ai sensi dell’art. 2359 Cod. Civ., *“salvo che il trasferimento del controllo sia avvenuto nell’ambito del medesimo gruppo”* (lett. a);

(ii) *“Il riallineamento della durata dell’incarico a quello della società capogruppo dell’ente d’interesse pubblico appartenente al medesimo gruppo”* (lett. e);

(iii) *“L’acquisizione o la perdita della qualificazione di ente d’interesse pubblico”* (lett. g);

(iv) *“La sopravvenuta insussistenza dell’obbligo di revisione legale per l’intervenuta carenza dei requisiti previsti dalla legge”* (lett. i).

Al riguardo si può agevolmente notare come molte delle ipotesi sopra menzionate siano comunque alquanto elastiche, lasciando quindi alla società revisionata o agli

organi pubblici (inclusi quelli giurisdizionali, qualora insorga una controversia) un certo “margine di manovra”: basterebbe citare, a titolo di esempio, le ipotesi *ex* lett. d) o lett. f): con riguardo in particolare alla prima ipotesi, si è correttamente osservato come, onde evitare un esercizio abusivo del diritto, sia necessario che sussista un interesse concreto derivante da esigenze di natura obiettiva (ad es., sarebbe sempre possibile revocare il revisore nel caso in cui perda i requisiti per l’iscrizione nel Registro, creando in tal caso una inidoneità assoluta, sicuramente incensurabile)³¹⁷. Nell’ambito delle ipotesi più late, poi, assume rilievo il caso previsto dalla lett. h), in quanto si tratta della prima “sanzione” prevista dall’ordinamento per la perdita del requisito dell’indipendenza *ex* art. 10 D. Lgs.³¹⁸. Con riguardo alle ulteriori fattispecie, si può notare come numerose, tra le ipotesi in parola, siano volte a disciplinare gli impatti dei rapporti di controllo societario sull’incarico, tenuto conto che tali rapporti comportano la necessità, in capo al soggetto controllante, di predisporre il bilancio consolidato, a mente degli artt. 25 ss. D. Lgs. 127/91. Si può osservare come l’ipotesi che più si riscontra nella prassi, da questo punto di vista, sarà quella prevista dalla lett. a), fattispecie che trova il suo fondamento nella necessità di non vincolare il nuovo ente controllante alle determinazioni della precedente gestione, stante il profondo *intuitus personae* che lega revisore e revisionato. Essa però trova anche una giustificazione che attiene al revisore della nuova società controllante, che in quanto responsabile, ai sensi dell’art. 14 c. 6 D. Lgs. 39/2010, del giudizio sul bilancio consolidato, potrebbe essere interessato ad assumere l’incarico anche nella società controllata, per non rischiare di essere chiamato a rispondere per fatti del revisore della controllata³¹⁹. A una medesima logica di “tutela” del revisore chiamato a certificare il bilancio consolidato si ispirano direttamente i casi *ex* lett. b) e c). Nell’ambito dei casi attinenti ai rapporti di controllo societario merita, infine, di essere segnalata quella sul riallineamento degli incarichi (lett. e), volta sostanzialmente a evitare che i revisori delle controllate possano durare in carica oltre il termine dell’incarico del revisore della controllante: la norma opera soprattutto a favore del soggetto controllante che, in virtù di tale norma, può determinare liberamente un

³¹⁷ MIOTTO, *La cessazione dell’incarico di revisione legale per revoca, dimissioni e risoluzione consensuale*, in *Riv. Soc.*, 2015, p. 53.

³¹⁸ Per le considerazioni relative a tale disposizione, si rimanda *infra* al Cap. 3.

³¹⁹ ASSONIME, Circolare 16/2010, *La nuova revisione legale dei conti*, pp. 75-76.

piano di gestione degli incarichi con possibili benefici sul piano economico³²⁰. Riguardo, invece alle ipotesi di cui alle lett. g) e i), si è rilevato come esse siano funzionali a garantire all'ente revisionato che mutamenti nella sua struttura, che rendano non più necessaria la sottoposizione a revisione legale tout court (o alla revisione "rafforzata" per gli EIP: si pensi all'ipotesi abbastanza comune del c.d. *delisting*, magari a seguito del mutamento del socio di controllo scaturito dalla conclusione di un'OPA), non possano essere impediti solo per il fatto del preesistente vincolo contrattuale con il revisore³²¹

In conclusione, il c. 3 dell'art. cit. sanziona con la nullità qualunque tipo di accordo volto a limitare o escludere la revocabilità dell'incarico per giusta causa. Relativamente a tale norma si potrebbe essere tentati di dubitare della sua stessa utilità, dal momento che tale conclusione poteva essere raggiunta anche in sede ermeneutica, vista la tutela di rilevanti interessi pubblici che la disciplina della revisione legale è chiamata a presidiare. Al di là di tale aspetto, peraltro, un ulteriore profilo problematico che deve essere adeguatamente valutato attiene a un profilo di opportunità: ci si deve chiedere se non sia preferibile che una sanzione civilistica sia prevista in sede legislativa piuttosto che regolamentare. Tale considerazione sorge sul presupposto che tali sanzioni sono, di regola, frutto di un giudizio di prevalenza di alcuni interessi rispetto ad altri, che l'ordinamento intende proteggere avendone riconosciuta la preminenza³²²: si potrebbe pertanto ritenere che sia più corretto lasciare il giudizio sul bilanciamento o sulla prevalenza/soccombenza d'interessi contrapposti alla sede più democratica, ovvero a quella parlamentare, e lasciare quindi alla legge (o agli atti equiparati) il compito di esprimere l'"ultima parola" su detti contrasti. Sul punto si deve però osservare, a parziale difesa dell'opposta soluzione adottata in sede regolamentare, che nel momento in cui il Legislatore delega alla fonte secondaria una vera e propria integrazione del disposto legislativo, senza la quale la norma di legge è sostanzialmente inapplicabile, quest'ultimo dovrebbe considerarsi competente anche a operare dette ponderazioni d'interesse, e quindi anche a

³²⁰ Il punto viene sottolineato in particolare da chi ha proposto in sede di consultazione l'introduzione della norma: v. ASSONIME, *Consultazione Regolamento revoca, dimissioni, risoluzione rapporto di revisione legale*, luglio 2011, p. 5.

³²¹ MIOTTO, *La cessazione dell'incarico di revisione legale*, cit., p. 46.

³²² Nel caso in parola, per es., la nullità sarebbe frutto di un giudizio di prevalenza dell'interesse alla continuità della funzione di revisione (anche ai fini di un ordinato svolgimento della vita delle società e dei mercati finanziari) rispetto al principio dell'autonomia contrattuale.

comminare le relative sanzioni del caso³²³.

E' necessario chiedersi, inoltre, quali possano essere le conseguenze di una revoca deliberata dalla società in assenza dei presupposti sopra descritti. Da un lato, la violazione delle norme procedimentali (come ad es., la mancata espressione del parere dell'organo di controllo) dovrebbe comportare la mera annullabilità della delibera, alla luce dell'art. 2377 Cod. Civ. Nel caso invece in cui si rilevi l'assenza di giusta causa - in altri termini, si debba sindacare l'aspetto contenutistico della delibera assembleare - si è sostenuto che quest'ultima sarebbe nulla per contrarietà a norme di ordine pubblico, con legittimazione ad agire non solo in capo al revisore ma anche alle Autorità amministrative - ponendosi l'iniziativa giudiziale come possibile esito all'attività di verifica ex post, che verrà trattata *funditus* in seguito³²⁴: tale tesi, che del resto riprende esplicitamente il dato normativo ante 2010, sembra però di difficile coordinamento con la disciplina codicistica, nella misura in cui commina la nullità nei limiti tassativi delle ipotesi di cui all'art. 2379 Cod. Civ.. A ogni modo, sembra possibile ritenere che, al netto della pacifica tutela obbligatoria³²⁵, l'annullamento della delibera dovrebbe comportare la reintegrazione del revisore, permettendo in tal modo di assicurare una maggiore stabilità dell'organo di controllo³²⁶.

In relazione all'ipotesi delle dimissioni da parte del revisore, l'articolo 5 pone le fattispecie che legittimano tale atto, ribadendo anche qui la clausola generale sulla sussistenza di fatti che rendano impossibile la prosecuzione del rapporto, da motivare

³²³ Sul tema deve essere segnalata l'opinione più "radicale" di autorevole dottrina (BUSSOLETTI, *Bilancio e revisione contabile*, in cit., p. 49) che ritiene incostituzionale, ai sensi della tutela della libertà d'iniziativa economica privata realizzata (anche) per il tramite della riserva di legge ex art. 41 Cost. in tema di limiti e controlli della stessa, una normativa secondaria che vada a comprimere tale libertà, ad es., dettando condizioni (come in questo caso) per l'esercizio di diritti d'autonomia privata.

³²⁴ MIOTTO, *La cessazione dell'incarico di revisione legale*, cit., pp. 59 ss.

³²⁵ Sembra difficile invece ritenere che una revoca indebita possa fondare un'azione di danni, nei confronti degli organi sociali, da parte dei soci o di terzi, poiché difficilmente si potrebbe ricostruire in capo a questi un concreto interesse ad agire - che invece potrebbe configurarsi nel caso speculare del mancato esercizio della revoca dovuto a una negligente non rilevazione dell'insorgenza di una delle ipotesi previste -: sul tema v. MIOTTO, *La cessazione dell'incarico di revisione legale*, cit., pp. 66-67.

³²⁶ Riprendendo quanto rilevato dalla dottrina in merito alla revoca dei sindaci, è da osservare che la tutela reale potrebbe trovare scarsa applicazione pratica per via dei tempi della giustizia, che potrebbero alla reintegra plausibilmente quando la durata dell'incarico si è già conclusa (cfr. CAVALLI, *I sindaci*, in *Trattato delle Società per Azioni* (a cura di COLOMBO-PORTALE), cit., p. 53; G. U. TEDESCHI, *Il collegio sindacale*, cit., p. 68). Almeno nel caso della revisione legale degli EIP, la maggiore durata dell'incarico potrebbe però aprire degli spiragli in merito. Proseguendo nel parallelismo con la revoca dell'organo di controllo interno, giova sottolineare che nel caso dei revisori non viene in rilievo la principale ragione che spinge gli Autori a escludere la tutela reale per i sindaci, e cioè il meccanismo di sostituzione automatica con i sindaci supplenti (v. G. U. TEDESCHI, *Il collegio sindacale*, cit., p. 68; FRÉ-SBISÀ, *Società per azioni*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1997, p. 888).

adeguatamente (c. 2), e dettando anche in questa sede una serie di circostanze più specifiche, che possono di nuovo essere distinte a seconda che riguardino la società revisionata o il revisore.

Nello specifico, possono essere ricondotte al primo gruppo:

(i) il cambio del soggetto che controlla la società revisionata ai sensi dell'art. 2359 Cod. Civ., “*salvo che il trasferimento del controllo sia avvenuto nell'ambito del medesimo gruppo*” (lett.a);

(ii) i mutamenti nel gruppo di controllo tali da impedire al revisore legale “*l'acquisizione di elementi probativi appropriati e sufficienti da porre a giudizio del bilancio consolidato, nel rispetto dei principi di revisione*” (lett. c);

(iii) “*Il mancato pagamento del corrispettivo o il mancato adeguamento dei corrispettivi spettanti in base a clausola del contratto*”, previa costituzione in mora nelle forme previste dall'art. 1219 Cod. Civ. (lett. d);

(iv) “*La grave e reiterata frapposizione di ostacoli allo svolgimento delle attività di revisione legale*”, salvo che venga integrato il reato di impedito controllo ex art. 29 D. Lgs. 39/2010 (lett.e).

Riguardo al secondo gruppo, invece, possono essere citate le seguenti ipotesi:

(i) mutamento del revisore incaricato della revisione del gruppo, qualora il mantenimento in carica del revisore della controllata possa impedire “*l'acquisizione di elementi probativi appropriati e sufficienti da porre a giudizio del bilancio consolidato, secondo quanto disposto dai piani di revisione*” (lett. b);

(ii) L'insorgere di una “*situazione sopravvenuta idonea a compromettere l'indipendenza del revisore o della società di revisione legale*” (lett. f);

(iii) “*La sopravvenuta insussistenza dell'obbligo di revisione legale per l'intervenuta carenza dei requisiti previsti dalla legge*” (lett. g);

(iv) Il conseguimento del diritto alla pensione per il revisore persona fisica (lett. h).

E' facile constatare come molte cause siano già previste relativamente all'ipotesi di revoca, per le quali si possono riprendere le considerazioni già espresse *supra*. Di particolare interesse sono le cause ex lett. d) ed e): si tratta di ipotesi di gravi inadempienze, come chiarito anche espressamente dalla norma, e che quindi finiscono per confermare come anche in questa sede, per ragioni di simmetria, si debba ritenere che le clausole di maggior latitudine debbano essere interpretate nel senso di

consentire le dimissioni solo ove i comportamenti prescritti siano stati posti in essere con modalità tanto gravi da menomare in modo irrimediabile il rapporto fiduciario, rendendo (come richiesto dalla clausola generale) impossibile la prosecuzione del rapporto, per quanto il legislatore e gli estensori del regolamento non arrivino a parlare di una “giusta causa di dimissioni”³²⁷. E' interessante notare peraltro come la disciplina in commento imponga, in queste due fattispecie, una deviazione rispetto al regime di diritto comune, posto che l'integrazione delle due fattispecie, in assenza della disciplina speciale posta dalla normativa primaria (e dal regolamento attuativo in commento), potrebbero comunque comportare lo scioglimento del rapporto per mezzo dello strumento della risoluzione per inadempimento ai sensi degli artt. 1453 Cod. Civ. ss. La disciplina speciale, invece, detta per tali casi il ricorso allo strumento delle dimissioni, cioè di un atto qualificabile (come detto sopra) come un recesso legale *ex* 1373 c. 2 Cod. Civ., evitando quindi al revisore di dover ricorrere in sede giudiziale per ottenere lo scioglimento dal vincolo contrattuale³²⁸: coerentemente, infatti, il regolamento impone che nell'ipotesi *sub* lett. d) il revisore debba ricorrere all'ordinaria costituzione in mora del debitore, e non allo strumento della diffida ad adempiere a mente dell'art. 1454 Cod. Civ.

Anche in questa ipotesi, il regolamento (c. 4 dell'art. in commento) si premura di comminare la sanzione della nullità per i patti che limitino o escludano il diritto del revisore alle dimissioni per giusta causa. Sul tema si deve segnalare come alcuni commentatori, in sede di prima lettura della disposizione, abbiano ritenuto che non debbano essere colpite da nullità le pattuizioni volte a definire più puntualmente le ipotesi di dimissioni o di revoca³²⁹.

Il successivo art. 6 si occupa poi delle questioni più nettamente “procedimentali”: la dichiarazione di dimissioni deve essere presentata dal revisore o dalla società di revisione sia al rappresentante legale, sia al presidente dell'organo di

³²⁷ Tale conclusione non dovrebbe sorprendere se si pensa, come abbiamo visto sopra, che anche il professionista intellettuale può nella prestazione d'opera recedere, ma solo per giusta causa, *ex* art. 2237 c. 2 Cod. Civ.

³²⁸ Non vi è dubbio che ciò comporti dei risparmi significativi sul piano economico al recedente. Anche questa considerazione spingeva a ritenere, nel sistema pregresso, che le ipotesi che avrebbero dato adito a risoluzione giudiziale potessero essere sanzionate con il recesso del controllore dei conti, stante la generale ammissibilità dell'istituto predicata dalla dottrina maggioritaria: v. MAGGIOLINO, *sub* art. 2409*quater*, in *Commentario Bianchi-Marchetti-Ghezzi-Notari*, cit., p. 486.

³²⁹ ASSONIME, Circolare n. 19/2013, *Il Regolamento su revoca, dimissioni e risoluzione consensuale dell'incarico di revisione legale dei conti*, giugno 2013, p. 11. Tale precisazione è sicuramente condivisibile, nella misura in cui si intenda sanzionare con la nullità le determinazioni che abbiano, per il modo in cui sono strutturate, l'effetto sostanziale di aggirare il divieto posto dal Regolamento.

controllo della revisionata, con conseguente dovere per gli amministratori di convocare “*senza ritardo*” l'assemblea, perché questa nomini il nuovo revisore, “*sentito l'organo di controllo (...) secondo le modalità del D. Lgs. attuativo (cioè, del D. Lgs. 39)*”: proprio in relazione al ruolo del consesso dei soci, paiono condivisibili le perplessità di un Autore, secondo il quale l'ordito normativo non consente di comprendere se questo debba poter intervenire nel merito oppure debba limitarsi a prenderne meramente atto³³⁰. Al c. 3 il regolamento impone al revisore una norma di comportamento piuttosto ampia: come previsto anche dalla disposizione primaria (art. 13 c. 6 D. Lgs.), egli dovrà presentare le proprie dimissioni con modalità e tempistiche tali da consentire alla società di “*provvedere conseguentemente*” e in particolare in modo tale da consentirle di procedere all'affidamento del nuovo incarico. Nel rimandare a quanto osservato sopra in sede di commento della norma primaria, si può osservare come il meccanismo di repressione delle violazioni viene concretamente determinato proprio dalla fonte regolamentare, per mezzo dell'acquisizione delle informative ex artt. 9 e 10 regolamento da parte dalle Autorità di Vigilanza, che potrà comportare l'applicazione delle sanzioni previste dalla normativa primaria.

In relazione alla risoluzione consensuale, il regolamento, all'art. 7, impone sostanzialmente le medesime formalità che si sono in precedenza descritte: l'assemblea, una volta acquisite le osservazioni del revisore o della società di revisione e il parere dell'organo di controllo su queste osservazioni, provvederà a deliberare la risoluzione conferendo il nuovo incarico di revisione. Per quanto si possa ragionevolmente ritenere che i due atti debbano essere adottati nell'ambito della medesima sessione assembleare³³¹, manca una previsione espressa in tal senso, a differenza (come visto sopra) dell'ipotesi di revoca: è ben possibile, peraltro, che nel caso in cui l'assemblea (anche alla luce delle considerazioni che saranno contenute nel parere dell'organo di controllo) ravvisi l'insussistenza di una delle situazioni

³³⁰ A. BERTELOTTI, *Società per azioni*, cit., p. 417: del resto, anche alla luce del procedimento delineato e della possibilità di rassegnare le dimissioni solo nei casi indicati dal Regolamento, pare preferibile optare per la prima alternativa.

³³¹ L'articolo testualmente dispone: “*L'assemblea (...) delibera la risoluzione consensuale e provvede a conferire un nuovo incarico ad un altro revisore legale o ad un'altra società di revisione*”. A differenza dell'ipotesi di dimissioni, in cui il provvedimento dell'assemblea è necessariamente successivo all'atto del revisore, in questa ipotesi gli organi sociali avrebbero tutto il tempo, nel mentre delle negoziazioni volte allo scioglimento dell'accordo, per ricercare il nuovo incaricato. Pertanto, ben si sarebbe potuto (e probabilmente è quello che il Regolamento dispone, pur non *expressis verbis*) disporre la regola della contestualità.

previste dal regolamento, si possa aprire un contenzioso giudiziale con il revisore, volto ad accertare proprio il rispetto delle disposizioni ministeriali. A ogni modo, anche nel caso delle dimissioni si applicherà l'istituto della *prorogatio* - secondo quando precedentemente esposto -.

Per quanto riguarda la norma in commento si può rilevare, *in primis*, come suoni pleonastico il limite al diritto di scioglimento consensuale posto dal c. 1, cioè che essa debba garantire la continuità nell'esercizio della funzione di revisione legale, in quanto si tratta di un principio generale, che permea di sé tutto il sistema in commento, ed è già per tale ragione applicabile anche a questa fattispecie, e inoltre, il suo rispetto può essere assicurato mediante le verifiche che verranno eventualmente condotte dalle Autorità di vigilanza a seguito delle comunicazioni *ex artt.* 9 e 10 regolamento. Forse, la norma avrebbe tutelato più utilmente il principio di continuità se avesse dettato delle regole specifiche a suo presidio (ad es., specificando alcuni comportamenti potenzialmente lesivi dello stesso) piuttosto che ribadirlo *sic et simpliciter*³³²: in sede infatti di primo commento alle norme di cui si tratta, alcuni commentatori hanno lamentato come il regolamento non abbia previsto, come per le prime due ipotesi, delle ipotesi che legittimino le parti del rapporto a scioglierlo consensualmente. Il rischio che si pone è, pertanto, che la risoluzione consensuale possa essere attuata con finalità abusive (specie ove siano insorte quelle divergenze sull'interpretazione dei principi contabili o di revisione che non possono *ex lege* portare a una sostituzione del revisore)³³³. Non è da escludere peraltro che proprio riguardo a questa ipotesi gli estensori del regolamento abbiano inteso garantire una maggiore flessibilità, forse “rassicurati” dal fatto che la cessazione avvenga in virtù dell'*agere* concorde delle due parti, lasciando quindi che il controllo sulla regolarità della vicenda si espliciti solo al termine della stessa, tenendo conto in particolare dell'adeguatezza delle motivazioni che saranno sottoposte alle Autorità competenti³³⁴.

³³² Specialmente se si tiene conto che il compito di una fonte secondaria dovrebbe essere proprio quella di dettare norme che specifichino i principi posti (o ricavabili) dalle fonti primarie. Molto probabilmente, la clausola generale in commento verrà “riempita” dall'intervento degli Organi di Vigilanza, che potranno adottare i provvedimenti necessari qualora ritengano che la risoluzione sia stata posta in essere in modo tale da pregiudicare tale principio.

³³³ SALERNO, *La “risoluzione consensuale” dell'incarico di revisione legale*, in *Riv. Soc.*, 2014, pp. 1393 ss.; MIOTTO, *La cessazione dell'incarico di revisione legale*, in *Riv. Soc.*, 2014, pp. 91 ss.

³³⁴ Si è peraltro osservato che la violazione del parametro della ragionevolezza della decisione potrebbe rendere la delibera dell'assemblea impugnabile *ex art.* 2377, poiché detto parametro viene richiesto direttamente dal legislatore (l'obbligo di “fornire spiegazioni adeguate” è dettato anche dalla Direttiva

Sia per le dimissioni che per la risoluzione anticipata, il regolamento prevede un *cooling off period* (art. 8 D.M. cit.): in base a tale norma il revisore o la società di revisione possono assumere un nuovo incarico presso la revisionata solo trascorso almeno un anno dalla revoca o dalle dimissioni (con conseguente non applicazione dell'istituto in caso di risoluzione consensuale³³⁵), fatto salvo, ovviamente, il periodo di “raffreddamento” triennale relativo agli enti di interesse pubblico (art. 16 D. Lgs.)³³⁶.

Per quanto attiene gli obblighi di comunicazione, il regolamento dispone che l'informativa sulla cessazione anticipata dell'incarico debba essere inviata, rispettivamente, alla CONSOB nel caso di revisione di enti di interesse pubblico (art. 9) e al Ministero dell'Economia-Ragioneria Generale dello Stato (RGS) per gli altri enti (art. 10)³³⁷. Nel caso degli enti creditizi, che peraltro rientrano tutti nella categoria degli enti d'interesse pubblico *ex art. 16 c. 1 lett. b)*, la legislazione di settore prevede che la nomina del revisore, insieme con le ipotesi di cessazione anticipata sin qui considerate, debbano essere comunicate alla Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 51 c. 1 *bis* T.U.B., secondo le modalità che verranno determinate dallo stesso Organo di Vigilanza (c. 1 *ter* art. cit.): in particolare, la norma cit. richiede, quanto alle ipotesi di cessazione anticipata, che l'intermediario fornisca “*adeguate spiegazioni*” in merito alla revoca dell'incarico³³⁸. Gli obblighi di comunicazione sono particolarmente estesi e ricadono su entrambe le parti del rapporto concluso. La società ha il dovere di trasmettere agli Organi di Vigilanza la delibera assembleare, in uno con il parere dell'organo di controllo e una relazione, “*adeguatamente motivata*”, sulle ragioni

2006/43): SALERNO, *La “risoluzione consensuale” dell’incarico di revisione legale*, in *Riv. Soc.*, 2014, p. 1398.

³³⁵ La non menzione di questa ipotesi viene interpretata come implicita esclusione da ASSONIME, Circolare n. 19/2013, *Il Regolamento su revoca, dimissioni e risoluzione consensuale*, cit., p. 17.

³³⁶ In sede di consultazione erano state espresse delle criticità sull'introduzione di questo divieto. Cfr. ASSIREVI, *Osservazioni*, cit., p. 8. Difatti, desta perplessità non tanto la previsione in sé, quanto il fatto che essa sia stata introdotta a livello secondario e non primario, tenuto conto del fatto che la determinazione degli ambiti del *cooling off* costituisce una importante scelta di *policy* del settore.

³³⁷ Relativamente a quest'ultima ipotesi, la Ragioneria Generale dello Stato ha emanato una determinazione, in data 2 aprile 2013, volta ad attuare il disposto del c. 4 dell'art. 10 Regolamento, sancendo che le comunicazioni debbano necessariamente avvenire solo per via telematica, mediante posta elettronica certificata. L'art. 4 della determinazione ribadisce peraltro quanto già disposto dall'art. 1 c. 2 Regolamento in tema di sindaci-revisori, affermando che gli obblighi di comunicazione alla struttura ministeriale si estendono ai casi di nomina, cessazione e sostituzione dei sindaci ai sensi degli artt. 2400 e 2401 Cod. Civ.

³³⁸ Tale previsione è stata inserita nel TUB proprio dal Testo Unico del 2010 (art. 39 c. 1). Ai sensi delle disposizioni di vigilanza dettate dalla Banca d'Italia (Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013, 6° aggiornamento) tali comunicazioni devono avvenire tempestivamente, e comunque entro 30 giorni tutte le informazioni relative alle ipotesi in commento (cfr. Parte terza, Cap. 2, Sez. II).

dell'interruzione del rapporto redatta a cura dell'organo amministrativo. Per quanto riguarda il revisore o la società di revisione gli obblighi di comunicazione sussistono in caso di dimissioni, sostanziandosi nella trasmissione della copia delle dimissioni inviate alla società, insieme a copia delle osservazioni presentate dalla società o dall'ente d'interesse pubblico. Tali comunicazioni devono essere inviate entro quindici giorni dalla delibera assembleare relativa alla cessazione dell'incarico, ovvero da quella del conferimento del nuovo incarico qualora esse non siano contestuali, in originale ovvero in copia dichiarata conforme dal presidente dell'organo di controllo³³⁹. Al medesimo organo sociale spetta vigilare sull'adempimento di detti obblighi: in caso d'inerzia, esso può sostituirsi all'organo amministrativo³⁴⁰. Il combinato disposto dei due articoli chiarisce il dubbio, sollevato in sede di commento all'articolo³⁴¹, sulla necessità di indirizzare la comunicazione anche alla RGS, nel caso di enti non d'interesse pubblico; escludendo tale obbligo.

Il regolamento si conclude con una norma di chiusura, volta a disciplinare l'eventuale “sovrapposizione” di più casi di cessazione anticipata dell'incarico, ai fini della determinazione della procedura applicabile. Ai sensi dell'art. 11, fatti salvi diversi accordi tra le parti, prevale la disciplina dettata per la fattispecie giunta per prima a conoscenza della controparte.

³³⁹ Anche nell'ordinamento in vigore mi sembra si possa continuare ad affermare che quello del presidente dell'organo di controllo non sia un potere certificativo, mancando una norma che qualifichi lo stesso come pubblico ufficiale e che pertanto possa comportare la qualifica di atto pubblico per detta attestazione. Molto più limitatamente, tale dichiarazione di conformità comporta assunzione di responsabilità verso la Vigilanza e verso la società in relazione alla veridicità della stessa. Sul punto v. GUERRIERI, *sub* art. 159, in *Commento al D. Lgs. 58/1998* (a cura di MAFFEI ALBERTI), cit., pp. 372-373; *contra* CARATAZZOLO, *Le norme sulla revisione contabile nel Regolamento emittenti della Consob*, in *Società*, 1998, p. 1385.

³⁴⁰ L'imposizione di detto compito è stato criticato, in fase di consultazione, dal CNDCEC (v. *Osservazioni*, cit., pp. 32-33), in quanto tale dovere andrebbe al di là del mero dovere di eseguire “*le pubblicazioni previste dalla legge*” previste in capo al collegio sindacale dall'art. 2406 Cod. Civ in presenza d'inerzia da parte degli amministratori.

³⁴¹ ASSONIME, Circolare n. 19/2013, *Il Regolamento su revoca, dimissioni e risoluzione consensuale*, cit., p. 14. La circolare ravvisa un contrasto tra la lettera dell'art. 13 c. 7, che impone la comunicazione a entrambe le Autorità e l'intenzione del legislatore come esplicitata nella relazione illustrativa al D. Lgs. (secondo la quale le comunicazioni sarebbero da effettuare ai due Enti “*a seconda dei casi*”). Secondo la circolare, dovrebbe essere comunque preferita la prima delle due interpretazioni, in quanto esse tutelerebbero due finalità diverse, entrambe da tutelare necessariamente: da un lato, quella alla RGS è finalizzata all'aggiornamento dei dati contenuti nel registro dei revisori; mentre quella alla CONSOB sarebbe disposta ai fini dell'esercizio della vigilanza sulla revisione degli enti d'interesse pubblico. Qualora si intenda comunque preferire tale teoria, sarebbe necessario quindi impugnare il Regolamento per violazione di legge ai sensi dell'art. 21septies della l. 241/90.

Capitolo 3

L'indipendenza del revisore

1. *Inquadramento generale della problematica*

Tutti gli ordinamenti moderni, nel regolamentare l'attività di revisione dei conti, hanno prestato - e continuano a prestare - notevole attenzione al tema dell'indipendenza del revisore rispetto al soggetto sottoposto alle sue verifiche³⁴². Tale attenzione è pienamente giustificata alla luce del fatto che tale attributo è connesso strettamente all'esercizio dell'*auditing*. Senza tema di smentita, infatti, esso costituisce un vero e proprio requisito di natura ontologica del ruolo del controllore esterno dei conti. In altri termini, il revisore - come tutti i soggetti e gli organi chiamati a svolgere funzioni di controllo - o è indipendente, in quanto non soggetto a conflitti d'interesse (o quantomeno a conflitti d'interesse dominabili) con la conseguenza, quindi, di poter esercitare la sua funzione in modo sereno e obiettivo, o non è un revisore; sebbene - è importante sottolinearlo - indipendenza, nel contesto che ci occupa, non deve essere intesa come distacco totale del professionista dagli interessi in gioco, dal momento che il revisore (come del resto anche altre categorie di professionisti: si pensi ad es., gli avvocati) svolge il proprio compito nell'interesse di qualcuno: non soltanto (come agli albori della professione) nei confronti dei soci - che nel modello europeo sono ancora i soggetti chiamati a dare inizio e se del caso porre termine all'incarico di controllo contabile³⁴³ -, ma nell'odierna realtà dei mercati finanziari anche nei confronti di una vasta serie di *stakeholder*. Pertanto, indipendenza deve essere intesa non tanto quanto assenza di interessi *tout court*, ma piuttosto di circostanze che possano impedire una verifica integra e obiettiva delle attività da controllare³⁴⁴.

³⁴² Si tenga presente, infatti, come alcuni temi che sono stati affrontati nel Cap. 2 (come ad es., la durata dell'incarico o la determinazione del corrispettivo del revisore) sono spesso visti *anche* come strumenti per assicurare l'indipendenza del controllore dei conti: tale "suggestione" è, con tutta probabilità, conseguenza della normativa in tema di collegio sindacale. Nell'economia di questa trattazione, si è preferito comunque separare gli strumenti normativi più segnatamente diretti a tale scopo, rispetto ad ambiti che attengono genericamente alla disciplina del rapporto di revisione e alla relazione del revisore con la società sottoposta a controllo.

³⁴³ Cfr. *supra* Cap. 1, sulla relazione tra i soci dell'ente revisionato e *auditor* nel contesto dell'evoluzione storica del ruolo di quest'ultimo.

³⁴⁴ Queste considerazioni sono utili, in particolare, in sede di comparazione con l'ordinamento statunitense, nel quale invece - per quanto riguarda le società quotate - la nomina del revisore è invece rimessa all'*audit committee* (Sec. 301 del *Sarbanes-Oxley Act*). Tale assetto normativo, in cui è sostanzialmente il controllato a nominare il controllore, crea infatti un disallineamento degli interessi

Sfortunatamente, in gran parte delle moderne economie, l'indipendenza del controllore dei conti viene a essere minata in modo "strutturale" dalle oramai più che consolidate modalità con cui viene remunerato il servizio del revisore: il fatto che sia il controllato stesso, cioè la società tenuta a sottoporre a verifica i suoi bilanci, a pagare il revisore per la sua opera (c.d. *issuer pay model*) ha sollevato e continua a sollevare numerosi interrogativi sulla compatibilità di tale forma di remunerazione con una revisione dei conti effettivamente capace di contribuire all'obiettivo della tutela della trasparenza e dell'integrità delle società e dei mercati finanziari³⁴⁵.

Al contempo, l'evoluzione della prassi di mercato ha aggiunto un ulteriore conflitto d'interessi, che potremmo definire come da "polifunzionalità" o da "conglomerazione" delle *auditing firms*: a partire, infatti, dagli anni Settanta del secolo scorso le società di revisione hanno cominciato a prestare una vasta serie di servizi, in particolare di consulenza aziendale (cc.dd. servizi *non-audit*), anche (e forse soprattutto) nei confronti delle stesse società revisionate. Ciò ha comportato, secondo molti commentatori³⁴⁶, il rischio che le società di revisione siano state portate ad adottare standard di controllo e di verifica più "laschi", allo scopo di compiacere i clienti e mantenere quindi gli incarichi *non-audit*, mediamente molto più remunerativi delle revisioni contabili. A fronte di queste problematiche, il dato storico dell'evoluzione della normativa italiana, in uno con l'esperienza comparatistica, mostra plasticamente (come avremo modo di vedere nel prosieguo di questo Capitolo) come anche l'atteggiamento del legislatore sia molto cambiato nel corso del tempo, a dimostrazione di come la questione si presti a essere regolata seguendo diverse (e spesso radicalmente contrastanti) opzioni di *policy*, tra le quali la (forse) unica costante è stata la previsione di requisiti "rafforzati" per le imprese societarie a maggiore rilevanza sistemica, come le società quotate o gli enti di interesse pubblico (EIP). Si darà, in particolare, conto della nuova normativa introdotta dalla riforma del

particolarmente spiccato, esacerbando il problema dell'indipendenza. E' opportuno, pertanto, distinguere tra il sistema europeo e quello statunitense, onde evitare possibili confusioni. L'origine storica di questa problematica è ben descritta da O'CONNOR, *Be careful what you wish for: how accountants and Congress created the problem of auditor independence*, cit., pp 741 ss. e ID., *Strengthening auditor independence: reestablishing audits as control and premium signaling mechanisms*, cit., pp. 525 ss.

³⁴⁵ Il problema del modello di remunerazione del *gatekeeper* è stato sviscerato negli ultimi anni con particolare riguardo alla società di *rating*: tale dibattito ha consentito in particolare di comparare vantaggi e svantaggi dell'*issuer pays* e dell'*investor pays model*, con indubbi vantaggi anche per quanto attiene il dibattito scientifico sulla revisione dei conti: *ex multis*, MORLEY-PAGANO, *The future of financial regulation*, Yale Law and Economics Research Paper n. 386, giugno 2009; PAGANO-VOLPIN, *Credit rating failures and policy options*, CSEF Working Paper n. 239, novembre 2009.

³⁴⁶ Cfr. *infra*, par. 4. Su tale evoluzione storica cfr. COFFEE JR., *Gatekeepers*, cit., pp.

2014, che si è distinta per essere stata particolarmente attenta al rafforzamento dei presidi di tutela dell'indipendenza e dell'autonomia del revisore, mantenendo peraltro regole rafforzate per gli EIP.

2. *Definizione del concetto di indipendenza. Le possibili alternative regolamentari.*

Nel corso degli ultimi decenni, l'ordinamento societario ha previsto un numero sempre maggiore di soggetti chiamati a svolgere funzioni di controllo nei confronti dei gestori (in senso sostanziale)³⁴⁷ dell'impresa costituita in forma societaria, in aggiunta quindi rispetto ai presidi "tradizionali" (organo di controllo interno³⁴⁸ e revisori dei conti): si pensi ad es., alla previsione per le società quotate di nominare uno o più amministratori indipendenti (art. 147ter c. 4 T.U.F.), o, ancora, alla particolare attenzione che la normativa di vigilanza (ma anche l'autoregolamentazione delle società quotate) ha posto in merito alla strutturazione del sistema dei controlli interni³⁴⁹. Tale "esplosione" di figure investite di compiti *lato sensu* di controllo³⁵⁰ ha riportato in auge le discussioni sulla nozione di indipendenza, sul presupposto indiscutibile - già menzionato - che essa sia elemento imprescindibile per qualunque

³⁴⁷ Amministratori con funzioni esecutive e alta direzione della società, in buona sostanza.

³⁴⁸ La riforma societaria del 2003 ha peraltro innovato anche sul punto, prevedendo i c.d. sistemi alternativi di amministrazione e controllo. Si è pertanto assistito alla realizzazione di una maggiore flessibilità in materia rispetto al sistema previgente: si pensi ad es., alla possibilità nel sistema dualistico di ricomprendere tra i profili di controllo del consiglio di sorveglianza anche aspetti prettamente imprenditoriali come la verifica delle "operazioni strategiche e dei piani industriali e finanziari" (art. 2409terdecies lett. fbis) Cod. Civ.); o alla possibilità che a svolgere le funzioni tradizionali del collegio sindacali siano degli amministratori indipendenti, come nel sistema monistico (cfr. artt. 2409septiesdecies e 2409octiesdecies Cod. Civ.)

³⁴⁹ Per quanto attiene al primo profilo, basterebbe menzionare le disposizioni della Banca d'Italia in materia di controlli interni nelle banche (Circ. 263 del 27 dicembre 2006, Tit. V, Cap. 7°), le pertinenti disposizioni del c.d. Regolamento congiunto Banca d'Italia-CONSOB (Capo III) e il Regolamento ISVAP n. 20 del 26 marzo 2008 (e ss. mm. ii.) per le imprese assicurative. Per quanto concerne, invece, l'autoregolamentazione delle società quotate v. l'art. 7 del Codice di Autodisciplina predisposto dal Comitato per la Corporate Governance costituito presso Borsa Italiana (ed. luglio 2014).

³⁵⁰ La poliedricità della nozione di controllo, in particolare per quanto riguarda la duplice accezione del controllo come verifica della rispondenza di un'attività alle regole che ne disciplinano lo svolgimento, e del controllo nel senso di potere di direzione viene segnalata da STELLA RICHTER, *La funzione di controllo del consiglio d'amministrazione nelle società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 2012, p. 663. E' evidente che in questa sede è il primo profilo quello che ci occupa, e nello specifico è importante rimarcare come anche questa prima nozione di controllo si estenda anche a profili "di merito" e non solo di legittimità, in quanto non solo coinvolge sempre più frequentemente valutazioni di opportunità tra più opzioni strategiche e gestionali - in cui necessariamente finiscono per venire in rilievo la scienza aziendalistica (come sottolineato dallo stesso A.) -, ma finisce per operare in larga parte *ex ante*. In questo contesto, il "controllo" opera in sede per l'appunto di valutazione della proposte avanzate dal *management* ed è orientata a stimolare un confronto dialettico volto all'adozione della decisione finale da parte dell'organo collegiale incaricato di detta funzione. Sul tema, in generale, cfr. anche FERRO-LUZZI, *Per una razionalizzazione del concetto di controllo*, in (a cura di BIANCHINI-DI NOIA) *I controlli societari: molte regole, nessun sistema*, cit., pp. 115 ss.

soggetto chiamato a svolgere questo tipo di funzioni: solo, infatti, soggetti indipendenti dal controllato possono giungere a decisioni imparziali, in quanto caratterizzate da autonomia di giudizio³⁵¹. Ciò nonostante, un'esatta definizione di *cosa sia* l'indipendenza, nel diritto societario (e forse anche in altri rami del diritto), rimane ancora difficoltosa, per molti aspetti. Come si è giustamente rimarcato, in sede di dibattito dottrinale sulla figura degli amministratori indipendenti, una definizione meramente in negativo dell'indipendenza, quale assenza di rapporti di dipendenza (di tipo economico, principalmente), risulta essere scarsamente incisiva nel delineare, con sufficiente precisione, i contorni del requisito in parola³⁵². Più specificamente, secondo gli studi più moderni dedicati al tema, l'approccio regolamentare seguito in passato dal Codice Civile, cioè la fissazione *ex-ante* di cause di ineleggibilità/incompatibilità/decadenza³⁵³ rispetto all'ufficio da assumere, non sembra più capace di catturare compiutamente, mediante un processo induttivo, uno statuto generale dell'indipendenza: il tutto, peraltro, "aggravato" dall'impiego, specie nella legislazione economica dell'ultimo ventennio, di ulteriori tecniche normative volte a perseguire la medesima funzione - senza però contribuire a una migliore definizione dogmatica della questione in esame³⁵⁴. Un'evoluzione degna di nota è avvenuta con l'introduzione del Codice di Autodisciplina per le società quotate³⁵⁵ che,

³⁵¹ Tale collegamento tra la fattispecie dell'indipendenza e i suoi "effetti" (in senso ovviamente non giuridico) si coglie in particolare nella disciplina privata degli amministratori indipendenti: v. in particolare il criterio applicativo 3.C.4 del principio 3.P.2 del Codice di Autodisciplina (ed. luglio 2014), che tratta per l'appunto dell'autovalutazione periodica delle relazioni successive all'instaurarsi del rapporto. In dottrina il punto è sollevato anche da FERRO LUZZI, *Indipendente...da chi? Da cosa?*, in *Riv. Soc.*, 2008, p. 209 e da TANTINI, *L'indipendenza dei sindaci*, Padova, 2010, pp. 42 ss.

³⁵² Ancora FERRO LUZZI, *Indipendente...da chi? Da cosa?*, cit., p. 204.

³⁵³ Riguardo alle tre categorie menzionate, la prima distinzione attiene tra ineleggibilità/incompatibilità da un lato e decadenza dall'altro: mentre le prime situazioni intervengono *ex ante* impendendo la presa di possesso dell'ufficio da parte del soggetto designato, la decadenza opera nel caso in cui la situazione "inabilitante" intervenga dopo tale fatto, comportando la cessazione dall'incarico. Quanto alle due misure *ex ante*, l'ineleggibilità comporta invalidità dell'atto di nomina mentre l'incompatibilità impone al designato di non cumulare più uffici e, quindi, di optare tra questi. Cfr. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, Vol. 2, cit., p. 371.

³⁵⁴ Tale considerazione, in uno con l'enucleazione di tali "nuove" tecniche legislative, si rinvencono in CAPRARA, *La clausola generale dell'indipendenza: nozione e declinazioni operative*, in (a cura di MERUZZI-TANTINI), *Le clausole generali nel diritto societario*, in Tratt. Galgano (Vol. 61), Padova, 2011, pp. 293-299. In particolare, l'A. cita l'impiego dell'espressione "indipendente" senza specificazione di contenuti, la definizione di statuti normativi (come quello dell'attestatore di piani di risanamento *ex art. 67 L.F.*) che implicitamente richiedono l'indipendenza dell'incaricato e, infine, l'uso di espressioni simili.

³⁵⁵ Per un breve commento alla versione del 2006 v. STELLA RICHTER, *Il nuovo codice di autodisciplina delle società quotate e le novità legislative in materia di autoregolamentazione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2007, pp. 149e in relazione a quella del 2011 del Codice v. MARCHETTI, *Il nuovo codice di autodisciplina delle società quotate*, *Riv. Soc.*, 2012, pp. 37 ss. Per un quadro dell'evoluzione dell'autodisciplina societaria cfr. ALVARO-CICCAGLIONI-SICILIANO, *L'autodisciplina in materia di corporate governance*, Quaderno giuridico CONSOB n. 2, febbraio 2013.

nel regolare la fattispecie degli amministratori indipendenti, sin dall'edizione 2006 ha quantomeno combinato l'approccio "classico" con una tecnica di normazione sintetica, che si sostanzia nell'adozione di una clausola generale ("*assenza di relazioni tali da condizionar[e] attualmente l'autonomia di giudizio*") che tiene conto (e, anzi, eleva a criterio di valutazione delle fattispecie concrete) dell'obiettivo che il regolatore intende perseguire mediante i requisiti d'indipendenza: la già citata autonomia di giudizio del controllore. L'adozione delle tecniche redazionali della *better regulation*³⁵⁶, con la conseguente distinzione tra normativa di principio e regole applicative, ha peraltro consentito, per l'appunto, una combinazione tra una tecnica analitica e una sintetica, consentendo l'inserimento di una serie di ipotesi (significativamente, non esaustive secondo quanto espressamente delineato nei commenti acclusi alla normativa³⁵⁷) in cui si presume la mancanza di indipendenza.

Per concludere, si può ritenere che un approccio regolatorio di tipo "misto" o "combinato", come quello poc'anzi descritto, raggiunga maggiormente gli obiettivi prefissati, rispetto a una regolamentazione che si basi su di un metodo "monistico". Secondo alcuni commentatori, infatti, l'indipendenza, prescindendo per un attimo dalle problematiche prettamente giuridiche e muovendoci invece su di un piano sociale, può essere scissa in due componenti: l'indipendenza *nella forma* (o *in appearance*) quella dello spirito (o *in mind*): nel primo caso, si prende in considerazione la percezione da parte della collettività di riferimento della sussistenza di fatti o circostanze che possano quantomeno far dubitare del "distacco" del professionista mentre, nell'altra ipotesi, si tiene conto dell'attitudine del professionista a considerare senza pregiudizi di sorta tutti gli elementi rilevanti per lo svolgimento dei compiti assegnati³⁵⁸; ambito, quest'ultimo, che ha destato l'attenzione degli Autori

³⁵⁶ Strada seguita, ad es., anche dalla Banca d'Italia nelle oramai abrogate (in quanto confluite nella Circ. 285 del 17 dicembre 2013) *Disposizioni di vigilanza sul governo societario delle banche* del 4 marzo 2008 (in tema, e in relazione a questo specifico aspetto cfr. COSTI-VELLA, *Banche, governo societario e funzioni di vigilanza*, Quaderno di Ricerca Giuridica della Banca d'Italia n. 62, 2008, pp. 22-24).

³⁵⁷ La scelta, difatti, appare orientata proprio a consentire una valutazione di stampo sostanzialistico, "funzionalizzando" l'enumerazione all'applicazione del criterio fissato in sede di normativa di principio.

³⁵⁸ Impostazione seguita soprattutto da parte della SEC e dell'*American Institute of Certified Public Accountants* (AICPA) come testimoniato da DOPUCH-SCHWARTZ, *Independence in Appearance and in Fact: An Experimental Investigation, Contemporary Accounting Research*, 2003, (20), pp. 79 ss., e nella normativa professionale nazionale, oggi superata dall'introduzione degli "ISA-Italia" (cfr. CNDCEC, Principio di Revisione n. 100 *Principi sull'indipendenza del revisore*, 2004, p. 3, dove si distingue tra indipendenza "formale" e "mentale" del controllore dei conti). Per la letteratura italiana v. RABITTI BEDOGNI, *L'attuazione del principio di indipendenza nell'esercizio della revisione*, in *Dir. Ban. Merc. Fin.*, 2002, p. 28 e RONDINELLI, *La forma e lo spirito: l'indipendenza dei revisori nella*

più legati alla scuola della *behavioral law and economics* - con delle analisi volte a dimostrare come alcuni dei principali *bias* comportamentali finiscano inevitabilmente per “inquinare” la capacità di giudizio del revisore³⁵⁹ -. Stante quanto precede, quindi, un approccio legislativo di tipo analitico, volto quindi a disciplinare ipotesi di incompatibilità (*lato sensu*, e pertanto atecnicamente intese) tende a soddisfare il requisito dell’indipendenza “formale”, assicurando i partecipanti al mercato - mediante l’applicazione di regole predeterminate - che i soggetti “indipendenti” non si trovino in rapporti che il consesso sociale ritiene nocivi per il requisito in parola; mentre un criterio normativo “per clausole generali” mira soprattutto a tutelare l’indipendenza “sostanziale”, per mezzo di una valutazione *ex post* - in quanto alla luce di una clausola generale - dei comportamenti concreti tenuti dal destinatario³⁶⁰. Vedremo nei successivi paragrafi come il legislatore ha inteso recepire queste teorizzazioni, nel caso specifico dei revisori.

3. I requisiti “base” dell’indipendenza del revisore: l’art. 10 D. Lgs. 39/2010. La direttiva 2014/56.

Il mutamento di prospettiva regolamentare summenzionato ha interessato anche la più recente disciplina della revisione dei conti. Concentrandoci per ora sulla disciplina prevista per le società non quotate³⁶¹, Il sistema antecedente alla riforma del 2010 (l’abrogato art. 2409*quinquies* Cod. Civ., che si rifaceva peraltro l’approccio regolamentare già seguito dall’art. 3 D.P.R. 136/75³⁶²), difatti, si basava sull’elencazione di una serie di una serie di circostanze impeditive

prospettiva regolativa, Paper presentato al convegno annuale 2010 dell’Associazione “Orizzonti del Diritto Commerciale”, disponibile al sito: <http://www.orizzontideldirittocommerciale.it/media/11046/rondinelli.pdf>.

³⁵⁹ Al tema è dedicato in particolare il già citato scritto di RONDINELLI, *La forma e lo spirito*, cit., si vedano anche le conclusioni del lavoro di TEDESCHI, *L’indipendenza dei revisori: a proposito della nuova normativa sulla revisione legale dei conti*, in *Giur. Comm.*, 2010, I, pp. 771 ss.

³⁶⁰ Siamo, in altri termini, di fronte alla consueta dicotomia *rule v. standard* o, per esprimerci in termini più vicini alla tradizione giuridica italiana (ed europeo-continentale), delle categorie del “concetto” e del “tipo” normativo che si distinguono proprio per una maggiore o, rispettivamente, minore determinatezza: cfr., CAPRARA, *La clausola generale dell’indipendenza*, cit., pp. 316-319.

³⁶¹ Per quanto riguarda l’analisi dell’evoluzione storica dell’istituto, il confronto più opportuno è, da un lato, quello tra la norma “base” dell’art. 10 e quella prevista in passato dal Codice Civile; e, dall’altro, tra l’art. 17 D. Lgs. 39 e l’abrogato art. 160 T.U.F., quantomeno ragionando in termini di funzioni che le norme sono chiamate a presidiare (la tutela dei meccanismi informativi del mercato è, difatti, molto più spiccata nel secondo che non nel primo caso, con tutte le ovvie conseguenze in termini di disciplina).

³⁶² Anche questa norma, difatti, elencava alcune ipotesi di “incompatibilità” (come rubricato espressamente dal legislatore), le quali erano significativamente accompagnate da una clausola generale finale (cioè, il trovarsi “in [ogni] altra situazione che ne comprometta, comunque, l’indipendenza nei confronti della società”).

all'instaurazione/continuazione del rapporto: da un lato, si avevano ipotesi dettate direttamente dal legislatore, come versare nelle condizioni previste dall'art. 2399 Cod. Civ. per i sindaci e l'essere il revisore sindaco della stessa società revisionata o di "*società da questa controllate, delle società che la controllano o di quelle sottoposte a comune controllo*" (c. 1); dall'altro l'eventuale previsione di cause ulteriori previste dallo statuto della società medesima, che poteva inoltre spingersi sino a richiedere requisiti ulteriori per la nomina "*concernenti la specifica qualificazione professionale*" del soggetto investito della funzione (c. 2)³⁶³. Tali circostanze, nel caso di affidamento dell'incarico a una società, dovevano essere accertate nei confronti "*dei soci della medesima e [dei] soggetti incaricati della revisione*" (c. 3). Nell'attesa dell'emanazione dei regolamenti attuativi del D. Lgs. 39, l'art. 43 dispone che debba continuare a trovare applicazione la disposizione codicistica: data la non felice formulazione della norma non si comprende se la disposizione in parola, insieme con le altre norme abrogate, cesseranno di avere efficacia al momento in cui saranno emanati tutti i regolamenti attuativi ovvero (cosa che, ovviamente, pare più ragionevole) esse verranno meno nel momento in cui saranno entreranno in vigore i regolamenti che concernono le rispettive materie d'interesse³⁶⁴.

Il D. Lgs. 39 - seguendo l'orientamento del legislatore comunitario³⁶⁵ - fonda, al contrario, la disciplina della materia in questione sulla previsione di alcune disposizioni che, se non qualificabili del tutto come clausole generali, lasciano sicuramente maggiori spazi interpretativi ai destinatari delle disposizioni e ai soggetti che sono chiamati al loro *enforcement*. Pare abbastanza palese quale sia la *ratio* sottostante a tale mutamento di prospettiva: la convinzione, mutuata anche dalle posizioni assunte da alcuni *standard setter* internazionali, che la molteplicità di circostanze e casi che possono ledere l'*agere* indipendente e obiettivo del controllore dei conti (specie, come abbiamo visto sopra, alla luce della "conglomerazione" delle società di revisione e delle relative reti d'appartenenza) sia tanto ampia da rendere

³⁶³ Tecnica non dissimile da quella adottata in sede di redazione dell'art. 2399, che per l'appunto affiancava a ipotesi dettagliate direttamente dal legislatore (anche se con la considerevole "apertura" della fattispecie residuale sub c. 1 lett. c), specie con riguardo alla sussistenza degli "*altri rapporti patrimoniali che ne compromettano l'indipendenza*"), la facoltà di autoregolamentazione statutaria, con particolare attenzione in questa sede alla previsione di eventuali limiti al cumulo degli incarichi.

³⁶⁴ Segnala il tema G. BERTOLOTTI, *sub art. 10*, in (a cura di DE LUCA) *La revisione legale dei conti annuali e consolidati*, cit., p. 131.

³⁶⁵ Cfr. art. 22 Dir. 2006/43, che a sua volta mutua l'impostazione dalla Raccomandazione della Commissione *L'indipendenza dei revisori legali dei conti nell'UE: un insieme di principi fondamentali*, del 16 maggio 2002 (2002/590/CE).

impossibile un'elencazione analitica di tali ipotesi (anche solo a titolo esemplificativo)³⁶⁶.

In primis, ai sensi del c. 1 dell'art. 10, il legislatore delegato sancisce che il revisore o la società di revisione debba essere indipendente dall'ente revisionato e che non debbano “*essere in alcun modo coinvolti nel [della società sottoposta a revisione] processo decisionale*”: la norma intende, in particolare, prevenire l'influenza indebita che si realizzerebbe in caso di costante reiterazione di consulenze sugli aspetti strategici della gestione aziendale³⁶⁷, realizzando quindi un presidio “di base” - in quanto applicabile a tutte le revisioni dei conti e che fa quindi salva la ben più stringente normativa in materia di EIP (che verrà esaminata *funditus* nei parr. successivi) - rispetto al rischio per l'indipendenza che potrebbe essere posta da questa tipologia di servizio *non-audit*. A seguito della modifica dell'art. 22 par. 1 Dir. 2006/43, apportata dalla Dir. 2014/56, tale disposizione si dovrà intendere riferita anche a “*qualsiasi persona fisica in grado di influenzare direttamente o indirettamente l'esito della revisione*”, realizzandosi in tal modo un significativo (e opportuno) ampliamento della portata della norma in commento.

Di per sé la norma in commento rende esplicito un principio che ben si poteva ricavare anche dal sistema previgente, e che promana direttamente dalla logica stessa del concetto d'indipendenza. E' noto, infatti, come l'aver partecipato alla definizione di un particolare stato di fatto o di diritto rende coloro che vi hanno partecipato assolutamente inidonei a valutare in modo distaccato quest'ultimo³⁶⁸: diventa impossibile, in altre parole, realizzare quell'obiettività che l'articolo in parola giustamente menziona in uno con l'indipendenza nella sua *rubrica legis*, dal momento che (come visto sopra) l'obiettività di giudizio è il fine che l'ordinamento intende perseguire assicurando uno statuto di indipendenza al relativo destinatario. Nel caso specifico dei revisori, può assumere rilievo il caso del controllore dei conti che, in qualche modo, abbia cooperato con il *management* non solo nella definizione delle stesse politiche gestionali dell'impresa societaria, ma anche solo nell'esercizio della discrezionalità tecnica in sede di redazione dei documenti contabili, non potendo

³⁶⁶ Si veda, in particolare, il “quadro concettuale” (*conceptual framework*) adottato dall'*International Federation of Accountants* (IFAC) in sede di emanazione del *Code of Ethics for Professional Accountants*, ed. 2009, pp. 7 ss.

³⁶⁷ Così A. BERTOLOTTI, *Società per azioni*, cit., p. 390.

³⁶⁸ Vige, in altri termini, la logica del noto brocardo *nemo iudex in re propria*.

quindi esercitare la sua funzione di controllo in modo distaccato e sereno³⁶⁹. L'ipotesi in parola, con tutta probabilità, non vuole fungere da definizione del concetto di obiettività, in quanto separato da quello dell'indipendenza: entrambi i profili sono tanto strettamente intrecciati, sul piano logico-funzionale, che parrebbe difficile immaginare (almeno nella normalità dei casi) una violazione del canone di obiettività che non sia anche, a monte, un venir meno al requisito dell'indipendenza³⁷⁰.

Per quanto attiene alla gestione delle situazioni potenzialmente lesive dell'indipendenza, si può osservare come la disp. cit. distingua, quanto alle fattispecie regolate, tra situazioni da cui promanano rischi "rilevanti" e "ordinari". La prima ipotesi è disciplinata dal c. 2, che impone al revisore di astenersi dall'effettuare la revisione³⁷¹ qualora "*sussistano relazioni finanziarie, d'affari, di lavoro o di altro genere, dirette o indirette, comprese quelle derivanti dalla prestazione di servizi diversi dalla revisione contabile, dalle quali un terzo informato, obiettivo e ragionevole trarrebbe la conclusione che l'indipendenza del revisore (...) risulta compromessa*". In questa circostanza, come si evince chiaramente dal dettato della norma, le tecniche di *risk management*³⁷² saranno orientate in particolare a individuare, tra le varie relazioni intraprese dal revisore, quali non solo ricadono nel novero delineato dal legislatore - specie per distinguere dalle ipotesi "meno gravi" di cui al successivo c. 3 - ma anche per comprendere se esse siano rilevanti, sotto un

³⁶⁹ Tale considerazione è stata sviluppata in particolare da COLOMBO, *La revisione legale nelle società non quotate: alcuni problemi attuali*, in *Liber Amicorum Piras*, Torino, p. 53.

³⁷⁰ La dottrina dominante sembra orientata in questo senso (v. *ex multis*, LUGANO-NESSI, *La nuova disciplina della revisione legale prevista dal D. Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2010, pp. 331 ss.). Ritiene invece che si possa enucleare un concetto "scindibile" di obiettività, peraltro assoggettabile a un diverso regime normativo rispetto a quello dell'indipendenza (in particolare, gli emanandi regolamenti in tema di indipendenza e obiettività di cui al c. 12 disp. cit.), G. BERTELOTTI, *sub art. 10*, in (a cura di DE LUCA) *La revisione legale dei conti annuali e consolidati*, cit., p. 130.

³⁷¹ L'ampiezza della norma impone, sia nel caso in questione che in quello previsto dal c. 3 (che vedremo di seguito), che il revisore valuti costantemente l'insorgere di tali circostanze non solo in sede di instaurazione del rapporto ma anche nel prosieguo del suo svolgimento: cfr. MELECCHI, *sub art. 10*, in *Appendice*, in (a cura di VELLA) *Commentario al T.u.f.*, Torino, 2012, p.1971. Già nelle fasi immediatamente successive all'entrata in vigore del decreto del 2010 si era segnalato come l'indipendenza fosse divenuta un vero e proprio rischio da gestire secondo gli strumenti del *risk management* (sia consentito il rinvio a RAZZANTE-FORMISANI, *Finanza e responsabilità "da revisione": orientamenti a confronto*, in *Finanziaria*, 2011, 3, p. 17): del resto, questa impostazione era già stata fatta propria dalla stessa normativa professionale nazionale (cfr. CNDCEC, *Principio di Revisione n. 100*, pp. 4 ss.). Conseguenza di ciò è ovviamente una maggiore responsabilizzazione non solo del revisore (come sottolineato da PANUCCI-LA ROTONDA-MANONTI, *Appendice: normativa complementare*, in (a cura di FRATINI-GASPARRI), *Il testo unico della finanza*, Torino, 2012, vol. 3, p. 2841) ma anche degli organi e delle strutture della società.

³⁷² Il Principio di Revisione n. 100 del CNDCEC (pp. 5 ss.) disciplinava ad es., alcune misure di salvaguardia volte a tale scopo. Secondo il Principio in parola, a tale scopo assumono rilievo anche i controlli di qualità posti in essere da soggetti esterni (ordini professionali o autorità di controllo), tema che verrà toccato *funditus* nel Cap. 5.

profilo quantitativo, ai fini del rischio da presidiare³⁷³. Nel caso in cui questo esame conduca a una valutazione positiva di entrambi gli elementi, la legge impone il dovere di astenersi dall'incarico. A una verifica che dovrà essere condotta nel corso dello svolgimento dell'incarico, il nuovo art. 22^{ter} Dir. 2006/43 (introdotto dalla Dir. 2014/56) ha inoltre affiancato un'indagine "preventiva" rispetto all'assunzione dell'incarico, relativa al rispetto dei requisiti sopra descritti e, in caso di eventuali rischi, con riguardo alle misure di mitigazione adottate³⁷⁴, da parte del revisore o del responsabile della revisione. Pare evidente che, in caso di esito negativo, varrà anche in questo caso quel dovere di astensione sopra menzionato: in particolare, stante la lettera della norma ("*prima di accettare [...]*") ciò dovrebbe impedire la stipula del contratto di revisione. Nel caso in cui la verifica dia riscontro negativo in costanza di revisione, è necessario comprendere adeguatamente in cosa si sostanzia questo dovere di astensione. Tra i primi commentatori si era prospettata la possibilità che la norma intendesse fare riferimento a un'ipotesi di incompatibilità, con la conseguenza quindi che - secondo i caratteri generali dell'istituto - il revisore sarebbe tenuto a optare, tra le varie relazioni intrecciate, per una sola tra queste (o l'effettuazione dell'incarico di *auditing* o le altre relazioni menzionate dalla norma)³⁷⁵. Tale conclusione, di per sé sicuramente non priva di fondamento³⁷⁶, deve essere oggi rivista alla luce dell'entrata in vigore del D. M. 28 dicembre 2012, n. 261 che come noto (cfr., *supra* Cap. 2) ha disciplinato le cause di cessazione anticipata dell'incarico di revisione. Ai sensi del D.M. predetto, infatti, "*l'insorgere di una "situazione sopravvenuta idonea a compromettere l'indipendenza del revisore"*" costituisce, rispettivamente, giusta causa di revoca (art. 4 lett. f)) e di dimissioni dall'incarico (art. 5 lett. f)), con la conseguenza quindi di rendere applicabile i meccanismi delineati in tale sede. Tali previsioni costituiscono - a tacere ovviamente delle possibili sanzioni irrogabili dalle Autorità di settore - una forma di reazione che colma, in effetti, un "vuoto" colto da alcuni Autori, e che aveva spinto questi ultimi a chiedere - prima dell'emanazione del D.M. in parola - che la perdita dell'indipendenza potesse essere fatta valere almeno

³⁷³ Il caso classico citato dai commentatori è quello dell'eccessiva concentrazione di fatturato, cioè il caso in cui (come delineato dalla Raccomandazione del 2002) i ricavi che derivano da un particolare incarico superino una particolare soglia del totale.

³⁷⁴ Tale *self-assessment* dovrà inoltre riguardare anche l'adeguatezza delle risorse (in particolare, di quelle umane) che andranno ad essere utilizzate nell'*auditing*.

³⁷⁵ G. BERLOTTI, *sub* art. 10, in (a cura di DE LUCA) *La revisione legale dei conti annuali e consolidati*, cit., p. 132.

³⁷⁶ Ben si può affermare, infatti, che qualora il legislatore delegato avesse inteso introdurre una causa di decadenza lo avrebbe espressamente menzionato.

come giusta causa di cessazione dell'incarico³⁷⁷. Deve osservarsi comunque come tale impostazione lascia agli stessi soggetti che potrebbero, in astratto, beneficiare maggiormente di possibili carenze sul punto (il revisore e la società revisionata) il compito di vigilare su se stessi, circostanza che però viene a essere bilanciata dall'accresciuto ruolo della discrezionalità tecnica delle Autorità di vigilanza³⁷⁸. Presidio ulteriore dell'indipendenza è l'estensione delle relazioni "sotto scrutinio" anche a quelle di natura "indiretta", che attengono quindi da un lato il revisore e la sua "rete" di appartenenza³⁷⁹, dall'altro la società sottoposta a revisione e i relativi (eventuali) rapporti di gruppo³⁸⁰. In particolare, la norma in questione dovrebbe ricomprendere anche il caso, prospettato nella prassi ed esaminato dalla dottrina, dell'appartenenza alla medesima società o associazione professionale del revisore designato e di un consulente della società revisionata, che nel sistema previgente poteva forse essere ricavata solo a seguito di un'interpretazione estensiva dell'art. 2409*quinquies*³⁸¹. Deve peraltro segnalarsi che, a seguito della riforma del 2014, il novero dei soggetti che dovranno essere "scrutinati" è stato ampliato sino a ricomprendere espressamente non solo i responsabili della revisione e i dipendenti della società, ma anche qualunque soggetto partecipi direttamente all'*auditing*³⁸² e i

³⁷⁷ V. G. BERTELOTTI, *sub art. 10*, in *La revisione legale dei conti annuali e consolidati*, (a cura di DE LUCA), cit., p. 131 s. Parla di « sospetto divenuto conferma » DE FERRARIIS, *Il Regolamento del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 28 dicembre 2012, n. 261*, disponibile al sito <http://archiviocera.di.luiss.it/2013/05/15/ilregolamento-delministero-delleconomia-e-dellefinanze-del-28-dicembre-2012-n-261/>, maggio 2013, p. 5.

³⁷⁸ Sia consentito rinviare a FORMISANI, *Revoca, dimissioni e risoluzione consensuale dell'incarico di revisione legale dei conti*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2013, pp. 1345-1346.

³⁷⁹ Tale nozione è definita dall'art. 1 c. 1 lett. l) come "la struttura alla quale appartengono un revisore legale o una società di revisione legale, che è finalizzata alla cooperazione e che persegue chiaramente la condivisione degli utili o dei costi o fa capo ad una proprietà, un controllo o una direzione comuni e condivide prassi e procedure comuni di controllo della qualità, la stessa strategia aziendale, uno stesso nome o una parte rilevante delle risorse professionali". Il c. 13 dell'art. in commento legittima il MEF, sentita la CONSOB ad adottare dei regolamenti volti a definire l'estensione dell'istituto, anche allo scopo di dare attuazione alle misure di esecuzione della Commissione, adottate sulla base della Direttiva 2006/43. Per quanto riguarda invece la società revisionata, si dovrà con tutta probabilità fare rinvio all'art. 2359 Cod. Civ., anche se la nozione potrebbe ricomprendere anche (arg. *ex art. 2497septies*) i rapporti di "dominanza" instaurati per via statutaria o contrattuale.

³⁸⁰ PANUCCI-LA ROTONDA-MANONTI, *Appendice*, cit., p. 2845; ASSONIME, Circolare n. 16/2010, *La nuova revisione legale dei conti*, p. 46.

³⁸¹ Per i termini del dibattito e i relativi riferimenti dottrinali cfr. G. BERTELOTTI, *sub art. 10*, in (a cura di DE LUCA) *La revisione legale dei conti annuali e consolidati*, cit., pp. 134-135. L'A. in particolare sembra ritenere che non sussista un'incompatibilità in tale caso, anche se dubitativamente.

³⁸² "qualsiasi persona fisica i cui servizi sono messi a disposizione o sono sotto il controllo di tale revisore legale o impresa di revisione contabile e che partecipa direttamente all'attività di revisione legale"

parenti più stretti di tutti questi soggetti³⁸³. La nuova direttiva si muove, in particolare, verso un approccio maggiormente *rule based* che intende dettare divieti più specifici e dettagliati, in presenza di circostanze che presentino rischi maggiori (senza quindi superare, ma integrare, la normazione per principi generali sopra descritta). In particolare, il par. 2 disp. cit. dispone che a tutti i soggetti sopra menzionati sia precluso detenere “*interest[i] beneficiar[i] relevant[i]*” o negoziare strumenti finanziari “*emessi, garantiti o comunque sostenuti*” dall’ente revisionato (salvo che questi non siano detenuti indirettamente per mezzo di strumenti di gestione collettiva del risparmio). Inoltre, i revisori sono tenuti ad adottare misure volte a impedire che i soggetti sopra elencati possano influenzare in qualunque modo l’esito della revisione dei conti, qualora o possiedano strumenti finanziari dell’ente revisionato (o di enti riconducibili a quest’ultimo, nel caso in cui quest’ultima circostanza possa essere percepita come foriera di conflitti d’interesse)³⁸⁴, ovvero intrattengano rapporti di lavoro dipendenti o relazioni d’affari tali da poter essere percepite come conflitti d’interesse. In conclusione, tali soggetti non dovranno “*accettare o sollecitare*” regali o favori di qualunque genere (anche di natura non pecuniaria), salvo che “*un terzo informato, obiettivo e ragionevole consider[i] il loro valore trascurabile o insignificante*”.

Tornando alla disciplina del testo unico del 2010, significativa è anche la menzione dei servizi *non-audit* anche in questa sede: il legislatore delegato si è, in altri termini, premurato di segnalare la rilevanza di tali rapporti anche per gli *audit* degli enti “non di interesse pubblico”, adattando comunque la *regulation* al minor rischio posto da tali entità, rispetto ai EIP, per il corretto funzionamento del mercato. Difatti, mentre in quest’ultimo caso (come vedremo nel successivo par.) il legislatore ha predisposto un vero e proprio elenco di attività “interdette”, nel caso che ci occupa tali servizi non vengono quindi vietati *per se*, ma sono soggetti all’autovalutazione del revisore. In particolare, un caso che si era posto all’attenzione della dottrina già nel sistema previgente era quello del socio della società di revisione, incaricata di condurre un *audit* su base volontaria, chiamato ad assumere la funzione di sindaco nella società revisionata. Nel sistema previgente, in particolare, si era sostenuto - alla

³⁸³ La norma rinvia all’art. 1 n. 2) della Direttiva 2004/72 della Commissione (direttiva di secondo livello in tema di abusi di mercato), che elenca il coniuge, i figli e i parenti che abbiano convissuto con il soggetto di cui si tratta almeno un anno.

³⁸⁴ In entrambi i casi, è fatta comunque salva la detenzione indiretta per mezzo di strumenti del risparmio gestito.

luce dell'art. 2399 ante riforma³⁸⁵ - che non sussistesse un'incompatibilità tra le due attività, sul presupposto che il soggetto in questione venisse chiamato, in sostanza, a svolgere il medesimo incarico (cioè, il controllo contabile) sebbene assumendo formalmente due ruoli distinti³⁸⁶. con tutta probabilità, la riscrittura in senso estensivo dell'art. 2399, operata nel 2003 (che includeva alla lett. c) anche gli *“altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza”* - a prescindere quindi dal prolungarsi nel tempo del rapporto) rendeva meno sostenibile tale prospettazione, anche alla luce peraltro della netta separazione tra controllo sulla gestione e controllo contabile esterno.

Per quanto riguarda invece il c. 3, il legislatore ha tipizzato delle circostanze in cui il revisore potrà intraprendere/proseguire l'incarico, ma solo a seguito dell'adozione di *“procedure volte a ridurre tali rischi”*, rimanendo fermo che in caso di “fallimento” di queste ultime, con il conseguente superamento della soglia di rilevanza, il revisore dovrà *“non effettuare”* l'incarico. Tale elencazione, che alcuni Autori hanno qualificato come meramente esemplificativa³⁸⁷, comprende in particolare le ipotesi di *“autoriesame, interesse personale, esercizio del patrocinio legale, familiarità, fiducia eccessiva o intimidazione”*. In particolare, tale elencazione riprende, come sottolineato da alcuni commentatori³⁸⁸, il par. 4.4 del Principio nazionale di Revisione n. 100 del 2004, e pertanto tale documento risulta estremamente utile per delineare il contenuto di tali situazioni. Per alcune, il contenuto è abbastanza chiaro: si pensi al caso dell'interesse personale (con particolare riferimento a quelli di natura finanziaria), ovvero al caso dell'assunzione dell'incarico di patrocinio legale (al quale si deve equiparare quello di consulente tecnico di parte). Altre, invece, si attecchiano maggiormente a clausole generali, con la conseguenza, quindi, di dover dettagliare maggiormente (almeno) il nocciolo duro: ad es., si consideri l'ipotesi dell'auto-riesame, che ricorre ove il revisore sia costretto a rivedere dati o elementi che egli stesso (o soggetti della sua rete) hanno contribuito a determinare; ovvero dell'eccessiva familiarità - in termini di non ragionevole sensibilità all'interesse dell'ente sottoposto a revisione - e, per converso,

³⁸⁵ Nel caso in questione, difatti, assume rilievo anche (o, forse, soprattutto) le disposizioni codicistiche in tema di eleggibilità dei sindaci.

³⁸⁶ BUSSOLETTI, *L'indipendenza del revisore nella revisione volontaria (e in quella obbligatoria)*, in *Riv. Soc.*, 2002, pp. 863 ss.

³⁸⁷ G. BERTOLOTTI, *sub art. 10*, in (a cura di DE LUCA) *La revisione legale dei conti annuali e consolidati*, cit., p. 136.

³⁸⁸ MELECCHI, *sub art. 10*, in *Appendice*, in (a cura di VELLA) *Commentario al T.u.f.*, cit., p. 1971.

dell'intimidazione del revisore (ipotesi che ricomprende non solo il verificarsi di contegni aggressivi o minacciosi da parte degli esponenti aziendali dell'ente revisionato, ma anche i meri condizionamenti che discendono dall'influenza che questi possono esercitare sul revisore)³⁸⁹: entrambe, queste ultime ipotesi, caratterizzate dalla potenziale lesione di quello "scetticismo professionale" che costituisce il valore che le norme sull'indipendenza intendono tutelare.

Comuni a entrambe le categorie di rischi devono intendersi le norme sugli obblighi di documentazione poste dai cc. 6 e 7: in particolare, la prima disposizione pone un dovere di documentazione di carattere "generale", in quanto orientato a mantenere evidenza "*dell'istituzione e del funzionamento*" delle procedure interne per la tutela dell'indipendenza; obbligo finalizzato espressamente a consentire che queste possano "*essere assoggettate a sistemi di controllo della qualità*"³⁹⁰: ai sensi delle pertinenti disposizioni professionali, . Ai sensi del c. 7, invece, viene richiesta la documentazione specifica, nelle carte di lavoro, di "*tutti i rischi rilevanti per la sua indipendenza*" e "*delle misure adottate per limitare tali rischi*".

Ulteriore profilo trattato dalla norma è quello del corrispettivo per l'attività svolta. E' a dir poco banale osservare come la stessa retribuzione del revisore, se "mal strutturata", possa divenire il principale strumento di cattura del controllore. Non stupisce quindi che, come nel caso dei sindaci (cfr. art. 2402 Cod. Civ.) il legislatore si sia preoccupato di disciplinare tale ambito del rapporto contrattuale, peraltro recependo in particolare proprio dal dettato codicistico il principio dell'immodificabilità del trattamento economico per tutta la durata dell'incarico: abbiamo già avuto modo di vedere, nel corso del Cap. 2, come nel caso dei revisori l'art. 13 c. 1 integri tale disposizione con la possibilità di prevedere "*eventuali criteri per l'adeguamento di tale corrispettivo durante l'incarico*". L'art. 10 dettaglia maggiormente il principio in parola, sancendo espressamente che lo stesso (c. 9) non possa (i) essere sottoposto a condizioni; (ii) determinato "*in funzione dei risultati della revisione*" (e tale norma viene estesa, dal c. 11)³⁹¹ anche alla determinazione della retribuzione dei dipendenti della società di revisione "*che partecipano allo*

³⁸⁹ Cfr. BAUER, *Lo svolgimento della revisione contabile dopo la riforma: il requisito dell'indipendenza*, in *Il Controllo nelle Società e negli Enti*, 2010, pp. 414-415. In particolare, l'A. osserva correttamente che tali contegni devono essere comunque valutati alla luce di un test di significatività.

³⁹⁰ Come detto sopra, della *quality assurance* si tratterà più diffusamente nel Cap. 5.

³⁹¹ Vengono pertanto vietate tutte le forme di provvigioni o pagamenti simili legati a singoli incarichi: BAUER, *Lo svolgimento della revisione contabile*, cit., p. 416.

svolgimento delle attività di revisione legale”); (iii) non possa dipendere dalla prestazione dei servizi *non-audit* anche indirettamente (cioè, da parte di soggetti della medesima rete del revisore), non solo nei confronti della società sottoposta a revisione ma anche delle eventuali controllanti o controllate. Ciò posto, il Decreto legifera in materia anche “in positivo”, nel momento in cui (c. 10) dispone che la remunerazione debba essere “*determinata in modo da garantire la qualità e l’affidabilità dei lavori*”. Sarà pertanto compito dei responsabili dei singoli *audit* determinare le risorse professionali e le ore da dedicare ai singoli incarichi (sul presupposto, quindi, che saranno queste due le voci sulla base delle quali approntare la richiesta di corrispettivo in sede di presentazione delle candidature all’incarico³⁹²), tenendo conto in particolare degli elementi dettagliati dal medesimo c. 11 (dimensione, complessità e rischiosità degli elementi economico-patrimoniali da sottoporre a verifica, preparazione tecnica ed esperienza richiesta, remunerazione dell’attività di direzione e supervisione sulle verifiche). E’ interessante rimarcare come, proprio a seguito della riforma del 2010 (art. 37 c. 16 D. Lgs. 39/2010), gli emolumenti dei revisori legali, debbono essere oggetto di specifica informativa nell’ambito della nota integrativa (art. 2427 c. 1 n. 16bis), individuando espressamente quali di questi siano erogati a fronte di attività di revisione ovvero di servizi *non-audit* [“*altri servizi di verifica svolti (...) servizi di consulenza fiscale (...) altri servizi diversi dalla revisione contabile*], con la significativa conseguenza, quindi, di poter rafforzare i presidi di controllo dell’indipendenza anche per mezzo di un “sindacato diffuso” come quello dei soci e degli altri soggetti interessati, attivando pertanto un meccanismo di *market discipline*. Pare peraltro abbastanza evidente che la norma in commento, garantendo forme di comparazione tra i corrispettivi richiesti dagli *auditor*, intenda anche stimolare una maggiore concorrenza nel mercato di riferimento, sul presupposto (come visto nel Cap. 1) che la scarsa concorrenzialità del settore sia uno dei principali problemi che i *policymakers* sono chiamati ad affrontare, ai fini del miglioramento dell’azione di controllo dei revisori.

4. I requisiti speciali per la revisione degli EIP: l’art. 17 D. Lgs. 39/2010

Abbiamo già accennato sopra alla sussistenza di ulteriori requisiti a presidio dell’indipendenza dei revisori degli EIP. Questi sono disposti dall’art. 17 D. Lgs. 39,

³⁹² Sul processo di attribuzione dell’incarico, v. *supra* Cap. 2.

e l'interpretazione pacifica è nel senso che debbano essere intesi come requisiti tendenzialmente ulteriori a quelli dell'art. 10, sopra esaminati³⁹³. In altri termini, l'art. 10 pone anche per la revisione degli EIP un'architettura generale, specie per quanto concerne il più volte menzionato *risk management* dell'indipendenza, con le relative diverse conseguenze a seconda che si tratti di rischi ordinari o rilevanti; ma alla quale l'art. 17 da un lato aggiunge prescrizioni specifiche, applicabili solo quindi al fattispecie in parola (come ad es., quelle sulla *firm* e *partner rotation*), dall'altro disciplina in modo diverso le medesime materie (si pensi ai servizi *non-audit*), con la conseguenza quindi di far prevalere, proprio in virtù del principio *lex specialis derogat legi generali*, la disciplina in commento.

Appartiene a quest'ultimo gruppo di disposizioni, ad es., la previsione di un termine di durata dell'incarico posta dal c. 1 art. cit.. Rispetto all'art. 13 c. 2, che come visto sopra prevede che l'incarico abbia durata triennale; la norma in parola dispone che nel caso degli EIP il contratto di revisione duri “*nove esercizi per la società di revisione e (...) sette esercizi per i revisori legali*”, e si è dato conto delle nuove prescrizioni dettate dall'art. 17 Reg. 537/2014. Un limite di durata viene fissato anche in relazione all'incarico di responsabile della revisione (c. 4) che non può superare i sette esercizi sociali³⁹⁴, termine confermato dal c. 7 dell'art. 17 Reg. 537/2014. Al di là delle problematiche che si sono poste in sede di prima applicazione della normativa e della rilevante innovazione costituita dalla possibilità anche per i revisori persone fisiche di poter svolgere incarichi di *audit* presso società quotate³⁹⁵, particolare rilevanza assumono le previsioni in tema di *cooling off*, previste sia nei riguardi del revisore che del responsabile della revisione, nel caso di revisione svolta da una società. Abbiamo già visto sopra che, rispettivamente, il periodo di raffreddamento è fissato in tre esercizi per la società e due per il responsabile della revisione. Tali disposizioni non costituiscono una novità, essendo già state previste

³⁹³ Cfr. MELECCHI, sub art. 17, in in *Appendice*, in (a cura di VELLA) *Commentario al T.u.f.*, cit., p. 2016.

³⁹⁴ Si è sostenuto che il termine possa essere derogato dalle parti, ma solo per periodi inferiori rispetto a quello legale (v. BIASI, sub art. 17, in (a cura di DE LUCA) *La revisione legale dei conti annuali e consolidati*, cit., p. 187). A tale interpretazione sembra opporsi non solo il dato letterale (è noto come l'uso dell'indicativo, nelle espressioni di legge, debba essere inteso in senso precettivo) ma anche sul presupposto che una determinata durata dell'incarico non debba essere di per sé un male, ma al contrario possa migliorare la conoscenza del soggetto controllato (e nel caso degli EIP, si può ragionevolmente ritenere che la maggiore durata prevista dalla legge può dipendere anche dalla maggiore complessità dell'ente o dell'attività che questi esercitano). Del resto, lo stesso A. riconosce come se si ammettesse tale possibilità, la previsione del *cooling off* triennale perderebbe gran parte della sua giustificazione.

³⁹⁵ V. *supra*, Cap. 2.

dal T.U.F. riformato dalla legge n. 262/2005 - e, come visto sopra, addirittura dal D.P.R. 136/75 - e rappresentano una delle soluzioni maggiormente seguite, anche in altri ordinamenti, per assicurare l'autonomia del revisore³⁹⁶. Non si può escludere, peraltro, che specie le norme sulla *firm rotation* siano poste anche allo scopo di favorire un assetto maggiormente concorrenziale del mercato della revisione: al netto comunque dell'obiettivo che il legislatore si è prefissato, si deve osservare come non mancano - nella letteratura giuseconomica - Autori che hanno rilevato alcuni possibili effetti distorsivi della norma, specie in relazione all'aumento dei costi del servizio per entrambe le parti del rapporto³⁹⁷. Ciò nonostante, tali misure escono, per certi aspetti, "rafforzate" dalla riforma del 2014, in quanto non solo sono state confermate dal legislatore comunitario, ma ne è stata prolungata la durata, anche alla luce dell'innalzamento della durata massima dell'incarico: la *partner rotation* è stata portata a tre anni (c. 7 disp. cit.), mentre la *firm rotation* è oggi disposta nella misura di quattro anni (c. 4).

Punto focale delle disposizioni in esame è quello della prestazione dei servizi *non-audit*. La possibilità, specialmente per le società di revisione, di svolgere anche altre attività in favore dell'ente revisionato è stato correttamente segnalato da numerosi Autori come uno dei principali fattori di debolezza dell'*auditing* quale strumento di controllo sulle società di capitali³⁹⁸. Secondo tale interpretazione, tale facoltà aveva finito per esacerbare i conflitti di interesse che affliggono l'industria, in quanto - come detto *in apicibus* - al conflitto "strutturale" fondato sulle modalità di retribuzione del controllore si aggiungeva quello posto dalla fornitura dei servizi non di revisione. Relativamente a tale ultimo aspetto, si sottolineava come, specie negli

³⁹⁶ Il pensiero corre inevitabilmente all'esperienza americana; e all'introduzione, ai sensi della *Sec. 203 del Sarbanes-Oxley Act*, della rotazione obbligatoria dei *partner*. Lo stesso provvedimento non prevede invece una rotazione obbligatoria delle società (e su questo punto viene seguito dalla Direttiva del 2006: cfr. art. 42). Anche in Canada, a partire dal 2004, si è introdotta la *partner rotation*, fissata a partire dal 2010 in una durata massima dell'incarico di sette anni, e un raffreddamento di cinque. Al contrario, la rotazione obbligatoria delle società non è un obbligo molto diffuso a livello internazionale: ad es., essa è stata introdotta in Brasile (istruzioni n. 509/2011 della *Comissão de Valores Mobiliários*).

³⁹⁷ Cfr. ARRUÑADA-PAZ ARES, *Mandatory rotation of company auditors: a critical examination*, in (17) *International Review of Law and Economics*, 1997, pp. 31 ss.

³⁹⁸ *Ex plurimis* COFFEE JR., *The acquiescent gatekeeper: reputational intermediaries, auditor independence and the governance of accounting*, Columbia Law School Center for Law and Economics, 2001 (disponibile presso il SSRN); ID., *Il cedimento degli intermediari reputazionali e la riforma del Sarbanes-Oxley Act*, cit., p. 44; GORDON, *What Enron means for the management and control of modern business corporation: some initial reflections*, (69), *U. Chi. L. Rev.*, 2002, p. 1223. Il tema è stato indagato anche da alcuni studi quantitativi che sembrano confortare tale ipotesi: v. FRANKEL-JOHNSON-NELSON, *The relation between auditors' fees for non-audit services and earnings management*, (77), *Accounting Review*, 2002, pp. 71 ss.

Stati Uniti, questi ultimi erano molto più remunerativi per le *firm* rispetto alla revisione contabile: ne derivava quindi che, da un lato, l'*auditing* si era spesso ridotto, da *core business*, ad attività-“grimaldello” per attrarre clientela a favore degli altri rami di impresa e che, dall’altro, i controlli erano con tutta probabilità divenuti più laschi proprio per il timore di perdere, se ci si fosse mostrati troppo poco “accomodanti”, la principale fonte di guadagno. Non sono mancati però studiosi di *law and economics* che hanno contestato l’efficienza di questo divieto in un’ottica di *public policy*, in quanto - secondo tali impostazioni - sarebbe preferibile che, per mezzo di un’opportuna *disclosure*, fosse il mercato a determinare un livello ottimale di prestazione di tali servizi, in modo tale da bilanciare costi e benefici sociali di questi ultimi³⁹⁹.

Tanto premesso, riguardo al tema in parola si registra un mutamento significativo dell’approccio del legislatore, se si prende a paragone le disposizioni “generali” di cui all’art. 10. In questa sede, il Decreto ha difatti grandemente soppresso gli spazi di “autoregolamentazione” dei revisori, introducendo - sulla scorta in particolare dell’esperienza statunitense post *Sarbanes Oxley Act*⁴⁰⁰ - una lista di attività che il revisore non può prestare alla società revisionata (c. 3)⁴⁰¹, alle quali peraltro si aggiunge anche il divieto, anch’esso già previsto dalla normativa previgente, di poter rappresentare i soci o i soggetti legittimati alla partecipazione per effetto della c.d. *record date* (nel caso delle società quotate) in assemblea, che si estende anche al responsabile della revisione (nel caso di società di revisione: c. 8). E’ necessario sottolineare come la proibizione in parola abbia costituito una significativa evoluzione rispetto all’approccio seguito dal legislatore del 1975, che per contrastare tali forme di eccessiva prossimità tra controllore e controllato aveva previsto l’obbligo di esclusività dell’oggetto sociale delle società di revisione (limitato, secondo la disposizione dell’epoca, “*all’organizzazione e revisione contabile di aziende, con*

³⁹⁹ Più in dettaglio, v. ARRUÑADA, *The provision of non-audit services by auditors: let the market evolve and decide*, in (19) *International Review of Law and Economics*, 1999, pp. 513 ss.

⁴⁰⁰ Cfr. la Sec. 201 del medesimo provvedimento. Tale elencazione era, difatti, contenuta anche nell’abolito art. 160 c. 1ter T.U.F., introdotto proprio dal “Sarbanes Oxley” italiano, cioè la nota legge per la tutela del risparmio n. 262/2005 (art. 18 c. 1 lett. b)).

⁴⁰¹ a) tenuta dei libri contabili e altri servizi relativi alle registrazioni contabili o alle relazioni di bilancio; b) progettazione e realizzazione dei sistemi informativi contabili; c) servizi di valutazione e stima ed emissione di pareri pro veritate; d) servizi attuariali; e) gestione esterna dei servizi di controllo interno; f) consulenza e servizi in materia di organizzazione aziendale diretti alla selezione, formazione e gestione del personale; g) intermediazione di titoli, consulenza per l’investimento o servizi bancari d’investimento; h) prestazione di difesa giudiziale; i) altri servizi e attività, anche di consulenza, inclusa quella legale, non collegati alla revisione, individuati dalla Consob

esclusione di qualsiasi altra attività”) quale condizione per l’iscrizione nell’albo tenuto dalla CONSOB (art. 8 c. 2 n. 1 D.P.R. 136). Da più parti, in dottrina, si era sottolineato la scarsa efficacia della norma in commento rispetto allo scopo da perseguire, in quanto facilmente eludibile in un contesto storico in cui peraltro si andavano diffondendo (senza essere ancora regolamentate) le già citate organizzazioni a rete, all’epoca non soggette a vigilanza da parte della CONSOB. Tanto premesso, si era argomentato che sarebbe stato molto più efficace prescrivere chiaramente quali servizi non di revisione potessero essere svolti e quali non, consentendo quindi alla CONSOB di poter verificare direttamente il rispetto della relativa normativa⁴⁰²

Il divieto di svolgere i servizi *non-audit* elencati dalla norma si estende, da un lato, non solo agli altri enti membri della medesima rete del revisore, ma anche (nel caso di una società di revisione) anche ai suoi soggetti apicali e dipendenti. Parimenti, *ex latere* dell’EIP, la proibizione concerne anche le “*società dallo stesso controllate o che lo controllano o sono sottoposte a comune controllo*”. Tale compressione della capacità autovalutativa viene operata dall’articolo in commento anche in forma “delegificata”, nella misura in cui autorizza (c. 2) la CONSOB a determinare in via regolamentare “*le situazioni che possono compromettere l’indipendenza del revisore legale, della società di revisione legale e del responsabile della revisione di un ente di interesse pubblico, nonché le misure da adottare per rimuovere tali situazioni*”, nei limiti posti dalle misure di esecuzione della Direttiva 2006/43 eventualmente emanate dalla Commissione. A tal riguardo, si deve però rilevare come il regolamento CONSOB emanando dovrà comunque tenere conto di quanto disposto dall’art. 10: ne deriva, pertanto, che l’Autorità di vigilanza sarà tenuta a operare un bilanciamento tra i due approcci, consentendo quindi un recupero di spazi di *self-assessment* riguardo alle situazioni che saranno individuate dal provvedimento in parola.

Il tema in parola è stato, nel contempo, oggetto d’intervento anche in sede di revisione della normativa comunitaria. In particolare, la disciplina comunitaria della revisione degli EIP di cui al Regolamento n. 537/2014 prevede ora espressamente una

⁴⁰² RABITTI BEDOGNI, *L’attuazione del principio di indipendenza*, cit., pp. 45-50; VELLA, *I controlli interni e la revisione contabile nella riforma delle società non quotate*, in *Dir. Ban. Merc. Fin.*, 2001, pp. 28 ss.; BUSSOLETTI, *Revisori contabili: alle volte, più reticenze che informazione. Una risposta in cerca di smentita*, in *Dir. Ban. Merc. Fin.*, 2007, pp. 562-563. Sosteneva invece, in tempi relativamente recenti, l’opportunità di mantenere la regola dell’esclusività dell’oggetto sociale CERA, *Quotazione di nuove società e tutela del pubblico investitore: il ruolo delle società di revisione*, in *A.G.E.*, 2002, pp. 204-205.

lista di servizi vietati (art. 5), peraltro più ampia di quella nazionale (si pensi ad es., all'inclusione dei servizi di assistenza fiscale, o la preclusione a prestare servizi di natura legale, mentre il D. Lgs. 39 menzionava solamente la “*prestazione di difesa giudiziale*”). Eventuali ulteriori servizi potranno essere prestati solo ove (par. 4 disp. cit.) vi sia stata un'approvazione preventiva da parte del CCI, volto a valutare quali impatti vi possano essere per il “rischio dipendenza” e quali salvaguardie possano essere predisposte. Vista la particolare “sensibilità” della materia, il legislatore europeo ha inteso adottare una soluzione di “armonizzazione minima”, lasciando aperta agli Stati membri non solo la possibilità di vietare servizi diversi, notificando alla Commissione tali misure (par. 2), ma anche quella di prevedere condizioni più rigorose, rispetto a quelle sopra menzionate, per la prestazione dei servizi *non-audit*.

Inoltre, il Regolamento ha previsto una disciplina specifica in tema di corrispettivi per la revisione dei conti degli EIP: come abbiamo visto sopra, abbiamo visto come tale materia sia di particolare rilevanza (si pensi solo al fatto che, come abbiamo avuto modo già di constatare, la stessa remunerazione del servizio da parte del controllato viene visto da molti commentatori come il principale problema regolamentare che si pone in sede di disciplina della revisione dei conti): non stupisce quindi come il legislatore europeo abbia inteso dettare prescrizioni ancora più stringenti proprio per gli enti revisionati a maggiore rilevanza sistemica, in linea con la predisposizione di uno statuto speciale per questi ultimi. Nello specifico, l'art. 4 Reg. ha inteso rinforzare la disciplina sui servizi *non-audit*, affiancandola, prevedendo un tetto massimo (il 70% della media dei corrispettivi versati nei tre esercizi precedenti per l'attività di revisione) alla remunerazione dei servizi diversi dalla revisione consentiti dall'art. 5 Reg⁴⁰³. Un'ulteriore disposizione dell'art. in commento è volta invece a fronteggiare uno dei classici rischi per l'indipendenza del controllore esterno, e cioè l'eccessiva concentrazione del fatturato e il conseguente rischio di una vera e propria dipendenza economica del revisore da singoli incarichi. Ai sensi del par. 3 art. cit., difatti, nel caso in cui il totale dei corrispettivi versati da un EIP al revisore (quindi, si deve intendere per qualunque servizio sia stato effettuato, di revisione o meno) sia superiore al 15% del totale dei corrispettivi percepiti dal medesimo revisore in ciascuno dei tre esercizi antecedenti, quest'ultimo è tenuto a

⁴⁰³ Il terzo comma del par. 2 della norma in commento consente agli Stati membri di prevedere che l'Autorità di vigilanza nazionale possa autorizzare un'esenzione a tale limite, “*su richiesta del revisore (...) e in via eccezionale*”, relativamente a un unico EIP revisionato e per massimo due esercizi.

informare di tale circostanza il CCI dell'ente revisionato, discutendo quali rischi ciò possa porre per l'indipendenza e le eventuali misure di mitigazione. Si nota plasticamente come il legislatore non abbia voluto adottare una misura netta, come un divieto *tout court*, che forse sarebbe parsa spropositata rispetto allo scopo da perseguire: si è al contrario preferito introdurre un'ipotesi di discussione specifica (e obbligatoria) tra il revisore e il CCI (di cui si dirà *infra*), che comunque dovrà portare necessariamente a una riduzione della concentrazione del fatturato al di sotto della misura fissata dal legislatore: infatti, nel caso in cui ciò non accada, il secondo comma della norma consente al CCI di valutare, “*sulla base di motivi oggettivi*”, se il revisore possa proseguire nello svolgimento dell'incarico, e comunque per un periodo non superiore a due anni. Il Regolamento ha, quindi, introdotto a tutela dell'indipendenza un'ulteriore ipotesi di cessazione anticipata dell'incarico, a meno che la prosecuzione biennale non coincida con il biennio finale dell'incarico⁴⁰⁴.

Tornando alla disciplina del 2010, l'art. 17 D. Lgs. 39 prosegue dettando una serie di preclusioni soggettive volte a impedire eventuali “*sliding doors*” tra il revisore e gli enti sottoposti al proprio controllo. Il c. 5 si applica al “*revisore legale, il responsabile della revisione legale per conto di una società di revisione e coloro che hanno preso parte con funzioni di direzione e supervisione alla revisione di un bilancio*” di un EIP non possono rivestire cariche sociali né esercitare funzioni dirigenziali - né a titolo di lavoro subordinato né autonomo - presso il medesimo ente, per un biennio dalla conclusione dell'incarico o dalla cessazione della posizione di responsabilità all'interno della società di revisione. Il c. 6, invece, riguarda gli organi di vertice dell'EIP revisionato (“*amministratori, componenti degli organi di controllo, direttori generali o dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili*”), ai quali la norma impedisce di “*esercitare la revisione legale dei bilanci dell'ente [e, inoltre, anche dei bilanci] delle società dallo stesso controllate o che lo controllano*”, per il biennio successivo alla cessazione da questi incarichi o dei relativi rapporti di lavoro⁴⁰⁵. Premesso che norme sostanzialmente identiche erano previste anche nel sistema previgente (cfr. abrogato art. 160, rispettivamente, cc.

⁴⁰⁴ Il par. 4 della disposizione fa salva la possibilità, per gli Stati membri, di prevedere “*requisiti più rigorosi*”.

⁴⁰⁵ La Direttiva 2014/56 ha previsto una norma sostanzialmente analoga anche nei riguardi del revisore o del responsabile della revisione di enti “ordinari” per quanto limitata all'anno successivo alla conclusione dell'incarico (cfr. art. 22*bis* par. 1 Dir. 2006/43).

1^{quinquies} e 1^{sexies}, inseriti dalla legge n. 262/2005 e ss.mm.ii.⁴⁰⁶), un'innovazione non di poco momento - e che peraltro pare difficile da comprendere, alla luce dell'acclarata necessità di tutelare l'indipendenza del revisore, specie a fronte di possibili "ricompense" future" - è l'eliminazione del riferimento, nel caso del revisore o degli esponenti della società di revisione, all'impossibilità di assumere posizioni di rilievo anche in società controllanti o controllate dall'EIP. Peraltro, ciò sembra difficilmente una svista del legislatore, poiché anche il *cooling off* del responsabile della revisione oggi viene limitato all'EIP, non essendo più esteso alle "società controllate (...) collegate, che la controllano o sono sottoposte a comune controllo" come in precedenza disposto dal già citato c. 1^{quater} dell'abrogato art. 160 T.U.F. A differenza di quest'ultima disposizione, la norma in commento non qualifica espressamente - per quanto meramente in sede di *rubrica legis* - tali ipotesi come casi di incompatibilità, ma la riconduzione a tale figura generale dovrebbe essere mantenuta anche in base alle disposizioni vigenti: si pensi per es., al fatto che la norma si estende non solo all'attribuzione di vere e proprie funzioni (come gli incarichi di esponente aziendale), ma anche al "mero" svolgimento di attività lavorative (come nel caso *ex c. 5*), in relazione alle quali pare difficile ricorrere alla figura dell'ineleggibilità, come sopra delineata⁴⁰⁷.

La violazione di questi divieti è assistita da sanzioni amministrative pecuniarie particolarmente severe (da centomila a cinquecentomila euro), da irrogare dalla CONSOB secondo il procedimento di cui all'art. 195 T.U.F. (cfr. Cap. 5).

In conclusione, l'art. in commento detta disposizioni specifiche e aggiuntive anche in relazione agli "ordinari" rapporti tra revisore e il CCI dell'EIP, disciplinati dall'art. 19 D. Lgs. 39⁴⁰⁸, volte proprio a consentire a quest'ultimo organo la possibilità di verificare il rispetto delle prescrizioni in tema di indipendenza. Nello specifico, il c. 9 dell'art. 17 dispone che da un lato, i revisori confermino annualmente al CCI "la propria indipendenza" e comunichino "gli eventuali servizi non di revisione forniti (...), anche dalla propria rete di appartenenza"; dall'altro che tra revisore e CCI vengano discussi gli eventuali rischi per l'indipendenza, come "documentati nelle carte di lavoro ai sensi dell'articolo 10, comma 7", e le relative misure correttive. E' stato giustamente rilevato come, relativamente al primo aspetto,

⁴⁰⁶ L'unica differenza da notare è che nel caso degli esponenti aziendali dell'EIP (società quotate, nel sistema abrogato) la preclusione aveva durata triennale, e non biennale.

⁴⁰⁷ V. *supra*, nt. 10.

⁴⁰⁸ Vd. *supra* Cap. 2.

l'attestazione annuale non sollevi il CCI dal verificare diligentemente il rispetto effettivo, da parte del revisore, delle prescrizioni di legge in materia di tutela della propria indipendenza⁴⁰⁹. In altri termini, l'attestazione varrà meramente sul piano informativo, quale ulteriore elemento a disposizione della “discrezionalità tecnica” dell'organo sociale.

⁴⁰⁹ ASSONIME, Circolare n. 16/2010, *La nuova revisione legale dei conti*, p. 87.

Capitolo 4 La responsabilità civile del revisore

1. La rilevanza della responsabilità civile nel sistema giuridico dell'auditing

E' dato ampiamente constatabile, anche a un esame superficiale della letteratura scientifica disponibile, come gran parte degli Autori che si sono occupati della regolamentazione della revisione dei conti, sia nel nostro Paese che all'estero, hanno dedicato la gran parte dei loro studi al tema della responsabilità per danni causati da questa categoria di professionisti. Tale tema ha, difatti, suscitato notevole interesse sia per ragioni più strettamente giuridiche che per questioni più generali di *policy*. Per quanto attiene il primo aspetto, la dottrina ha sovente rimarcato le notevoli problematiche, in termini d'inquadramento sistematico, della responsabilità del revisore nei confronti dei terzi investitori: non sono mancati, infatti, tentativi, come si vedrà in seguito, di ricostruire tale istituto in termini di responsabilità da inadempimento *ex art. 1218 Cod. Civ.*, superando la tradizionale qualificazione in chiave aquiliana. Tale questione, che - prima della riforma del 2010 - non rimaneva relegata solo al piano teorico-sistematico ma comportava anche delle ricadute pratiche, risentiva in particolare del noto e complesso dibattito relativo alla responsabilità c.d. da informazioni economiche inesatte e, più in generale, delle profonde evoluzioni nell'interpretazione del sistema della responsabilità civile globalmente intesa occorse negli ultimi decenni⁴¹⁰. Vedremo in seguito come il D. Lgs. 39/2010, nell'introdurre una previsione "unitaria" in tema di responsabilità del revisore - nell'aver cioè superato la dicotomia tra una norma sulla responsabilità del revisore di enti non quotati (l'abrogato art. 2409*sexies* Cod. Civ.) e di società quotate

⁴¹⁰ Semplificando molto tale processo evolutivo, secondo la visione tradizionale (*ex multis*, DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979) la responsabilità aquiliana sarebbe un sistema tendenzialmente tipico, dal momento che le posizioni tutelabili sono individuate dal legislatore (l'accento viene posto sull'illiceità *dell'atto*): pertanto, l'art. 2043 è da intendersi come norma secondaria, sanzionatoria della lesione dell'interesse tutelato. Le teorie oggi prevalenti (a partire dal classico lavoro di RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1965) sostengono invece che l'illecito civile sia fattispecie atipica, in quanto si basa su di una clausola generale che si limita a vietare (carattere primario, e non più secondario dell'art. 2043) la causazione di un danno ingiusto (l'accento è posto quindi sull'illiceità *del danno*), lasciando quindi l'interprete libero di selezionare quali interessi debbano ritenersi meritevoli di tutela, e quindi di risarcimento. Deve peraltro osservarsi come secondo altri Autori che sostengono tale nuova visione dell'istituto (cfr. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 451) l'art. 2043, per quanto attiene il requisito dell'ingiustizia del danno, deve comunque rinviare al sistema giuridico nella sua interezza, onde valutare se la situazione soggettiva vantata dal danneggiato sia meritevole di tutela (c.d. criterio della tipicità progressiva).

(l'art. 164 T.U.F) -, abbia aggiunto ulteriori elementi di criticità nell'ambito di un istituto ove molte questioni non erano ancora giunte a un approdo consolidato.

Quanto ai temi di *policy*, è necessario osservare come l'interpretazione delle disposizioni di legge in materia, sulla scia soprattutto dell'esperienza americana, si è sempre più indirizzata verso un'analisi di tipo "funzionale", volta a ricercare quale possa essere l'assetto normativo più adeguato a migliorare l'efficienza e l'efficacia di questa forma di controllo, alla luce soprattutto dei paradigmi della *law and economics*. Tale modalità di indagine, come si avrà modo di vedere *infra*, ha assunto particolare peso in sede di preparazione e di definizione della normativa attualmente vigente, specie a livello comunitario. Senza voler togliere spazio a quanto sarà esposto in sede di conclusioni dell'elaborato riguardo al ruolo che la responsabilità civile può svolgere quanto al miglioramento del quadro normativo dell'*auditing*, in questo capitolo si darà conto in particolare dell'approccio, sposato dalle Istituzioni europee, volto a prevedere forme di limitazione della responsabilità del revisore, o per via dell'introduzione di massimali al *quantum* risarcibile ovvero all'"isolamento" del revisore dai vincoli di solidarietà con i componenti degli organi sociali.

2. L'evoluzione del dato legislativo

Il D.P.R. 136/75 conteneva una disposizione specifica, in tema di responsabilità civile, all'art. 12. La norma si segnalava in particolare per due aspetti: da un lato, il riconoscimento espresso della possibilità per i terzi danneggiati di poter agire contro la società di revisione per i "*fatti illeciti*" da questi commessi, al pari della società revisionata legittimata invece ad agire invece *ex contractu*; dall'altro la previsione di una responsabilità solidale con la medesima società a carico dei sottoscrittori della certificazione del bilancio (di cui all'art. 4 D.P.R. cit.) e dei dipendenti che "*abbiano effettuato le operazioni di controllo contabile*": il Decreto si premurava inoltre di rinviare al diritto societario comune, quanto alla misura della diligenza richiesta, richiedendo ai revisori l'osservanza dell'art. 2407 c. 1: tale norma, nel disciplinare la responsabilità dei sindaci, rinviava ulteriormente alla diligenza del mandatario (art. 1710).

In seguito all'abrogazione del Decreto del 1975 e al consolidamento della normativa dei mercati finanziari nel Testo Unico del 1998, la norma di riferimento divenne l'art. 164 T.U.F., che se da un lato finì sostanzialmente per confermare l'impianto del 1975 (a parte alcune modifiche meramente terminologiche), dall'altro

innovò profondamente il perimetro della responsabilità sotto il profilo dei comportamenti esigibili dal revisore. In particolare, la norma del '98 ampliò il rinvio all'art. 2407 Cod. Civ., rendendo applicabile l'intero articolo, con la conseguenza quindi di rendere responsabili i revisori anche per la violazione dei doveri cc. dd. propri da cui scaturisce la c.d. responsabilità esclusiva dei sindaci, così definita in quanto indipendente dall'operato degli amministratori⁴¹¹. L'applicazione dell'intero art. 2407 ebbe inoltre un'ulteriore ricaduta di grande momento, in quanto come noto il c. 3 della disposizione citata rende esperibili nei confronti dei sindaci le azioni di responsabilità esercitabili nei confronti degli amministratori (artt. 2393-2395 Cod. Civ.): in particolare, tale rinvio rendeva sicuramente esperibile, nei confronti dei revisori, l'azione per la lesione, da parte dei creditori sociali, della garanzia costituita dal patrimonio sociale⁴¹².

Anche in sede d'introduzione dell'obbligo di revisione dei conti nelle s.p.a. non quotate nel 2003, il legislatore volle regolare espressamente la responsabilità dell'*auditor* con l'art. 2409*sexies*: anche in questa sede il c. 1 disp. cit. operava un rinvio integrale all'art. 2407, e veniva riconfermata anche la responsabilità solidale del responsabile della revisione e dei dipendenti incaricati del controllo nel caso in cui affidataria fosse stata una società di revisione e non un revisore persona fisica. Se, da un lato, la principale innovazione che si poteva riscontrare nell'articolo oggi abrogato è la previsione di uno specifico termine di prescrizione per l'esercizio dell'azione (*"L'azione si prescrive nel termine di cinque anni dalla cessazione dell'incarico"*); deve però osservarsi come la norma citasse tra i titoli di responsabilità, anche nei confronti di soci e terzi, solo *"gli inadempimenti"* e non anche i fatti illeciti: circostanza, che come vedremo *infra*, è stata valorizzata in sede di dibattito sulla natura della responsabilità del revisore verso i terzi.

Come abbiamo già ricordato in apertura di questo Capitolo, il "testo unico" del 2010 ha raccolto in un'unica previsione le due norme contenute nel T.U.F. e nel Codice Civile, unificando quindi anche formalmente un regime di responsabilità che, come abbiamo avuto modo di constatare, era comunque fortemente armonizzato. In particolare, l'art. 15 D. Lgs. 39/2010 riconferma la responsabilità anche nei confronti

⁴¹¹ Sulla distinzione tra responsabilità esclusiva e concorrente dei sindaci, *ex multis* FERRARA JR.-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2011, p. 646; ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Diritto delle società*, Bologna, 2012, p. 189.

⁴¹² In assenza di una disposizione come quella del 2394 Cod. Civ., o di un rimando alla medesima, si doveva ritenere che ai sensi del D.P.R. del '75 i creditori potessero agire solo quali terzi, cioè solo qualora avessero sofferto un pregiudizio diretto.

dei soci e dei terzi, sancendo espressamente un vincolo di solidarietà con gli amministratori “*per i danni derivanti dall’inadempimento dei loro doveri*” (c. 1)⁴¹³, mentre al c. 2 viene riproposta anche la solidarietà del responsabile della revisione e dei collaboratori nell’opera di controllo contabile⁴¹⁴. Il c. 3 mantiene infine il termine prescrizione quinquennale, con una sensibile modifica per quanto riguarda il *dies a quo*: se nell’abrogato art. 2409*sexies* esso era fissato al tempo della cessazione dall’incarico, ora esso inizia a decorrere “*dalla data della relazione di revisione sul bilancio (...) emessa al termine dell’attività di revisione cui si riferisce l’azione di risarcimento*”.

Nel caso in cui il controllo contabile venga a essere esercitato dal collegio sindacale, nei casi previsti dalla legge (cfr. *supra* Cap. 2), si può ritenere che la responsabilità per fatti connessi all’esercizio di tale funzione ricadano comunque nell’ambito applicativo dell’art. 2407 Cod. Civ., che come noto regola la responsabilità dell’organo di controllo interno, senza quindi che vengano in rilievo le disposizioni del Testo unico del 2010. Tale conclusione sembra, del resto, difficilmente revocabile in dubbio, se si considera che il c. 1 dell’art. 2407 fa esplicito rinvio ai “*doveri*” dei sindaci, rinviando quindi anche all’eventuale revisione dei conti.

3. La responsabilità ex contractu: i danni nei confronti della società revisionata

Una prima, sommaria, distinzione delle forme di responsabilità civile in cui il revisore può incorrere attiene alla categoria dei soggetti legittimati all’azione di danni. *In primis*, quindi, il revisore si può rendere responsabile per danni nei confronti della società che ha conferito l’incarico; responsabilità che pacificamente può classificarsi come “contrattuale” o “da inadempimento”. In tali casi, difatti, a essere rimproverabile è, secondo lo schema tradizionale, l’inadempimento delle obbligazioni derivanti dall’incarico assunto⁴¹⁵, in particolare sotto il profilo dell’esecuzione della

⁴¹³ Tale vincolo era in realtà già presente nella disciplina previgente, in virtù del rinvio operato al c. 2 dell’art. 2407 (ipotesi della c.d. responsabilità concorrente dei sindaci). L’aver espressamente menzionato tale vincolo nella nuova disposizione si era reso necessario proprio per evitare che il mancato rinvio alle norme sulla responsabilità dei sindaci potesse far venire meno la solidarietà.

⁴¹⁴ A causa di un (probabile) difetto di coordinamento, nel c. 2 i “*fatti illeciti*” tornano a essere menzionati tra i titoli di responsabilità, a differenza del c. 1.

⁴¹⁵ Si osserva come, sebbene la fonte del rapporto sia il contratto (come abbiamo avuto modo di vedere *supra*), l’ordinamento detti compiutamente nella revisione obbligatoria quali siano i compiti e i poteri del revisore, rendendo quindi a tale fine scarsamente rilevante il ruolo del negozio stipulato: BONELLI, *La responsabilità della società di revisione nella certificazione*, cit., p. 971.

prestazione senza l'impiego della diligenza dovuta. Nel caso di specie, in particolare, è opinione pacifica che la diligenza richiesta al revisore sia quella professionale di cui all'art. 1176, c. 2 Cod. Civ., non solo sul presupposto dell'indubbia qualificazione del revisore quale professionista, anche alla luce del carattere riservato dell'attività (esercitabile solo a seguito del superamento di un apposito esame di abilitazione volto ad accertare le relative competenze tecnico-professionali)⁴¹⁶, ma anche - prima della riforma del 2010 - alla luce del rinvio operato sia dall'art. 2409*sexies* Cod. Civ. che dall'art. 164 T.U.F., all'art. 2407 Cod. Civ. sulla responsabilità dei sindaci che, nella versione risultante dalla riforma del 2003, ha adottato un criterio "professionalmente orientato" nel determinare il contenuto della diligenza dovuta (" (...) *adempiere ai loro doveri con la professionalità e la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico*")⁴¹⁷. Tale ultimo argomento letterale è venuto meno con l'entrata in vigore dell'art. 15 D. Lgs. 39/2010 che, come noto, ha eliminato tale rinvio. A tal riguardo, deve comunque osservarsi come l'applicazione del metro di diligenza di cui all'art. 1176 c. 2 non venga oggi revocato in dubbio, alla luce dell'indiscutibile natura professionale dell'attività in parola⁴¹⁸. L'eliminazione del richiamo in questione, peraltro, non dovrebbe avere modificato il quadro delle responsabilità che sul revisore gravavano in virtù del rinvio ai cc.dd. obblighi propri dei sindaci: doveri sostanzialmente analoghi, difatti, - in particolare, quello sulla conservazione del segreto sui fatti venuti a conoscenza nell'esercizio dell'attività⁴¹⁹ - sono oggi parimenti posti dalla normativa vigente, specie se si pensa all'obbligo di rispettare i

⁴¹⁶ FORTUNATO, *La responsabilità professionale e legale nelle funzioni di revisore con particolare riguardo ai doveri del collegio sindacale*, in *Riv. Dott. Comm.*, 1990, pp. 948 ss.; ATELLI, *La revisione contabile come professione specialistica*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1996, p. 61 ss.

⁴¹⁷ Come per gli amministratori, difatti, la riforma societaria del 2003 ha superato il precedente criterio della diligenza del mandatario (con rinvio all'art. 1710 Cod. Civ.), proprio allo scopo di introdurre un criterio professionale di determinazione della diligenza esigibile (recependo quanto affermato dalla giurisprudenza e dalla dottrina ante-riforma: cfr. Cass. 17 settembre 1997, n. 9252, in *Foro. It.*, 2000, I, pp. 240 ss.; CAVALLI, *I sindaci*, in *Trattato delle Società per Azioni* (a cura di COLOMBO-PORTALE), vol. 5, Torino, 1988; G. U. TEDESCHI, *Il collegio sindacale*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1992, p. 319); v. MAGNANI, *sub art. 2407*, in (a cura di GHEZZI) *Collegio sindacale - Controllo contabile*, in (a cura di MARCHETTI-BIANCHI-GHEZZI-NOTARI), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2005, pp. 268 ss.

⁴¹⁸ *Ex multis* PANUCCI-LA ROTONDA-MANONTI, *Appendice*, p. 2881; TOMASI, *sub art. 15*, in *Appendice*, in (a cura di VELLA) *Commentario al T.u.f.*, Torino, 2012, p. 2004.

⁴¹⁹ Ovviamente, nessuno può dubitare che sia venuta meno la responsabilità per la verità nelle proprie attestazioni di cui al c. 1 della disp. cit.; dovere chiaramente desumibile dall'intero sistema che stiamo analizzando.

principi di “*deontologia professionale, di riservatezza e segreto professionale*” ai sensi dell’art. 9 c. 1⁴²⁰.

La conseguenza principale dell’applicazione di un metro professionale per commisurare la diligenza nell’espletamento dell’incarico comporta, in particolare, il ricorso ai principi di revisione quale strumento che consente di dettagliare meglio, integrandolo, il dato legislativo. Sul ruolo e valenza dei principi di revisione pre e post riforma del 2010, si rinvia a quanto esposto *supra*, al Cap. 2 par. 4.

Tanto premesso, è necessario verificare se e in che termini la normativa generale in tema di inadempimento delle obbligazioni possa essere applicata al caso dei revisori: tale indagine assume particolare rilievo, in quanto si è a lungo cercato di comprendere se per tale via si potesse limitare l’esposizione potenziale del revisore a risarcimenti spesso di notevole portata. Se, come abbiamo visto in precedenza (Cap. 2 par. 1), la possibilità di ricorrere all’art. 2236 Cod. Civ. è stata ampiamente denegata, sia per ragioni attinenti alla struttura della norma in sé considerata, che per questioni riguardanti la stessa attività di revisione, si osserva come non siano comunque mancate ulteriori strumenti per conseguire tale risultato. *In primis*, si è fatto leva sul ricorso all’art. 1227 Cod. Civ., che come noto consente una riduzione del risarcimento dovuto qualora il creditore abbia “*concorso a cagionare il danno*” (c. 1 disp. cit.). Si è ipotizzato pertanto che, nel caso in cui gli amministratori occultino circostanze rilevanti per il revisore o esponano fatti non rispondenti a verità, si potrebbe sostenere che la società revisionata abbia concorso a produrre il danno che la stessa lamenta nei confronti del revisore⁴²¹. A questa teoria si è però opposto che la norma in commento non sarebbe applicabile, in termini generali, proprio ove il contenuto della prestazione del debitore si sostanzia nella sorveglianza sull’operato del creditore⁴²², oltre che frustrare, con specifico riguardo al tema della nostra indagine, le stesse finalità della revisione dei conti⁴²³, alla luce in particolare di un rischio di incentivare atteggiamenti deresponsabilizzati da parte del controllore esterno. A ciò peraltro si

⁴²⁰ Sia consentito il richiamo a FORMISANI, *sub art. 2409sexies*, in (a cura di MAFFEI ALBERTI) *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2015, pp. 902-903.

⁴²¹ Tra i sostenitori di questa impostazione possiamo ricordare: CARNEVALI, *La responsabilità degli accountants e degli auditors*, in (a cura di AA.VV.) *Aspetti giuridici della certificazione dei bilanci*, Milano, 1977; CALDARONE-TUCCI, *La responsabilità nell’esercizio dell’attività di revisione e certificazione del bilancio: prime pronunce della giurisprudenza e tendenze evolutive*, in *Giur. Comm.*, 1995, I, pp. 294 ss.

⁴²² BIANCA, *L’inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1979, p. 420.

⁴²³ Cfr., in particolare, ROSSI, *Revisione contabile e certificazione obbligatoria*, cit., p. 192.

dovrebbero aggiungere i dubbi sulla possibilità di imputare tali fatti alla società, in forza del rapporto organico intercorrente tra questa e i suoi amministratori⁴²⁴. Al contempo deve però riconoscersi che qualora la frode perpetrata sia stata congegnata in modo tanto raffinato da non poter essere individuata, pur con l'impiego della necessaria diligenza e perizia, non si porrebbe una questione di riduzione del risarcimento nei termini sopra indicati, ma verrebbe meno *ab imis* la responsabilità del revisore, mancando il requisito costitutivo della negligenza del debitore⁴²⁵.

Altra via ipotizzabile è il ricorso alla conclusione di un patto limitativo della responsabilità ai sensi dell'art. 1229 Cod. Civ.: stante ovviamente la possibilità di limitare la responsabilità solo ai casi di colpa lieve del revisore (stante il disposto del c. 1 disp. cit.⁴²⁶), la problematica di maggior momento concerne il possibile rilievo del c. 2 della norma in questione, e cioè la proibizione di patti di tal genere ove l'inadempimento costituisca "*violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico*". In altri termini, è necessario chiedersi se la normativa in tema di revisione legale dei conti possa integrare la qualificazione di "disciplina di ordine pubblico", precludendo pertanto patti che escludano la responsabilità del revisore per colpa lieve.

La nozione tradizionale di ordine pubblico, accolta dalla giurisprudenza e dalla dottrina, consiste nell'insieme di norme imperative "qualificate" di cui all'art. 1343 Cod. Civ. (per distinguerle dalle norme imperative menzionata dall'art. 1418) non poste espressamente dall'ordinamento, ma ricavabili in via interpretativa dal sistema e in particolare dalla Carta Costituzionale, e che sono poste a tutela dei valori fondamentali dell'ordinamento giuridico statale⁴²⁷. Sebbene tra questi ultimi vengano normalmente ricompresi interessi attinenti la sfera personale dei consociati (come in particolare, la tutela dell'integrità psico-fisica del creditore), è agile constatare come anche spesso anche interessi di natura economica vengano ricompresi tra quelli considerati fondanti ed essenziali per la comunità, al punto tale da enucleare una specifica nozione di "ordine pubblico economico", che peraltro

⁴²⁴ ADDANTE, *La responsabilità nell'esercizio*, cit., p. 363.

⁴²⁵ BUTA, *sub art. 15*, in *La revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati* (a cura di DE LUCA), in *Le nuove leggi civ.*, 2011, p. 166. Come si è visto *sub Cap. 2*, queste considerazioni sono state elaborate con riguardo al tema della responsabilità per mancata scoperta di frodi contabili.

⁴²⁶ La *ratio* della norma è alquanto evidente: assicurare che il debitore presti, nell'eseguire la prestazione dovuta, il minimo indispensabile in termini di diligenza richiesta, ai fini della tutela dell'interesse del creditore. Cfr. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 5, *La responsabilità*, Milano, 2012, p. 66.

⁴²⁷ Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Vol. 2 Padova, 2015, pp. 380-382 (ove, in particolare la distinzione tra le due forme di norme imperative); CHINE'FRATINI-ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2012, pp. 1108-1109; vengono qualificati come "principi generali" da SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, p. 187.

ricomprende, nell'impostazione tradizionale, non solo una funzione di "direzione"⁴²⁸, ma anche di "protezione" di interessi economici meritevoli di tutela⁴²⁹: si pensi ad es., alla tutela della libertà di impresa come causa di nullità del contratto di boicottaggio⁴³⁰.

Orbene, se per rinvenire un eventuale principio di ordine pubblico economico bisogna in primo luogo tenere conto dei diritti sanciti a livello costituzionale, è evidente come l'art. 47 Cost. intenda riconoscere il risparmio, in tutte le sue forme, quale valore fondante del sistema economico nazionale, con la conseguenza quindi che qualora una particolare normativa possa essere qualificata come finalizzata a tutelare tale fenomeno (e le sue manifestazioni giuridiche) essa dovrebbe ricadere nell'ambito dell'ordine pubblico economico. Ciò detto, è possibile ritenere che le previsioni in tema di revisione dei conti, in quanto poste a tutela del corretto e integro funzionamento dei diversi segmenti del mercato finanziario (cioè, del canale per il tramite del quale gran parte del risparmio nazionale trova impiego produttivo), possono ritenersi come componenti dell'ordine pubblico economico. Pertanto, almeno con riguardo alla revisione c.d. obbligatoria, pare difficile sostenere che il revisore possa concludere un accordo limitativo della responsabilità, a mente dell'art. 1229, mentre nell'ambito della revisione non sembra che tale divieto possa operare, in quanto tale forma di *auditing* non coinvolge la tutela del risparmio diffuso, tutelato a livello costituzionale.

Deve peraltro osservarsi come, anche qualora si ammettesse la possibilità per il revisore di concludere siffatti accordi con la società revisionata, essi sarebbero comunque di scarsa utilità, ai fini di una limitazione dell'esposizione complessiva alle potenziali richieste di risarcimento danni, in quanto essi ovviamente non spiegherebbero effetto nei confronti dei terzi eventualmente danneggiati (arg. *ex art.* 1372 c. 1 Cod. Civ.). Inoltre, non si può escludere che tali contratti possano ledere il capitale reputazionale del revisore, lanciando al mercato un segnale che potrebbe

⁴²⁸ In questo, ovviamente, innovando rispetto all'accezione tradizionale dell'ordine pubblico che al contrario opera solo in via interdittiva. Con tale espressione infatti ci si riferisce alla promozione di particolari politiche economico-sociali da parte del legislatore. In dottrina cfr. BIANCO, voce *Ordine pubblico economico*, in *Dig. Disc. Pubbl., Aggiornamento*, Torino, 2005, pp. 493 ss.

⁴²⁹ Tale impostazione è tipica della dottrina francese (v. il noto saggio di FRAJAT, *L'ordre public économique*, Parigi, 1963) sottoposta peraltro a revisione critica, a causa della sua supposta indeterminatezza ed eccessiva latitudine da G.B. FERRI, *L'ordine pubblico economico (a proposito di una recente pubblicazione)*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, pp. 341 ss.

⁴³⁰ Cfr. App. Milano, 19 novembre 1969, in *Foro It.*, 1970, I, pp. 1506 ss.; App. Milano, 11 luglio 2003; in dottrina MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto a contrarre*, Padova, 1969.

essere interpretato come scarsa fiducia nella propria *expertise* tecnica o nell'integrità dei comportamenti dei soggetti coinvolti o dell'organizzazione aziendale nel suo complesso, nel caso delle società.

Rinviando a quanto verrà detto, più approfonditamente, *infra* sul tema del nesso di causalità, deve rilevarsi come, in relazione alla responsabilità verso la società revisionata, sia stato sollevato una problematica di natura strettamente eziologica. Ci si riferisce alla questione della risarcibilità delle cc.dd. *trading losses*, cioè delle perdite ulteriori che la società avrebbe potuto evitare se un esame accurato della contabilità avesse accertato le perdite subite, consentendo se del caso l'adozione dei provvedimenti previsti in tema di riduzione obbligatoria del capitale⁴³¹. L'opinione maggioritaria è portata a escludere l'imputazione di tale tipologia di danni al revisore, alla luce della limitazione, ai sensi dell'art. 1223, del novero dei danni risarcibili a quelli immediati e diretti, in tal modo evitando quindi (opportunamente) che al revisore possa essere attribuito, in caso di fallimento, l'intero sbilancio patrimoniale⁴³². Nel contempo, però, la giurisprudenza che estende tale novero anche ai danni indiretti e mediati, purché ascrivibili a un decorso causale normale e regolare potrebbe aprire la strada al ristoro di tale tipo di perdite⁴³³.

4. La responsabilità verso i terzi

Sin dal 1975, come abbiamo avuto modo di constatare, il legislatore ha costantemente ribadito, nel disciplinare la responsabilità del revisore, la possibilità per i soggetti estranei al contratto di revisione di poter richiedere il risarcimento dei danni patiti per la violazione dei doveri connessi all'esercizio della revisione dei conti.

Ciò si giustifica in quanto, come abbiamo avuto modo di osservare in più occasioni, l'informazione prodotta dal giudizio professionale del revisore è per sua

⁴³¹ Tale problematica si collega al più generale tema, alquanto dibattuto, della responsabilità degli organi sociali nella fase c.d. crepuscolare dell'impresa, cioè di quella particolare fase, antecedente all'accesso alle procedure concorsuali, in cui però la crisi aziendale si è già manifestata. La letteratura sul punto è estremamente ampia: ci limitiamo a rinviare a STANGHELLINI, *Director's duties and the optimal timing of insolvency: a reassessment of the 'Recapitalize or Liquidate' rule*, in (a cura di BENAZZO-CERA-PATRIARCA) *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, Torino, 2011, pp. 733 ss.; GUERRERA, *Compiti e responsabilità degli amministratori nella gestione dell'impresa in crisi*, in (a cura di VIETTI) *La governance delle società di capitali a dieci anni dalla riforma*, Milano, 2013, pp. 247 ss.

⁴³² Cfr. Trib. Milano 30.4.2001, in *Banca, Borsa, Tit. Cred.*, 2003, II, pp. 320 ss.; v. anche BUTA, *sub art. 15*, in *La revisione legale dei conti annuali e consolidati*, cit., p. 165.

⁴³³ TOMASI, *sub art. 15*, in (a cura di VELLA) *Commentario T.u.f.*, Torino, 2012, p. 2004.

natura destinata a essere indirizzata verso soggetti terzi⁴³⁴: ne consegue, quindi, che anche questi ultimi debbano essere legittimati a poter recuperare quanto abbiano sofferto a causa delle inesattezze e delle negligenze contenute in tali strumenti informativi. Sebbene su tale affermazione di principio non vi sia alcun dubbio (anche a causa di un'espressa statuizione di legge), si è assistito, storicamente, a una notevole incertezza sulla classificazione, in termini sistematici, di tale forma di responsabilità. In particolare, come abbiamo avuto modo di affermare in apertura di questo Capitolo, le profonde incertezze in merito alla riconduzione di questa forma di responsabilità in seno allo statuto *ex Lege Aquilia* ovvero in ambito contrattuale (*rectius*: da inadempimento) sono diretta conseguenza del più vasto tema della responsabilità da informazioni economiche inesatte⁴³⁵, a sua volta forse il principale banco di prova dei nuovi modi di intendere ruoli e funzioni della responsabilità civile globalmente intesa⁴³⁶.

L'opinione tradizionale degli Autori è stata nel senso di ritenere che il revisore risponda nei confronti dei terzi a titolo extracontrattuale⁴³⁷, sul presupposto dell'assenza di un rapporto di natura contrattuale: la norma speciale dettata dall'ordinamento finanziario, in questo contesto, finisce per essere meramente riproduttiva della norma generale di cui all'art. 2043 Cod. Civ.⁴³⁸ Tale tesi, estremamente lineare nel suo contenuto, è stata comunque sottoposta a vaglio critico da parte di numerosi Commentatori che, ciononostante, sostengono l'opzione "aquilianista". Il punto dolente sarebbe, in particolare, l'accertamento dell'ingiustizia del danno, come noto elemento costitutivo della responsabilità extracontrattuale.

⁴³⁴ Cfr. *supra*, Cap. 1.

⁴³⁵ Nella dottrina italiana il *locus classicus* in materia è il noto studio di BUSNELLI, *Itinerari europei nella "terra di nessuno tra contratto e fatto illecito": la responsabilità da informazioni economiche inesatte*, in *Contr. e imp.*, 1991, 541 ss., ma si veda anche RANIERI, *La responsabilità da false informazioni*, in *Giur. comm.*, 1976, I, 656 ss.: in tale contesto viene giustamente rimarcato come la scelta del legislatore di prevedere espressamente una responsabilità verso i terzi sia una peculiarità dell'*auditing* nel più generale contesto di tale forma di responsabilità (DI AMATO, *Il danno da informazione inesatta*, Napoli, 2004, p. 71). Tale tipologia di responsabilità deve essere peraltro inquadrata nell'ambito del più generale tema della "pura perdita patrimoniale" (*pure economic loss*), da intendersi come quella tipologia di danni che non siano riconducibili a una lesione della persona (è quindi sempre un danno di natura patrimoniale) o a un bene facente parte del patrimonio del danneggiato, ma che attenga a una perdita del valore di scambio di questi ultimi: cfr. DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1984, pp. 297 ss.; MAGGILO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003.

⁴³⁶ Cfr. *supra*, nt. 408.

⁴³⁷ *Ex plurimis*: BUSSOLETTI, *Le società di revisione*, cit., pp. 332 ss.; SANTARONI, *La responsabilità del revisore*, Milano, 1984, pp. 213 ss.; CASADEI, *La responsabilità della società di revisione*, Milano, 2000, pp. 46 ss.; NUZZO, *sub art. 164*, in (a cura di ALPA-CAPRIGLIONE) *Commentario al Testo Unico*, cit., pp. 1510 ss.

⁴³⁸ CASADEI, *La responsabilità delle società*, cit., pp. 46-47.

Secondo questi ultimi Autori, difatti, il filone principale di questa ricostruzione non riuscirebbe a individuare un interesse giuridicamente rilevante, leso dalla condotta del revisore, sufficientemente determinato ma farebbe ricorso a figure particolarmente vaghe, come “il diritto all’integrità del patrimonio” o “il diritto alla libertà contrattuale”, già difatti oggetto di critica dalla dottrina civilistica che più si è dedicata a questi temi^{439 440}. Quanto al tema che ci occupa, difatti, scomodare categorie generali non sarebbe poi necessario, poiché è già l’ordinamento ad aver espressamente giuridicizzato l’interesse a una corretta informazione sui mercati finanziari, nel momento stesso in cui ha predisposto un sistema di obblighi di *disclosure* nei confronti degli operatori, peraltro - come in quest’ipotesi - accompagnandolo con l’espressa previsione di norme sanzionatrici della responsabilità civile per violazione di tali disposizioni⁴⁴¹. L’opzione extracontrattuale è peraltro seguita, in modo univoco, dalla giurisprudenza che si è applicata alla questione in parola, anche se le ultime pronunce pretorie in materia sembrano prospettare una qualche apertura nei confronti delle tesi che riconducono tale forma di responsabilità al modello posto dagli artt. 1218 ss. Cod. Civ.⁴⁴²: un *trend* di lungo

⁴³⁹ Il diritto al patrimonio, tutelato da un filone giurisprudenziale che risale al noto caso *De Chirico* (Cass. Civ., 4 maggio 1982, n. 2765, in *Foro It.*, 1982, 2864 ss.; e in *Giust. Civ.*, 1982, I, 2739 ss., con nota di DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*), è stato sottoposto a pervasive critiche, sottolineando soprattutto come tale costruzione comporterebbe l’individuazione di un diritto che ricomprensca tutte le posizioni soggettive vantabili da un dato soggetto, prescindendo da ogni valutazione in merito alla tutelabilità di queste ultime (cfr. M. BARCELLONA, *sub art.* 2043, in *Commentario Gabrielli*, Vol. III – *Fatti illeciti* (a cura di CARNEVALI), Torino, 2011, 153-155; ID., *Struttura della responsabilità e ingiustizia del danno*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, 401 ss.). Un discorso parzialmente diverso andrebbe fatto per la tutela della libertà negoziale (in merito alla quale v. LUMINOSO, *Responsabilità civile della banca per false o inesatte informazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, I, 189 ss.), in ipotesi menomata nella sua corretta formazione da un *set* informativo fuorviante, poiché sembrano emergere specifici riferimenti normativi a supporto della figura (come ad es., l’art. 1439 c. 2 Cod. Civ., o anche la stessa responsabilità precontrattuale *ex art.* 1337): cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, III, Padova, 2014, 153-156.

⁴⁴⁰ Sottolinea in particolare FACCI, *Il danno da informazione economica inesatta*, Bologna, 2009, pp. 266-267 come il riferimento alla lesione di questo bene consente un accostamento alla responsabilità per concessione abusiva del credito, stante che in entrambi i casi le sovvenzioni creditizie non assistite da adeguato merito creditizio finiscono per creare, come il giudizio erroneo sul bilancio, un’impressione di falsa solidità aziendale.

⁴⁴¹ cfr. BONELLI, *La responsabilità della società di revisione nella certificazione*, cit., pp. 974-976 (l’A. sottolinea il punto dubitativamente, come possibile indizio di una possibile qualificazione in chiave “contrattualistica”); BOSTICCO, *La responsabilità dei revisori*, in (a cura di AMBROSINI) *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori*, Milano, 2007, p. 204.

⁴⁴² Trib. Milano, 18 giugno 1992, cit.; Trib. Torino, 18 settembre 1993, cit.; oltre all’unica sentenza di legittimità resa in tema di responsabilità dei revisori: Cass., 18 luglio 2002, n. 10403, in *Foro It.*, 2003, I, pp. 2147 ss. e in *Soc.*, 2002, pp. 1513 ss. (con nota di SALAFIA, *Responsabilità extracontrattuale della società di revisione per danni a terzi*): deve segnalarsi però che tale decisione è stata adottata in relazione a un caso di revisione volontaria. Cfr., infine, con particolare riguardo alle possibili aperture ai più recenti indirizzi dottrinari Trib. Milano, 4 novembre 2008, in *Dir. Fall.*, 2011, pp. 1053 ss. (con nota di FATIGATO, *Sulla responsabilità della società di revisione: spunti minimi dal “caso” Parmalat*);

periodo, evincibile dalla lettura delle sentenze in tema, è quello dell'ampio ricorso a meccanismi presuntivi, specie per quanto attiene la sussistenza del nesso causale, che se da un lato sembrano voler echeggiare la nota teoria di origine statunitense della *fraud-on-the-market*⁴⁴³, dall'altro potrebbero trovare il loro fondamento nell'intenzione dei giudicanti di alleggerire un onere probatorio particolarmente gravoso in capo agli attori; specie a seguito dell'accoglimento dell'impostazione aquiliana che, come noto, richiede all'attore la prova di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie di danno, senza quindi poter accedere alle "facilitazioni" che si accompagnano all'azione di danni contrattuale⁴⁴⁴.

Come accennato brevemente sopra, alle correnti "aquilianiste" si sono opposte nel corso degli ultimi anni alcuni Autori che hanno ricostruito la fattispecie in parola in chiave contrattualistica. Nell'alveo di questa corrente di pensiero si possono isolare due diverse teorie: da un lato, vi è chi sostiene che il risarcimento conseguente alla violazione di specifici obblighi legali (come nel caso in questione, l'espletamento dell'incarico in contrasto con le norme sancite dall'ordinamento) dovrebbe essere sempre regolato dagli artt. 1218 ss. Cod. Civ.⁴⁴⁵; dall'altro non è mancato chi ha inteso ricondurre anche il rapporto tra il revisore e gli investitori a un modello contrattuale, in particolare argomentando a partire dalla struttura del contratto di revisione quale "contratto a favore di terzo con efficacia interna"⁴⁴⁶. E', peraltro, di tutta evidenza come queste "nuove" ipotesi ricostruttive trovino sostegno nella teoria della c.d. responsabilità da contatto sociale conseguente alla violazione delle cc.dd. obbligazioni senza prestazione, caratterizzate dai doveri di protezione nei confronti

in *Giur. It.*, 2009, pp. 1972 ss. (con nota di FIORIO, *La responsabilità della società di revisione nei confronti degli azionisti e degli obbligazionisti: note a margine del caso "Parmalat"*) e in *Rivista di Diritto Societario*, 2010, pp. 122 ss. (con nota di BUTA, *La responsabilità della società di revisione per danni prodotti a terzi da un erroneo giudizio sul bilancio: il caso Parmalat*).

⁴⁴³ Come noto, secondo questo schema dogmatico, seguito dalla Corte Suprema americana sin dalla sentenza *Basic, Inc. v. Levinson* (485 U.S. 224 (1988)), viene fatta operare una presunzione (relativa) di relazione causale tra l'informazione inesatta o incompleta e il danno patito dagli investitori, in quanto le moderne regolamentazioni dei mercati finanziari consentono a questi ultimi di avere a disposizione tutte le informazioni rilevanti per le scelte d'investimento, e che quindi (secondo quanto sostenuto dalla nota ipotesi dei mercati efficienti, elaborata da E. Fama) i prezzi che si formano sul mercato riflettono l'intero *set* informativo disponibile.

⁴⁴⁴ Per tale via si cerca di realizzare, sostanzialmente, la medesima distribuzione dell'onere della prova in sede contrattuale, in base al quale all'attore spetta soltanto l'allegazione del fatto storico dell'inadempimento, quale mancata conformità a quanto richiesto dalla fonte dell'obbligazione, mentre al convenuto compete la prova liberatoria dell'impossibilità di agire secondo quanto prescritto (secondo l'insegnamento di Cass., SS. UU., 30 ottobre 2001, n. 13533) in dottrina v. BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, Torino, 2005, pp. 227-240 e 299-301.

⁴⁴⁵ BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, cit. (cfr. in particolare pp. 204 ss.).

⁴⁴⁶ E. BARCELONA, *Responsabilità da informazione al mercato: il caso dei revisori legali dei conti*, Torino, 2003 (v. in particolare pp. 209 ss.).

del destinatario⁴⁴⁷; teoria che ha oggi permesso la riconduzione nell'alveo della responsabilità da inadempimento di una serie di figure che sarebbero state, in precedenza, qualificate in senso aquiliano⁴⁴⁸. Ricostruzioni del genere però sembrano perdere d'occhio che, nel caso della violazione di doveri informativi nei confronti del mercato, viene a mancare uno dei requisiti basilari del rapporto obbligatorio, cioè la determinatezza dei soggetti dello stesso - dal momento che tali doveri generici sono strutturalmente rivolti *in incertam personam*⁴⁴⁹. La previsione di una norma espressa, che fissi una responsabilità verso terzi, non andrebbe pertanto letta come espressione di obblighi riconducibili alla sfera della responsabilità da inadempimento, ma semmai come un caso eccezionale di risarcibilità di un danno meramente patrimoniale⁴⁵⁰.

Al netto delle considerazioni teorico-dogmatiche, è opportuno calare la questione anche nella sua dimensione pratica: è difatti molto probabile che, anche in questa ipotesi (come anche in molti altri casi tipici affrontati serialmente dalla giurisprudenza: si pensi alla responsabilità medica) il ricorso al modello della responsabilità da inadempimento sia finalizzato a favorire, o quantomeno a non

⁴⁴⁷ Secondo tale teoria, rientrano all'interno degli "altri atti o fatti idonei" a essere fonti di obbligazione (ex art. 1173 Cod. Civ.) anche quei rapporti socialmente qualificati, idonei a generare un affidamento nel corretto espletamento di un'attività professionale, da parte del beneficiario della stessa. Tali obblighi sono "senza prestazione" dal momento che, per l'appunto, non si basano su di un accordo contrattuale, ma sono rivolti in particolare alla protezione, per l'appunto, delle situazioni soggettive dei terzi, soprattutto del loro affidamento (con la conseguenza, quindi, di ricondurli alla categoria dei cc.dd. obblighi di protezione, in relazione ai quali cfr. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. Dir.*, vol. XXI, Milano, 1990, pp. 1 ss.): il *locus classicus* di tale dottrina è CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, pp. 448-548. Si veda anche, per una trattazione con ampi riferimenti specie alla responsabilità della P.A., FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004. Per una ricognizione critica della figura (anche alla luce delle evoluzioni nella dottrina tedesca, che oggi sembra disconoscere questa figura dopo averla elaborata e supportata per lunghissimo tempo), v. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts: La resistibile ascesa del contatto sociale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, I, pp. 77 ss.

⁴⁴⁸ *Ex multis*, ci limitiamo a segnalare il tema della responsabilità della banca per pagamento di titoli a persona diversa dal beneficiario (Cass., SS. UU., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Giur. It.*, 2007, I, pp. 1150 ss., con nota di COTTINO, *Dalle sezioni unite alle sezioni semplici: precisazioni (e dubbio) in tema di responsabilità per il pagamento di assegno bancario (trasferibile e non) a soggetto non legittimato a esigerlo*), oltre a quella della responsabilità del medico chirurgo (Cass., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Resp. civ.*, 2009, pp. 221 ss., con nota di MIRIELLO, *Nuove e vecchie certezze della responsabilità medica*).

⁴⁴⁹ Per tale distinzione basterebbe citare CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 458. Il punto è ben colto, trattando di una discussa fattispecie di responsabilità sui mercati finanziari (quella scaturente da fatti di *insider trading*) da MACRÌ, *Informazioni privilegiate e disclosure*, Torino, 2010, pp. 115-128 (ove ampi riferimenti bibliografici).

⁴⁵⁰ Come rilevato, con riferimento alle norme ante-riforma del 2010, da CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 512. L'eccezionalità della norma in tema di responsabilità verso terzi dei revisori è stata rilevata non solo in tale accezione, ma anche sotto altri aspetti a seconda del contesto di riferimento: ad es., come norma che, diversamente dall'ipotesi ordinaria di risarcibilità secondi i criteri di cui agli artt. 1218 c.c., qualifichi un'ipotesi di *pure economic loss* quale aquiliana (MAGGIOLLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, cit., pp. 137-140) ovvero come deroga alla generale applicazione dell'art. 1227 sulla "corresponsabilizzazione" del danneggiato (DI AMATO, *Il danno da informazione economica*, cit., pp. 134-146).

rendere eccessivamente gravoso, l'onere probatorio in capo agli attori, cercando di giungere per altra via al risultato che comunque - come abbiamo visto poc'anzi - la giurisprudenza sembra avere già conseguito: difatti, l'altro aspetto in relazione al quale la qualificazione della responsabilità *de qua* in un senso o nell'altro - cioè, la durata della prescrizione - è venuto meno a seguito della previsione di un termine specifico, sancito direttamente dal legislatore.

In particolare, come evidenziato già *supra*, il principale *punctum dolens* per l'investitore che intenda citare in giudizio il revisore è costituito dalla prova del nesso causale tra il non corretto esercizio della revisione e le scelte di investimento rivelatesi dannose. Dal momento, infatti, che, ragionando in termini rigorosi, l'investitore dovrebbe provare non solo di avere effettivamente fatto uso dell'informazione diffusa dal revisore (c.d. *reliance*), in uno con la dimostrazione dell'astratta idoneità di quest'ultima a incidere sulle decisioni d'investimento (c.d. *materiality*)⁴⁵¹, si evince chiaramente come tale prova sarebbe estremamente difficile da fornire. Se si tiene conto di questo dato di partenza, si comprende agilmente come prospettare un'ipotesi socialtipica di affidamento comporti un sostanziale esonero dall'onere di provare la relazione causale, come prospettato da vari Autori⁴⁵², a tutto vantaggio delle parti attrici. Va peraltro rimarcato come non tutta la dottrina è orientata in questo senso: l'affidamento sul giudizio del revisore, secondo altri commentatori, potrebbe rilevare come indizio - in quanto *id quod plerumque accidit* - senza pertanto esonerare l'investitore dalla prova di aver basato le proprie decisioni, richiedendo al contempo agli organi giudicanti la definizione di criteri che consentano di determinare in modo chiaro quanta parte del danno complessivamente sofferto dai risparmiatori sia effettivamente, a mente dell'art. 1223, “*conseguenza diretta e immediata*” dell'*agere* del revisore⁴⁵³. In particolare, si è osservato, da parte di alcuni Autori, come la dimostrazione della sussistenza dei summenzionati requisiti della *materiality* e della *reliance* possa - anche sulla scorta dell'esperienza giurisprudenziale americana⁴⁵⁴ - essere data mediante l'allegazione delle alterazioni

⁴⁵¹ FATIGATO, *Sulla responsabilità della società di revisione*, cit., p. 57.

⁴⁵² Specie ove si consideri la pubblicità della relazione di revisione: cfr. BONELLI, *La responsabilità della società di revisione nella certificazione*, cit., p. 985; NUZZO, *sub art. 164*, in cit., p. 1510; CASADEI, *La responsabilità*, cit., p. 156. Si noti come tale ricostruzione venga sostenuta anche da Autori che parteggiano per l'impostazione “aquilianista”.

⁴⁵³ CALDARONE-TUCCI, *La responsabilità nell'esercizio dell'attività di revisione*, cit., p. 308; CERA, *Quotazione di nuove società e tutela del pubblico investitore: il ruolo della società di revisione*, cit., p. 206.

⁴⁵⁴ Cfr. *supra* nt. 32.

dei corsi azionari, causati dalla negligenza dell'*auditor*⁴⁵⁵. Per tale via, si giungerebbe a un accettabile compromesso, da un lato evitando presunzioni talmente tanto generalizzate da divenire sostanzialmente assolute senza che l'investitore danneggiato sia gravato da una vera e propria *probatio diabolica*, in una prospettiva che, in ultima istanza, finisce inevitabilmente per privilegiare l'accertamento della *materiality* a scapito della prova del vero e proprio affidamento.

Tralasciando le problematiche più strettamente giuridiche, cioè la necessità di ancorare la prova del nesso causale a criteri quanto più possibile certi (pur con tutte le difficoltà che derivano dal muoversi in un contesto immateriale) e muovendoci invece su di un piano che potremmo latamente definire di *policy*, queste ultime costruzioni teoriche rispondono alla preoccupazione, nota da molto tempo⁴⁵⁶, che l'ordinamento possa favorire una proliferazione eccessiva, rispetto all'effettivo merito giuridico, delle azioni di risarcimento danni nei confronti dei revisori dei conti⁴⁵⁷. E' facile osservare come tale problematica non possa essere limitata solo all'aspetto dell'applicazione e dell'interpretazione di norme già poste dal sistema (cioè, quindi, dell'*enforcement* giudiziale), ma chiami in causa anche lo stesso assetto regolamentare chiamato a presidiare la revisione dei conti (cfr. par. successivo). In proposito, *de iure condito*, appare comunque di particolare interesse la valorizzazione, operata in un arresto della giurisprudenza di merito⁴⁵⁹, del principio di significatività dell'errore (riguardo al quale si rinvia *supra* al Cap. 2) ai fini del giudizio di responsabilità. Tale decisione ha, infatti, correttamente osservato che la responsabilità

⁴⁵⁵ BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, cit., p. 305; E. BARCELLONA, *Responsabilità da informazione al mercato: il caso dei revisori legali dei conti*, cit., pp. ; FIORIO, *La responsabilità della società di revisione*, cit., p. 1980; CIERVO, *La responsabilità civile del revisore legale*, cit., p. 94.

⁴⁵⁶ Basterebbe rinviare sul punto alla motivazione della nota sentenza *Ultramares* (174 N.E. 441 (1932)), decisa dal giudice Cardozo della Corte Suprema dello Stato di New York. In dottrina, sul punto, cfr. MAGGIOLIO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, pp. 41-54.

⁴⁵⁷ Sebbene difatti l'impiego di metodiche simili è vista dalla dottrina maggioritaria in un'ottica di alleggerimento dell'*onus probandi*, l'individuazione di criteri che possano fungere da canone di giudizio per le fattispecie concrete avrebbe il pregio di garantire una maggiore certezza del diritto, e consentire una maggiore discriminazione delle cause meritevoli da quelle "frivole". In altri termini, il ricorso a questi modelli svolgerebbe un ruolo simile a quello svolto dalle cc.dd. leggi scientifiche di copertura nell'accertamento del nesso causale in sede penale (*amplius*: FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, pp. 226 ss.): in tema di responsabilità da *insider trading* per es., considerazioni simili sono espresse da GIAVAZZI, *Insider trading: la prima condanna civile* (nota a Trib. Milano, 14 febbraio 2004), in *Soc.*, 2005, p. 123.

⁴⁵⁸ Per una possibilità di giungere a una limitazione della responsabilità del revisore limitata alle ipotesi di dolo o colpa grave, a partire dal carattere gratuito (per il fruitore) dell'informazione fornita dal revisore, cfr. SANTARONI, *La responsabilità del revisore*, cit., pp. 213-217.

⁴⁵⁹ Trib. Melfi, 13.5.2011, in *Soc.*, 2011, pp. 1385 ss. (con nota di VACCARI, *Gli errori in bilancio non bastano per fondare la responsabilità della società di revisione*). Un breve commento, a cura del medesimo Autore, è presente anche in *Riv. Soc.*, 2011, pp. 784-786.

del revisore dovrebbe riscontrarsi soltanto in caso di mancata rilevazione di errori contabili di particolare rilevanza: se ne ricava quindi che l'applicazione di detto principio potrebbe evitare almeno una (buona) parte di cause pretestuose contro i revisori, in particolare ove si intenda accollare a questi ultimi qualunque tipo di errore contabile (con contestuale distorsione del ruolo dell'*auditor*, che si trasformerebbe in un vero e proprio "notaio").

Non pochi problemi sono sorti, inoltre, nella prassi giudiziale in tema di individuazione dei criteri per la quantificazione degli eventuali risarcimenti. La questione, come si può facilmente comprendere, presenta sostanzialmente molte delle problematiche che riguardano l'accertamento del nesso causale: il tema centrale, anche in questa sede, è difatti quello del rapporto tra l'*agere* del danneggiante e le eventuali ulteriori concause che abbiano influito sul valore dei titoli. Se però nel caso del nesso di causalità la giurisprudenza prevalente, adottando il c.d. criterio del "tutto o nulla"⁴⁶⁰, finisce per ridimensionare sensibilmente la questione, nel caso della determinazione del *quantum debeatur* invece l'influenza di fattori altri rispetto al contegno dell'agente assume un rilievo dirimente. Allo stato attuale, difatti, in tema di responsabilità da informazioni economiche inesatte sembra che anche la giurisprudenza italiana sia incline a seguire, relativamente alla quantificazione del danno emergente, il criterio nordamericano della *out-of-the pocket rule*⁴⁶¹, secondo il quale a essere risarcita deve essere la differenza tra il prezzo di acquisto dei titoli e il loro valore effettivo, quale risultante al momento in cui viene ristabilito un *set*

⁴⁶⁰ Secondo tale criterio, l'accertamento del nesso causale in presenza di eventuali ulteriori concause dell'evento non imputabili all'agente viene condotto dal giudice secondo una logica essenzialmente binaria. In particolare, se la concausa ha spiegato un'efficacia eziologica tale da interrompere il nesso tra il contegno del danneggiante e l'evento dannoso, viene meno la responsabilità di quest'ultimo - mancando un elemento costitutivo della fattispecie -; altrimenti l'agente sarà tenuto a risarcire comunque l'intero danno, rispondendo anche delle concause non imputabili (cfr., *ex multis*, Cass., 1 febbraio 1991, n. 981; Cass., 5 novembre 1999, n. 12399, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2000, I, 661 con nota di ALLEVA).

⁴⁶¹ Tale criterio è stato recepito dalla Corte Suprema USA sin dalla sentenza *Smith v. Bolles* (132 U.S. 125 (1889)) ed è stato successivamente incorporato nelle due edizioni del *Restatement of Torts* (la prima, del 1938 e la seconda del 1977). Tale criterio è stato seguito in particolare in tema di responsabilità da prospetto in Trib. Milano, 25 luglio 2008, in *ilcaso.it* (<http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1645.pdf>). Vi è peraltro chi sostiene che, più propriamente, il danno andrebbe quantificato nella differenza il valore dei titoli al momento in cui gli investitori avrebbero presumibilmente, se informati, disinvestito e il valore al momento della scoperta della verità. In tal modo, ai revisori non sarebbe imputato tout court l'andamento della società, quanto l'aggravamento del danno causato dal non tempestivo accertamento della verità contabile (FACCI, *Il danno da informazione economica*, cit., pp. 297-298).

informativo completo per tutti gli operatori del mercato⁴⁶²: emerge però chiaramente come, qualora si voglia seguire tale orientamento, esso debba essere però corretto onde scomputare l'effetto di fattori esterni (come ad es., la diffusione di altre informazioni, non attinenti la revisione del bilancio, idonee a influire sui corsi azionari). In particolare, non sono mancati Autori⁴⁶³ (seguiti anche da parte della giurisprudenza) che hanno proposto, proprio allo scopo di escludere dalla determinazione del risarcimento eventuali perdite di valore causate da fenomeni di *panic selling* successivi alla scoperte delle alterazioni informative, di assumere a riferimento la media del prezzo dei titoli relativa a un dato periodo di riferimento. Un'altra tecnica di derivazione statunitense consiste nel applicare "retroattivamente" la perdita di valore occorsa al seguito della scoperta dei fatti non riportati, assumendo che al tempo dell'inadempimento i titoli fossero sopravvalutati in eguale maniera⁴⁶⁴. In relazione invece alla determinazione del lucro cessante, il risarcimento ricomprende i proventi che si sarebbero potuti ricavare da investimenti alternativi di portata analoga nel medesimo periodo di durata dell'investimento dannoso (come ad es., azioni o obbligazioni scambiate sul medesimo mercato). In relazione a entrambe le voci di danno, sebbene l'andamento degli indici di borsa possano comunque fornire delle indicazioni utili, non può non osservarsi come nella stragrande maggioranza dei casi il giudicante sarà costretto *in subiecta materia* all'applicazione di criteri equitativi *ex art. 1226 Cod. Civ.*, stante la difficoltà di quantificare tale importo in modo certo⁴⁶⁵.

Come abbiamo già segnalato in apertura di questo Capitolo, al di là delle problematiche di stampo sistematico - che per certi aspetti continuano a persistere a tutt'ora -, deve osservarsi come l'art. 15 D. Lgs. 39/2010, nel riformare la materia,

⁴⁶² Alcuni Autori rimarcano come tale criterio sia applicabile propriamente solo al caso in cui l'investimento sia avvenuto dopo il rilascio dell'*opinion* non corretta. Nel caso invece in cui l'investimento sia stato effettuato prima di ciò, bisognerebbe invece tenere conto del fatto che il giudizio erroneo ha impedito, falsando le informazioni disponibili, il disinvestimento aggravando quindi la perdita. Ne consegue quindi che il danno sarebbe corrispondente alla differenza tra la perdita "totale" (quella cioè emersa al momento della scoperta dell'effettivo valore dei titoli) e il valore dei titoli nella fase antecedente al bilancio non correttamente giudicato dal revisore. Cfr. E. BARCELLONA, *Responsabilità da informazione al mercato: il caso dei revisori legali dei conti*, cit., p. 352; FACCI, *Il danno da informazione inesatta nell'attività di revisione contabile*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2007, p. 2039.

⁴⁶³ PERRONE, *Informazione al mercato e tutele dell'investitore*, Milano, 2003, p. 214.

⁴⁶⁴ Cfr. VENTORUZZO, *La responsabilità da prospetto negli Stati Uniti d'America tra regole del mercato e mercato delle regole*, Milano, 2003, pp. 103 ss.

⁴⁶⁵ Ad es., questa è stata la conclusione di una corte di merito in un altro caso di responsabilità da informazioni economiche inesatte (omessa *disclosure* di informazioni privilegiate): si tratta della già citata (vd. nt. 47) sentenza Trib. Milano 14 febbraio 2004, in *in Foro It.*, 2004, I, 1581-1582, con nota di CARRIERO.

abbia posto una rilevante serie di problematiche interpretative, che hanno difatti portato la dottrina a criticare tale norma come cattivo esempio di legistica⁴⁶⁶. Tralasciando, per riprendere nel successivo par., il tema della trasposizione normativa della limitazione della responsabilità (*rectius*: della sua, con tutta probabilità, *non* trasposizione), sono da segnalare in particolare la questione della “sopravvivenza” di alcune norme di particolare rilevanza - l’azione dei creditori sociali di cui all’art. 2394 Cod. Civ., la legittimazione degli organi delle procedure concorsuali ai sensi del 2394bis e, infine, l’esercizio della *derivative suit* della minoranza *ex* 2393bis - e il problema dell’esatta determinazione del *dies a quo* ai fini della prescrizione dell’azione.

Quanto al primo tema, esso discende dal già pluricitato mancato richiamo dell’art. 2407 Cod. Civ., e dalla conseguente esclusione della responsabilità in parola, almeno *ictu oculi*, dal “circuito delle responsabilità sociali”⁴⁶⁷ disegnato dal Codice Civile. Relativamente all’azione *ex* 2394, se da un lato è possibile ritenere che per i soggetti espressamente menzionati dall’art. 15, le condizioni per l’esperimento dell’azione saranno comunque sempre quelle desumibili dal sistema codicistico⁴⁶⁸; rimane il problema di comprendere quale strumento di tutela potranno avere i creditori sociali, se cioè gli stessi possano agire per lesione della garanzia posta dal patrimonio sociale: da un lato, non si è mancato di sostenere che la riforma debba essere letta nel senso di un’abrogazione implicita di tale azione, e che pertanto i creditori potranno agire solo quali terzi danneggiati in via diretta⁴⁶⁹, dall’altro non è mancato il tentativo di un recupero in via interpretativa, a partire proprio dal necessario legame intercorrente con la limitazione al danno diretto posta dall’art. 2395 Cod. Civ.⁴⁷⁰: qualora si acceda a quest’ultima ricostruzione, si dovrà ritenere

⁴⁶⁶ Icastico è il titolo del saggio di AMATUCCI, *La limitazione della responsabilità del revisore legale e la scadente tecnica legislativa italiana*, in *Giur. comm.*, 2012, I, pp. 874 ss.

⁴⁶⁷ L’espressione è di BUSSOLETTI, *Bilancio e revisione contabile: sette anni di disciplina all’ombra degli IAS e delle direttive comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2011, p. 1149.

⁴⁶⁸ In particolare, anche in questa sede l’azione del socio e del terzo dovrebbe essere promuovibile solo a tutela di un pregiudizio diretto al proprio patrimonio, senza che per tale via possano essere risarciti pregiudizi “mediati”, in quanto attinenti alla partecipazione sociale, secondo il costante insegnamento della Cassazione: cfr. sent. 23 ottobre 2014, n. 22573, che riprende SS. UU., 24 dicembre 2009, n. 27346, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2011, II, pp. 131 ss. con nota di PINTO, *Illecito del terzo, danno riflesso e legittimazione dell’azionista*. Denuncia come ulteriore elemento di confusione proprio l’assenza di indici, che permettano di comprendere se tale requisito, nell’economia del D. Lgs. 39/2010, permanga o venga meno SPIOTTA, *La responsabilità civile del revisore legale in base all’art. 15 del D. Lgs. 39/2010*, in *Giur. Comm.*, 2012, I, 696.

⁴⁶⁹ GIUDICI, *La responsabilità civile del revisore legale*, in *Le Società. Gli Speciali.*, cit., p. 38.

⁴⁷⁰ SALERNO, *La responsabilità del revisore tra nuove incertezze e vecchi problemi*, *Riv. soc.*, 2013, pp. 987-988.

inoltre che gli organi delle procedure concorsuali possano agire anche nell'interesse della massa dei creditori sociali e non solo quelli della società fallita (come si ricava dal principio generale ricavabile dall'art. 43 l.f.)⁴⁷¹. Da ultimo, secondo i pochissimi Autori che si sono occupati del tema, il mancato rinvio all'azione sociale della minoranza dovrebbe necessariamente implicare la non esperibilità di tale azione. Ciò in considerazione del fatto che si giungerebbe a un'applicazione analogica di una norma eccezionale (l'art. 2393*bis*, per l'appunto), derogatoria di un principio generale processualistico, cioè della corrispondenza in capo al medesimo soggetto (salvo deroghe previste dal legislatore) tra situazione sostanziale e diritto processuale ad agire⁴⁷².

Per quanto attiene, infine, il tema del termine iniziale della prescrizione, sono in particolare due i punti che sono stati oggetto di critica: da un lato, la previsione di un termine diverso rispetto a quello previsto per gli organi sociali creerebbe una disparità di trattamento, di probabile incostituzionalità⁴⁷³, dall'altro il termine potrebbe iniziare a decorrere prima che i legittimati abbiano possibilità di avere contezza del danno occorso. Si rende in altri termini, necessario un coordinamento tra il c. 3 dell'art. 15 e il principio generale posto dall'art. 2935 Cod. Civ.

5. *Il dibattito sulla limitazione della responsabilità dei revisori*

Come si è avuto modo di accennare fuggacemente nel precedente par., i *policymakers* hanno lungamente discusso se l'attuale assetto normativo della responsabilità dei revisori fosse effettivamente desiderabile o meno. A destare perplessità, in particolare, è nel pensiero di molti Autori il fatto che i revisori siano esposti al rischio di pagare risarcimenti altissimi, con l'ulteriore conseguenza, peraltro, di una mancata correlazione con il grado di colpa effettivamente ascrivibile. Ciò sarebbe la conseguenza del combinato disposto dell'assenza di un limite quantitativo all'ammontare dei risarcimenti eventualmente dovuti (responsabilità *illimitata*) e del vincolo di solidarietà che, in numerosi Paesi, unisce il revisore con gli organi sociali per i danni causati alla società e ai terzi (responsabilità *solidale*). Sebbene si potrebbe essere portati a pensare che sia soprattutto il primo aspetto a

⁴⁷¹ SALERNO, *La responsabilità del revisore tra nuove incertezze*, cit., p. 990. In alcuni casi particolari è peraltro la stessa legge a sancire *expressis verbis* detta legittimazione: cfr., per quanto attiene le amministrazioni straordinarie bancarie, l'art. 72 c. 5 T.U.B.

⁴⁷² SALERNO, *La responsabilità del revisore tra nuove incertezze*, cit., p. 996.

⁴⁷³ SPIOTTA, *La responsabilità civile del revisore legale in base all'art. 15*, cit., p. 669; SALERNO, *La responsabilità del revisore tra nuove incertezze*, cit., p. 998.

contribuire a tale fenomeno, si deve al contrario riscontrare come, forse paradossalmente, sia il vincolo di solidarietà a essere visto dalla comunità dei revisori con particolare disagio. E' noto, infatti, come la solidarietà implichi per statuto che il danno debba essere risarcito in prima battuta dal singolo condebitore (o dai singoli condebitori) escusso per l'intero (art. 1292 Cod. Civ.), lasciando poi alla successiva fase della definizione dei rapporti interni la ripartizione del dovuto tra i condebitori liberati per mezzo delle azioni di regresso (art. 1298), eventualmente anche in base alla gravità della colpa riscontrabile, nel caso - come nell'ipotesi in parola - di giudizi di responsabilità civile (art. 2055)⁴⁷⁴: poiché il revisore - specie se si tratta di società - è, nella stragrande maggioranza dei casi, l'unico convenuto a possedere un patrimonio capiente e facilmente aggredibile, egli si ritroverebbe a essere sostanzialmente l'unico a pagare - in quanto i creditori sarebbero sicuri di essere soddisfatti -, con pochissime (se non nulle) speranze di potersi effettivamente rivalere in via di regresso. Tale dato costituirebbe la principale conseguenza e la ragione principale della c.d. *deep pocket syndrome*⁴⁷⁵, spesso citata a proposito del contenzioso contro i revisori: secondo tale ricostruzione, la già menzionata capienza e aggredibilità del patrimonio spingerebbe molti attori a intraprendere azioni giudiziarie nei confronti dei revisori, anche senza (grande) fondamento giuridico, nella speranza di poter ottenere, se non una condanna, una transazione che viene a essere sostanzialmente "estorta". Secondo l'ipotesi, il revisore cederebbe a questi accordi non solo per evitare il rischio di un eventuale giudizio sfavorevole, ma anche i costi connessi al contenzioso (anche in termini di danni reputazionali). Qualora invece il legislatore optasse per un regime di responsabilità parziaria, si è rimarcato come la "sindrome" succitata verrebbe grandemente ridimensionata, in quanto l'attore sarebbe tenuto secondo i principi

⁴⁷⁴ La *ratio* della norma citata, sebbene prevista espressamente solo con riguardo alla responsabilità da fatto illecito, si ritiene applicabile anche nel caso della responsabilità contrattuale. In particolare, secondo Cass., 9 novembre 2006, n. 23918, ciò scaturisce dall'applicazione dei principi in tema di causalità efficiente anche all'ipotesi in cui il danno sia conseguenza dell'inadempimento di più contratti intercorsi tra più soggetti e il medesimo danneggiato. In dottrina cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2014, vol. 2, pp. 23-24.

⁴⁷⁵ Nell'analisi economica del contenzioso, questa espressione viene impiegata per descrivere i casi in cui il giudice (o le giurie, nei Paesi ove queste siano previste) sia portato a condannare con maggiore frequenza la parte processuale più facoltosa (cfr. VAN DER BERGH-PACCES, *Regulation and economics*, *Encyclopedia of law and economics*, vol. 9, Cheltenham Glos, 2012, p. 704). Sul tema esistono analisi empiriche che hanno indagato sul tema, anche se i relativi risultati non hanno condotto a una posizione consolidata nella letteratura economica: VIDMAR, *Empirical evidence on the deep pocket hypothesis: jury awards for pain and suffering in medical malpractice cases*, in *Duke Law Journal*, (43) 1993, pp. 217 ss. Nel caso dei revisori, uno dei primi articoli ad aver proposto la tesi in parola a questa categoria di professionisti è DYE, *Auditing standards, legal liability and auditor wealth*, in *Journal of political economy*, (101), 1993, pp. 887 ss.

generali a dover agire contro tutti i responsabili per le rispettive quote di danno ascrivibili, con la conseguenza quindi di rendere molto più oneroso lo stesso accesso alla giustizia. Inoltre, dal momento che le azioni sarebbero tra di loro autonome, l'eventuale insolvenza di uno dei condebitori parziari rimarrebbe a carico dell'attore⁴⁷⁶. Nel caso specifico dell'ordinamento statunitense, si rileva sovente come la *deep pocket syndrome* sarebbe rafforzato dallo strumento delle azioni di classe⁴⁷⁷, a causa in particolare del ruolo giocato dagli avvocati specializzati in questa tipologia di controversie. Infatti, per via della previsione di patti di quota lite (*contingency fees*), questi ultimi sono particolarmente interessati alla proposizione di grandi azioni di massa e alla definizione delle stesse: si parla oramai apertamente negli Stati Uniti di una vera e propria categoria di avvocati "imprenditori", dediti proprio alla ricerca di "illeciti di massa" e specializzati nello stimolare l'esperimento delle azioni giudiziali del caso⁴⁷⁸.

La questione è particolarmente complessa e concerne, ovviamente, la ponderazione di elementi che non riguardano solo lo specifico atteggiarsi dell'istituto delle azioni di classe nell'ambito dei mercati finanziari, ma anche per tutti i rami degli illeciti civili "di massa": si è difatti sottolineato come le *class actions* svolgano un ruolo positivo quale "aggregatore" di danni seriali che non verrebbero mai portati in tribunale per via della loro esiguità (visto dal punto di vista del singolo danneggiato): tale processo di aggregazione consente infatti di abbattere le spese processuali, con tutte le conseguenze del caso in termini di analisi costi-benefici da parte del potenziale attore⁴⁷⁹: non dovrebbe stupire, alla luce di tali potenzialità, come sia oramai oltremodo consolidata l'attribuzione all'istituto *de qua* di una funzione sanzionatoria/deterrente nei riguardi di condotte non socialmente ottimali⁴⁸⁰. A prescindere da valutazioni di opportunità in merito all'adozione o meno - sul piano

⁴⁷⁶ Cfr. FACCI, *Il danno da informazione inesatta nell'attività di revisione contabile*, cit., p. 2036.

⁴⁷⁷ In tema di analisi economica delle *class action* si rinvia a GIUSSANI, *Mass torts e tutela giurisdizionale: modelli di azione giudiziaria collettiva a confronto sotto il profilo dell'efficienza economica*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, pp. 315 ss.

⁴⁷⁸ COFFEE JR., *The regulation of entrepreneurial litigation: balancing fairness and efficiency in the large class action*, (54) *University of Chicago Law Review*, 1987, pp. 877 ss.; MACEY-MILLER, *The plaintiffs' attorney's role in class action and derivative litigation: economic analysis and recommendations for reform*, (58) *University of Chicago Law Review*, 1991, pp. 1 ss. Una prospettiva di riforma dell'ordinamento statunitense è stata recentissimamente presentata da COFFEE JR., *Entrepreneurial Litigation: Its Rise, Fall, and Future*, Cambridge (USA), 2015.

⁴⁷⁹ Tra i molti, v. SHAVELL, *Liability for harm versus regulation of safety*, in (13) *Journal of Legal Studies*, 1984, p. 363; in modo particolarmente ampio GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, pp. 28 ss.)

⁴⁸⁰ La dottrina americana è solita distinguere tra una funzione *damage* e *regulatory oriented*: cfr. STELLA, *L'enforcement nei mercati finanziari*, Milano, 2008, pp. 236-238, ove riferimenti bibliografici.

dello *ius positum* - di tale impostazione (tenendo conto anche delle perplessità che sono state sopra richiamate), alcuni Autori hanno avanzato critiche anche in relazione all'efficacia dell'istituto in chiave compensatoria: si pensi al noto problema della *circularity*⁴⁸¹, secondo la quale, nel momento in cui sono gli azionisti ad agire contro la società, il risarcimento del danno finisce per essere un mero trasferimento di risorse all'interno della loro categoria (cioè, tra le varie categorie di azionisti della società), rendendo quindi sostanzialmente inutile l'esperimento dell'azione. Ciò dipende dal fatto che i *corporate insiders* riescono a isolarsi dai meccanismi della responsabilità civile, spesso per mezzo delle assicurazioni cc.dd. *directors and officers*. In relazione allo stesso tema (l'efficacia, in termini generali, delle azioni di classe) non deve essere sottaciuto anche il ruolo delle regole in tema di allocazione delle spese processuali: se da un lato, come dimostrato dall'esperienza inglese, la previsione di una regola come quella inglese (secondo cui le spese legali seguono la soccombenza: regola seguita anche in Italia⁴⁸²), ha significativamente compresso lo sviluppo dell'istituto nella prassi; dall'altro è probabilmente proprio la diversa regola vigente negli Stati Uniti (in base alla quale ogni parte sopporta autonomamente le proprie spese: c.d. *American rule*) ad aver portato ad alcuni degli eccessi sopra descritti in merito al ruolo degli avvocati⁴⁸³.

Rimanendo nell'alveo del formante giudiziale, deve però riconoscersi come il *common law* statunitense abbia fornito ai revisori dei conti una difesa particolarmente efficace, nelle forme della c.d. *in pari delicto doctrine*. Di per sé, la teoria in parola non si discosta molto dal principio civilistico dell'*in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*: in altri termini, si impedisce all'autore di un illecito di poter richiedere il risarcimento del danno patito a un altro, supposto, autore del medesimo fatto illecito⁴⁸⁴. Tale norma troverebbe applicazione, nel caso delle azioni risarcitorie contro i revisori, imputando alla società attrice il fatto dannoso commesso o conosciuto dal proprio *agent* (amministratori o alti dirigenti), in virtù dell'applicazione dei principi generali dell'*agency law* (c.d. *imputation doctrine*)⁴⁸⁵;

⁴⁸¹ *Locus classicus* della teoria è COFFEE JR., *Reforming the securities class action: an essay on deterrence and its implementation*, (106) *Columbia Law Review*, 2006, pp. 1534 ss.

⁴⁸² Art. 91 c.p.c: la regola in parola è del resto nota a livello internazionale come *English rule*.

⁴⁸³ SI segnala una recente indagine (anche) giuseconomica sul tema della rilevanza delle norme sull'allocazione delle spese processuali sulle dinamiche del processo civile: LUPANO, *Responsabilità per le spese e condotta delle parti*, Torino, 2013.

⁴⁸⁴ Nel nostro ordinamento, come noto, il principio in parola trova applicazione non tanto in sede di risarcimento del danno, ma in sede di restituzione dell'indebito (cfr. art. 2035 Cod. Civ.).

⁴⁸⁵ Cfr. § 5.03 del *Restatement (Third) of the Law of Agency*, 2006.

principio superabile solo qualora si possa invocare la *adverse interest exception*, cioè che le azioni degli *agent* della società siano stati posti in essere nell'interesse esclusivo degli *agent* stessi⁴⁸⁶. Tanto premesso, si è sovente rilevato in dottrina come tale costruzione teorica trovi ampia applicazione nelle Corti statunitensi, rendendo quindi molto difficile un esito positivo per gli attori di tale tipologia di azioni⁴⁸⁷ e non sono mancati tentativi di superare sul piano teorico tale costruzione, affermando in particolare che la norma dovrebbe applicarsi solo ove sia possibile individuare una vera e propria responsabilità per colpa dell'ente (ad es., nel caso di un'inadeguata articolazione del sistema dei controlli interni)⁴⁸⁸.

Il quadro sopra delineato deve essere peraltro inserito in un contesto più generale nell'ambito del quale, a partire dagli anni Settanta, negli Stati Uniti si è assistito a una vera e propria "esplosione" del contenzioso in materia extracontrattuale - in particolare nel settore medico e in quello della responsabilità da prodotto⁴⁸⁹, che ha finito ovviamente per investire anche i revisori, i quali hanno sicuramente sofferto la congiuntura economica del periodo, e in particolare la crisi delle *savings and loan* dei primi anni Ottanta⁴⁹⁰. Mediante una profonda attività di *lobbying*, le società di revisione⁴⁹¹, insieme con altre grandi *corporation* toccate dalla succitata ondata di cause di *product liability*, riuscirono a ottenere nel 1995 l'emanazione del *Private securities litigation reform Act (PSLRA)*⁴⁹², che se da un lato ha inteso contrastare le *frivolous lawsuits* introducendo requisiti probatori aggiuntivi, sia quanto ai fatti materiali che in relazione allo stato soggettivo del convenuto⁴⁹³, dall'altro (e ciò rileva

⁴⁸⁶ § 5.04 del *Restatement (Third) of the Law of Agency*, 2006

⁴⁸⁷ GIUDICI, *Auditors' multi-layered liability regime*, ECGI Law working paper 155/2010, p. 23.

⁴⁸⁸ SHEPARD, *Corporate wrongdoing and the in pari delicto defense in auditor malpractice cases: A New Approach*, (69) *Washington & Lee Law Review*, 2012, pp. 275 ss.

⁴⁸⁹ OLSON, *The litigation explosion: what happened when America unleashed the lawsuit*, New York, 1991; SANDERS-JOYCE, "Off to the races": *the 1980s tort crisis and the law reform process*, in (27) *Houston Law Review*, 1990, pp. 207 ss.

⁴⁹⁰ GIUDICI, *Il dibattito sulla limitazione di responsabilità delle società di revisione: la prospettiva italiana*, in (a cura di BALZARINI-CARCANO-VENTORUZZO) *La società per azioni oggi: tradizione, attualità e prospettive*, Milano, 2007, p. 967.

⁴⁹¹ Gli interessi della categoria furono ben rappresentati anche nella letteratura giuridica dell'epoca: v. MEDNICK-PECK, *Proportionate liability: a much needed solution to the accountants' legal liability crisis*, in (28) *Valparaiso University Law Review*, 1993-1994, pp. 867 ss.

⁴⁹² Per la dottrina statunitense, *ex multis*, cfr. LANGEVOORT, *The Reform of Joint and Several Liability under the Private Securities Litigation Reform Act of 1995: Proportionate Liability, Contribution Rights and Settlements Effects*, in (51) *Business Lawyer*, 1995-1996, pp. 1157 ss.; STEINBERG-OLIVE, *The Private Securities Litigation Reform Act: Contribution and Proportionate Liability*, in (25) *Securities Regulation Law Journal*, 1997, 333 ss.

⁴⁹³ In particolare, ai sensi della *section 101(b)* del PSLRA (che modifica l'art. 21D del *Securities and Exchange Act*), all'attore viene richiesto di allegare con precisione quale parte delle informazioni rese al mercato siano da ritenere ingannevoli e in che termini esse siano decettive. Sempre in relazione

in particolare ai nostri fini) ha predisposto un regime di responsabilità parziaria (salvo per i casi di dolo, in cui permane il vincolo di solidarietà), secondo il quale il risarcimento è limitato alla percentuale di danno attribuibile in base all'intensità della colpa, come risultante dallo svolgimento della causa.

L'esperienza americana sollevò quasi contestualmente un discreto interesse tra gli Autori italiani⁴⁹⁴, al punto tale che già in sede di stesura del Testo Unico del 1998 furono discusse alcune ipotesi di limitazione della responsabilità del revisore⁴⁹⁵, senza che però queste - come abbiamo avuto modo di constatare - fossero recepite nell'articolato finale. A essere invece state molto più ricettive, nei confronti di questo tema, sono state le Istituzioni europee. La direttiva 2006/43 aveva, sulla scorta di tali considerazioni, richiesto alla Commissione di condurre un'analisi d'impatto concernente i diversi regimi nazionali di responsabilità dei revisori (art. 31). In attuazione di detta disposizione, la Commissione dette incarico alla società di consulenza *London Economics* di condurre tale analisi, pubblicata nel settembre 2006⁴⁹⁶. Tale studio auspicò la riforma del quadro vigente in gran parte degli Stati dell'UE (orientati nel senso della responsabilità illimitata e solidale dei revisori⁴⁹⁷), sul presupposto che l'estremo grado di concentrazione del mercato (dominato dalle cc.dd. *big four*) non potesse tollerare, senza inevitabili ripercussioni sistemiche, il fallimento di un'altra grande *auditing firm*, rischio alimentato in grandissima parte (se non totalmente) dalla esposizione potenziale a risarcimenti incalcolabili. Lo studio citava, a testimonianza della correttezza di tali conclusioni, il fatto che in alcuni Stati fossero state approvate misure volte a contenere tale fenomeno, anche se si deve

all'elemento oggettivo, la legge del 1995 richiede espressamente che l'attore fornisca elementi di prova in merito al nesso causale tra le informazioni fuorvianti e il danno patito. Inoltre, qualora venga richiesto per la condanna del convenuto un particolare elemento psicologico (ad es., la colpa grave) l'attore dovrà allegare fatti specifici da cui si possa desumere "*a strong inference*" di detto stato (su quest'ultimo tema v. GOLD-SPINOGATTI, *Pleading "strong inference" of fraud under the PSLRA*, in (237), *New York Law Journal*, 2007, pp. 2 ss.).

⁴⁹⁴ GIRETTI, *La responsabilità del revisore negli Stati Uniti*, in *Riv. Dir. Impr.*, 1998, pp. 57 ss.; ID., *Il revisore che sbaglia paga: ma quanto e a chi?*, in *Danno e resp.*, 2000, pp. 485 ss.

⁴⁹⁵ Commissione finanze della Camera dei deputati, *Indagine conoscitiva sull'evoluzione del mercato mobiliare italiano, Proposte di modifica ed integrazione della Assirevi*, Roma, 1998, 429 s. V. anche BUTA, *sub art. 164*, BUTA, *sub art. 164*, in (a cura di G.F. CAMPOBASSO) *Testo Unico della Finanza*, p. 1355; BALZARINI, *sub art. 164*, in (a cura di MARCHETTI-BIANCHI) *La disciplina delle società quotate*, cit., p. 1931.

⁴⁹⁶ Il report è disponibile al sito: <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:L:2008:162:SOM:EN:HTML>

⁴⁹⁷ Tale assetto regolamentare discende, del resto, dall'applicazione dei principi generali della responsabilità civile o, più limitatamente, della responsabilità societaria, come correttamente rileva RONDINELLI, *Per un ripensamento della responsabilità civile dei revisori*, in *Giur. comm.*, 2010, p. 630.

rilevare come quelle citate attengano solo al profilo della limitazione del *quantum* risarcibile⁴⁹⁸, prevenendo quindi dei massimali che possono essere fissi o variabili a seconda di alcuni indici (ad es., il corrispettivo pattuito): in particolare, è nota l'esperienza inglese, con l'introduzione, in sede di riforma del *Companies Act* nel 2006, di norme volte a disciplinare la conclusione di specifici accordi tra il revisore e la società revisionata volti a predeterminare la quota parte di danno imputabile al controllore dei conti⁴⁹⁹. In altri Paesi, invece, l'intervento del legislatore è stato ancora più marcato, in quanto la previsione dei *cap*, in quanto posta direttamente dall'ordinamento, finisce per rilevare anche nei confronti dei terzi che agiscono contro il revisore⁵⁰⁰. Mancano quindi, a livello nazionale, disposizioni come quelle citate del PSLRA, che facciano venire meno la solidarietà dell'obbligazione risarcitoria.

Facendo seguito alla pubblicazione dello studio e a una consultazione pubblica avvenuta nel 2007, la Commissione emanò nel giugno 2008, una Raccomandazione⁵⁰¹ con la quale gli Stati membri venivano invitati a disporre misure legislative che limitassero la potenziale esposizione finanziaria dei revisori da responsabilità civile. In particolare, la Commissione menzionava tre possibili alternative: (i) la previsione di un massimale di legge, fisso o variabile; (ii) l'introduzione di un regime di *proportionate liability*, cioè di una responsabilità parziaria commisurata al contributo effettivo apportato dall'esperto contabile alla causazione del danno; (iii) l'abilitazione delle parti di un contratto di revisione a prevedere in tale sede forme di limitazione della responsabilità civile.

Dato quanto precede, si rendeva necessario quindi, per il legislatore nazionale, recepire non solo il più ampio disposto della Direttiva del 2006, ma anche la posizione di *policy* fatta propria, *expressis verbis*, dall'Esecutivo comunitario. Nel

⁴⁹⁸ Critico nei confronti di questa soluzione è in particolare PRESTI, *La responsabilità del revisore*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2007, I, p. 173, in quanto strumento che prescinde del tutto dall'entità del danno causato. Nella letteratura d'Oltreoceano, una critica analitica alle varie opzioni seguite dai legislatori nazionali - specie in relazione ai criteri da impiegare nel caso dei massimali non fissi - si rinviene in SPELL, *Capping auditor liability: unsuitable fiscal policy in our current financial crisis*, in (4) *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, 2009-2010, pp. 343 ss.

⁴⁹⁹ Cfr. *Companies Act* 2006, sec. 534-538.

⁵⁰⁰ Ad es., mentre in Germania e in Austria sono previsti importi fissi scaglionati in base alla dimensione dell'impresa revisionata (anche semplicemente tra società quotate e non), mentre in Grecia l'importo è fissato in un multiplo (fino a cinque volte) lo stipendio del presidente della Corte Suprema. Cfr. *Report della London Economics*.

⁵⁰¹ *Commission Recommendation concerning the limitation of the civil liability of statutory auditors and audit firms*, 6 giugno 2008, 2008/473/EC.

documento di consultazione prodotto dal Dipartimento del Tesoro nel 2008⁵⁰² erano state formulate al riguardo due considerazioni. Da un lato, si affermava che il vincolo di solidarietà potesse essere reciso mediante l'eliminazione del rinvio all'art. 2407 Cod. Civ. (scelta di politica legislativa su cui ci siamo soffermati *supra*): per tale via, il revisore non sarebbe stato più chiamato a rispondere (anche) delle negligenze dei organi sociali, ma la sua responsabilità sarebbe stata valutata solo con riguardo all'adempimento dei doveri suoi propri. Dall'altro, si affermava che non fosse necessario prevedere espressamente uno dei congegni giuridici raccomandati dalla Commissione, in quanto si può ritenere che nel nostro Paese già viga una forma di responsabilità "proporzionale"⁵⁰³.

Resta quindi da esaminare come questa *policy* è stata trasposta nella legislazione vigente. Soffermandoci per ora solo sul c. 1 dell'art. 15 D. Lgs. 39/2010 - in modo da poter affrontare separatamente tale tema con riguardo alla responsabilità del responsabile della revisione e dei dipendenti, tema del prossimo par. -, è agevole verificare che, effettivamente, la norma in questione sancisca espressamente, "*nei rapporti interni tra i condebitori solidali*", che la responsabilità debba essere limitata "*al contributo effettivo al danno cagionato*". Come si può facilmente intuire, la norma in parola è, quindi, sostanzialmente inutile, nella misura in cui conferma il regime generale dei rapporti interni fra debitori solidali⁵⁰⁴, peraltro nell'economia di una norma che riconferma il vincolo di solidarietà con gli amministratori e aggiunge anche un "*tra di loro*" che sancisce, per la prima volta apertamente, la solidarietà tra i revisori che si siano succeduti nell'incarico o tra il revisore del bilancio consolidato (c.d. revisore primario) e delle società consolidate (cc.dd. revisori secondari)⁵⁰⁵. La permanenza, quindi, del carattere della solidarietà tra i revisori e gli amministratori,

⁵⁰² Il documento può essere consultato all'indirizzo: http://www.dt.mef.gov.it/export/sites/sitodt/modules/documenti_it/regolamentazione_bancaria_finanziaria/consultazioni_pubbliche/Documento-di-consultazione-ottava-direttiva.pdf

⁵⁰³ P. 65 doc. cit.

⁵⁰⁴ Punto sottolineato concordemente dalla dottrina: AMATUCCI, *La limitazione della responsabilità del revisore*, cit., p. 873; SALERNO, *La responsabilità del revisore tra nuove incertezze*, cit., p. 989. Un tentativo di spiegare l'esistenza di questa "norma bandiera" è tentato da GIUDICI, *La responsabilità civile del revisore legale*, cit., p. 35, affermando che per tale via si sarebbe voluto assicurare i *network* internazionali, sancendo *apertis verbis* un criterio di ripartizione del danno non così chiaro in altri Paesi (in particolare gli Stati Uniti).

⁵⁰⁵ Con particolare riguardo all'ipotesi della responsabilità tra i revisori succedutisi nell'incarico, se da un lato non mancano sostenitori di questa ipotesi (SALERNO, *La responsabilità del revisore tra nuove incertezze*, cit., p. 989; BUSSOLETTI, *Bilancio e revisione contabile*, cit., p. 1164, anche se quest'ultimo Autore la considera un'ipotesi poco probabile), si registra anche l'opinione contraria di GIUDICI, *La responsabilità civile del revisore legale*, cit., p. 35, secondo il quale una tale ricostruzione contrasterebbe con l'art. 1223 Cod. Civ.

quanto all'eventuale obbligazione risarcitoria, fa riemergere alcune problematiche che la dottrina aveva già in altri tempi evidenziato studiando il rapporto tra amministratori e sindaci. Ci si riferisce, in particolare, alla necessità di comprendere come tale solidarietà sia chiamata a operare in sede di ripartizione delle quote parti di danno imputabile, sia all'esterno (cioè, nei rapporti tra creditori-danneggiati e condebitori) che all'interno in sede di regresso⁵⁰⁶.

Se da un lato, infatti, il dibattito *de iure condendo* sopra esaminato attiene essenzialmente agli aspetti esterni della solidarietà in parola, non mancano dubbi anche in relazione al c.d. "lato interno" - per usare un'espressione di autorevole dottrina civilistica⁵⁰⁷ - delle obbligazioni solidali, cioè l'azione di regresso. Partendo, infatti, dall'ovvia considerazione che amministratori e revisori rispondono di obbligazioni diverse, anche se connesse (da un lato quella gestoria, dall'altro quella di controllo nei termini già delineati nel corso del Cap. 2)⁵⁰⁸, si è segnalato come non si dovrebbe dare ingresso alla possibilità di agire in regresso, da parte degli amministratori, nei confronti dei revisori, poiché altrimenti opinando, si realizzerebbe una surrettizia parificazione tra autori del danno e controllori a cui sia rimproverabile la *culpa in vigilando*⁵⁰⁹. Sul punto si devono svolgere alcune considerazioni. Se da un lato pare ovvio che la maggiore responsabilità per danni che sono stati provocati con

⁵⁰⁶ A proposito della quale si rimanda a FURGIUELE, *La responsabilità da controllo, in Il collegio sindacale - le nuove regole* (a cura di ALESSI-ABRIANI-MORERA), Milano, 2007, pp. 436 ss. In particolare tale dibattito ha avuto particolare risalto a seguito di una oramai risalente sentenza di Cassazione (30 luglio 1980, n. 4981, in *Riv. dir. comm.*, 1981, II, pp. 1 ss, con nota critica di CHIOMENTI, *La solidarietà "dimezzata" (dalla Cassazione) dei sindaci con gli amministratori per i fatti o le omissioni dannose di questi*), che aveva limitato il risarcimento dei sindaci alla quota parte direttamente attribuibile alla negligenza dei sindaci, e non al danno nella sua interezza. Osservazioni critiche a tale modo di intendere la solidarietà *ex art. 2407 c. 2* si rinvengono anche in ADIUTORI, *Sulla responsabilità solidale dei sindaci (art. 2407 secondo comma Codice Civile)*, in *Fall.*, 1982, pp. 1128.

⁵⁰⁷ DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, 1979, p. 319.

⁵⁰⁸ Nell'ambito delle responsabilità societarie è d'uso infatti ricorrere alla categoria della c.d. solidarietà "impropria", cioè di quella tipologia di obbligazioni solidali che si caratterizzano, per l'appunto, per l'assenza della c.d. *eadem causa obligandi*. Si evidenzia peraltro come nella dottrina civilistica sia discusso se l'unicità della fonte del rapporto obbligatorio sia effettivamente un requisito essenziale delle obbligazioni solidali: per tale impostazione tradizionale v. RUBINO, *Obbligazioni alternative, solidali, divisibili e indivisibili*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1963, pp. 131 ss. Nel caso delle obbligazioni risarcitorie tale problema sembra passare in secondo piano, tenuto conto che in tali casi è semmai l'unicità dell'evento dannoso a svolgere tale funzione: cfr. CARINGELLA, *Manuale di diritto civile*, vol. 2, pp. 215-216 che riprende il pensiero già sviluppato da DE ACUTIS, *Solidarietà in eadem causa in presenza di diverse forme contrattuali di responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, pp. 360 ss e da BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974, p. 144. Senza entrare in complessi dibattiti, preferiamo mantenere tale termine a fini meramente descrittivi, per segnalare appunto l'incontestabile diversità di fonti e di doveri tra i soggetti coinvolti.

⁵⁰⁹ AMATUCCI, *La limitazione della responsabilità del revisore*, cit., pp. 870-871. Tale posizione, con tutta probabilità, trova origine nel pensiero tradizionale riguardo al regresso tra amministratori e sindaci: cfr. FRÈ, *Società per azioni*, Tomo 1°, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1972, p. 566.

dolo, e la conseguente esclusione del regresso, pare indiscutibile⁵¹⁰; a parità di stato soggettivo - assumendo cioè che nei confronti del revisore e degli amministratori, specie alla luce della possibile diversità di funzioni ricoperte⁵¹¹, sia ipotizzabile una responsabilità meramente per colpa - è ben possibile che la posizione dei componenti dell'organo gestorio - in particolare, i membri non esecutivi, che come noto sono gravati essenzialmente da compiti di controllo e valutazione degli assetti organizzativi della società, nonché della concreta gestione posta in essere dagli esecutivi e dalla tecnostruttura societaria - possa essere meno rimproverabile di quella dei revisori, lasciando quindi spazio a una loro azione di regresso contro i revisori. Tale possibilità, che peraltro trarrebbe spunto anche dalla rilevante ampiezza dei poteri di verifica del revisore rispetto a quelli degli amministratori non operativi, andrebbe comunque valutata caso per caso e a seconda del tipo di addebito mosso nei confronti dei controllori dei conti⁵¹².

6. La responsabilità del responsabile della revisione e dei dipendenti

Come si è potuto constatare sopra, sin dal D.P.R. del 1975 il legislatore ha previsto che, in solido con la società di revisione, anche il responsabile della revisione - figura che abbiamo avuto modo di delineare nel corso del Cap. 2 - e i singoli dipendenti⁵¹³ che abbiano concretamente partecipato all'espletamento dell'incarico

⁵¹⁰ Tale ipotesi probabilmente corrisponde al caso più comune nella prassi: è del resto il caso "tipico" di falsificazione del bilancio da parte degli amministratori, e giudicato positivamente da parte dei revisori per negligenza. Si deve però tenere conto del fatto che spesso la responsabilità del revisore può scaturire anche da altri fattori, in particolare la mancata scoperta - per via di esercizio negligente dell'attività - di fatti censurabili (responsabilità che risulta aggravata ove si voglia seguire l'insegnamento di Cons. Stato, 10 luglio 2002, n. 3845 in *Foro Amm.*, TAR, 2002, pp. 3010 con di ROSSI, *Gli obblighi di disclosure delle società di revisione contabile* e di T.A.R. Lazio, 21 marzo 1997, in *Foro. It.*, 1997, p. 309 secondo le quali le irregolarità denunciande possono anche non avere impatto contabile) che dovrebbero essere pertanto comunicati agli organi sociali (arg. ex art. 2409septies Cod. Civ.). Per alcuni riferimenti al tema cfr. *supra* Cap. 2.

⁵¹¹ La possibilità, infatti, di articolare le specifiche attribuzioni dei componenti del consiglio di amministrazione, secondo il c.d. *monitoring board*, è come noto uno dei tratti salienti della riforma societaria del 2003 (cfr. art. 2381 cc. 3, 5 Cod. Civ.).

⁵¹² Come abbiamo visto sopra, infatti, una negligenza del revisore "superiore" a quella dei non esecutivi verrebbe in rilievo soprattutto nel caso di mancata scoperta di fatti censurabili o di violazioni normative (assumendo in particolare rilevanza i più penetranti poteri di cui è tributario il revisore rispetto al mero potere di richiedere informazioni - in consiglio - di questi ultimi). Nel caso invece di irregolarità contabili il quadro muterebbe sensibilmente, poiché in quest'ultimo caso, come evidenziato dalla dottrina, è concettualmente impossibile che il controllore possa essere "più negligente" del soggetto tenuto a compiere l'atto sottoposto a revisione (cioè, il bilancio). Considerazioni simili, in relazione al rapporto amministratori-sindaci, vengono espresse da CAVALLI, *I sindaci*, in (a cura di COLOMBO-PORTALE), vol. 5, Torino, 1988, p. 178.

⁵¹³ Alcuni Autori hanno sottolineato come, in assenza di previsioni specifiche in materia, la nozione di dipendenti, secondo le nozioni giuslavoristiche, dovrebbe a rigore applicarsi solo ai lavoratori subordinati a tempo indeterminato, lasciando quindi fuori dall'ambito applicativo della norma in

siano responsabili per i danni arrecati alla società revisionata, oltre che ai terzi⁵¹⁴. A tal riguardo, la dottrina ha discusso a lungo su quale possa essere il fondamento teorico di tale forma di responsabilità. Da un lato, alcuni Autori avevano fatto riferimento al carattere personale della prestazione, o comunque su una sostanziale assimilabilità del compito del responsabile a quella di un libero professionista, in un'impostazione del resto coerente con una qualificazione del contratto di revisione in termini di contratto d'opera professionale⁵¹⁵; responsabilità che quindi si poteva sommare senza gravi complicazione dogmatiche a quella della società di revisione, stante il carattere di strumentalità rispetto all'adempimento di un obbligo contratto dalla società medesima. Dall'altro, non sono invece mancate interpretazioni che si potrebbero definire "funzionali", volte a valorizzare in particolare la *ratio* della stessa, a prescindere da considerazioni di tipo sistematico (in termini cioè di riconciliazione della legislazione speciale con i principi codicistici, tentato dalla dottrina sopra citata). Secondo questo secondo orientamento, dalla norma potrebbero desumersi due funzioni: in primo luogo, l'imposizione di un ulteriore vincolo solidale, che andrebbe a maggior tutela delle ragioni dei creditori-danneggiati⁵¹⁶, e in secondo la *voluntas legislatoris* di aumentare la funzione deterrente della norma sulla responsabilità civile⁵¹⁷: su di un piano sistematico i fautori di quest'ultimo orientamento erano portati a ritenere che la responsabilità fosse in particolare ascrivibile al responsabile della revisione e ai dipendenti, e che la norma fosse una specificazione - quanto alla società di revisione - delle norme generali in tema di responsabilità per fatto degli ausiliari (art. 1228 Cod. Civ.). Un'ultima ipotesi, sostenuta da autorevolissima

commento coloro che abbiano collaborato all'espletamento dell'incarico a titolo diverso: JAEGER-DENOZZA-TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale*, vol. 1, Milano, 2010, p. 417. Si pensi ad es., al fatto che l'abrogato art. 2409*sexies* faceva riferimento a "i soggetti che hanno effettuato il controllo contabile".

⁵¹⁴ Si potrebbe piuttosto inferire, rispetto alla norma del 1975, come essa sembrava posto proprio allo scopo di prevedere tale forma di responsabilità *in solidum*, altrimenti quantomeno difficilmente ricavabile dal sistema. Si deve tenere conto infatti del fatto che all'epoca, come è stato evidenziato in precedenza, la responsabilità della società di revisione - sia verso la società che verso i terzi - venisse ricondotta alle categorie generali (contrattuale/aquiliana, rispettivamente), senza quindi la necessità di una norma specifica in materia.

⁵¹⁵ Cfr., *supra* Cap. 2 par. 1. Per tale impostazione v. BUSSOLETTI, *Le società di revisione*, cit., 316 s.; ID., *Società di revisione*, *Enc. Dir.*, Milano, 1990, XLII, 1092; PARTESOTTI, *La società semplice*, cit., p. 31.

⁵¹⁶ Tale ipotesi aveva particolarmente senso nel contesto del D.P.R. 136 e del diritto vigente all'epoca, se si tiene conto che mancava la statuizione legislativa della solidarietà del revisore con gli organi sociali. Sia consentito il rinvio a FORMISANI, *sub art. 2409sexies*, in *Commentario breve al diritto delle società* (a cura di MAFFEI ALBERTI), cit., p. 908.

⁵¹⁷ BONELLI, *La responsabilità della società di revisione nella certificazione*, cit., p. 973; ROSSI, *Revisione contabile e certificazione obbligatoria*, cit., p. 194 ss.

dottrina ma rimasta sostanzialmente inesplorata, è quella che intende la responsabilità in commento come una forma di garanzia assimilabile a quella prevista dall'art. 2339 Cod. Civ. per i promotori di società per azioni costituite per mezzo di pubblica sottoscrizione⁵¹⁸

Venendo più strettamente al dato positivo, e in particolare al testo vigente della disposizione, sono in particolare tre gli aspetti su cui si è concentrata l'attenzione dei Commentatori. Tutte e tre le tematiche emergono comparando il c. 2 dell'art. 15 con il sopra esaminato c. 1 del medesimo articolo. *In primis*, risulta mancante il riferimento ai soci come soggetti legittimati al risarcimento dei danni patiti (presente invece al c. 1): tale difetto di coordinamento interno all'articolo in commento discende, con tutta probabilità, al recepimento del "vecchio" c. 2 dell'art. 164 T.U.F.⁵¹⁹, anche se bisogna comunque rimarcare come tale svista del legislatore non finisca poi per creare notevoli problemi pratici, in quanto - come si può ricavare da una lettura sistematica del c. 1 - la posizione del socio, quale "danneggiato diretto", è equiparabile a quella del terzo e, pertanto, anche in assenza di un esplicito riferimento, i soci potranno a questi fini rientrare nella "macro-categoria" dei terzi⁵²⁰. Meno comprensibile è la discrasia in tema di titoli di responsabilità tra i due commi: se al c. 1 il richiamo è solo agli "inadempimenti ai loro doveri", nel c. 2 si riaffaccia quella che era stata icasticamente definita "la solita endiadi"⁵²¹, e cioè la menzione dei "propri inadempimenti o da fatti illeciti". Aldilà dell'indubbia illogicità della stesura della disposizione, la questione assume particolare rilievo ove, nell'ambito del dibattito sulla natura della responsabilità in parola, si voglia desumere dalla lettera della legge degli indizi per risolvere tale *querelle*. Alcuni commentatori, difatti, avevano enfatizzato l'eliminazione del richiamo ai fatti illeciti nell'abrogato 2409*sexies*⁵²², senza tenere conto che dalla riforma del 2003 non sembrava potersi effettivamente cogliere una direzione univoca, non solo per la permanenza dell'endiadi nell'(all'epoca vigente) art. 164 T.U.F., ma anche (e soprattutto) perché

⁵¹⁸ PORTALE, *La società quotata nelle recenti riforme*, in (a cura di TOMBARI), *La società quotata dalla riforma del diritto societario alla legge sul risparmio*, Torino, 2008, p. 15.

⁵¹⁹ "I responsabili della revisione e i dipendenti che hanno effettuato l'attività di revisione contabile sono responsabili, in solido con la società di revisione, per i danni conseguenti da propri inadempimenti o da fatti illeciti nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati."

⁵²⁰ Tale ricostruzione sembra supportata dal testo della Relazione illustrativa al Decreto che parla di un "estensione" ai soggetti in parola della "responsabilità di cui al c. 1".

⁵²¹ SANTARONI, *La responsabilità del revisore*, cit., p. 199.

⁵²² Cfr. PRESTI, *La responsabilità del revisore*, cit., p. 164.

nell'ambito del medesimo intervento di riforma, e in particolare nell'ambito del D. Lgs. 37/2004 (che ha operato il coordinamento della riforma societaria con le norme del T.U.B. e del T.U.F.), il legislatore aveva di nuovo inteso riferirsi a entrambe le categorie⁵²³. A tale ordine d'idee si era peraltro risposto teorizzando che l'espressione "inadempimento" volesse fare esclusivo riferimento al fatto naturalistico della condotta del revisore; fatto che avrebbe trovato collocazione giuridica in senso aquiliano o contrattuale a seconda del soggetto danneggiato: in altre parole, secondo questa impostazione il legislatore avrebbe soltanto fatto riferimento alla circostanza che il medesimo fatto storico poteva porsi a fondamento sia di un inadempimento che di un fatto illecito⁵²⁴. Tenuto conto di ciò, quindi, i problemi di coordinamento tra i due commi non dovrebbero essere esasperati, trattandosi di un errore materiale che non inficia (o favorisce, a seconda dei punti di vista) la possibilità di ricondurre la responsabilità in esame alle macro-categorie codicistiche, sulla base di un'esegesi necessariamente sistematica, vista per l'appunto l'impossibilità di giungere a un qualche approdo facendo ricorso a un sì incerto atteggiarsi del dato legislativo, incertezza che oramai sembra essere divenuta - paradossalmente - una vera e propria costante⁵²⁵.

L'ultimo aspetto ad aver attirato i commenti della dottrina, scaturente dal già dimostrata mancanza di coordinazione interna alla norma, è sicuramente anche quello che ha maggiormente interessato gli Autori. Il tema attiene all'interpretazione della clausola finale in tema di "*contributo effettivo*" alla causazione del danno, che nel caso in esame non contiene un riferimento (come invece nel c. 1) ai rapporti interni tra condebitori. E' difatti difficile comprendere se anche in questo caso si tratti di un ulteriore errore del legislatore delegato, e che quindi anche in questo caso la valutazione del contributo causale alla produzione del danno debba rilevare solo sul piano interno (come nel caso del c. 1, e secondo i principi generali in tema di

⁵²³ Nello specifico, l'art. 4 c. 1 lett. a) del D. Lgs. cit. aveva modificato l'oggi abrogato D. Lgs. 5/2003 (istitutivo del c.d. rito societario), onde ricomprendere anche le azioni di responsabilità contro i revisori dei conti nell'ambito di applicazione di tale nuovo rito, aggiungendo all'art. 1 lett. a) D. Lgs. ult. cit., per l'appunto, le azioni "*per i danni derivanti da propri inadempimenti o da fatti illeciti commessi nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati*".

⁵²⁴ MAGGIOLINO, *sub art. 2409quater*, in in (a cura di GHEZZI) *Collegio sindacale - Controllo contabile*, in (a cura di MARCHETTI-BIANCHI-GHEZZI-NOTARI), *Commentario alla riforma delle società*, cit., p. 586.

⁵²⁵ Parla espressamente di "svista" SPIOTTA, *La responsabilità civile del revisore legale in base all'art. 15*, cit., p. 700. Pecca al contrario di apriorismo la posizione di AMATUCCI, *La limitazione della responsabilità del revisore*, cit., p. 878, ove afferma che l'incongruenza discenda dalla mera permanenza del richiamo ai fatti illeciti, sottovalutando il dato normativo a scapito di una costruzione teorica che comunque deve sempre essere valutata alla luce di quanto affermato dal legislatore.

solidarietà passiva)⁵²⁶, ovvero se della previsione sia possibile dare una qualche interpretazione utile, volta quindi ad attribuirle un significato autonomo rispetto alla norma sulla responsabilità della società di revisione. A tale filone possono essere ascritte due diverse ipotesi ricostruttive: da un lato, chi ritiene che il legislatore abbia effettivamente inteso introdurre una vera e propria responsabilità parziaria, specie a tutela dei giovani dipendenti delle società di revisione, per i quali potrebbe essere sembrato iniquo il rischio di risarcire il danno per l'intero⁵²⁷; dall'altro vi è invece chi ha sostenuto che la norma intenda porre una ripartizione all'imputazione dei danni, sotto il profilo temporale, qualora si siano succeduti più soggetti nell'esercizio dell'attività⁵²⁸.

La dottrina ha avuto peraltro modo di segnalare come i partecipanti all'attività di controllo potranno comunque andare esenti da responsabilità qualora segnalino, in sede di redazione delle carte di lavoro, attestino di aver segnalato alla società di revisione la sussistenza di casi dubbi, che debbono quindi essere oggetto di scrutinio e valutazione approfondita. In tale caso, l'eventuale scelta dei superiori di non approfondire tali aspetti potrebbe comportare una responsabilità per la società, ma non per il singolo dipendente: tale prospettiva, infatti, intende per tale via valorizzare il fatto che il legislatore abbia inteso statuire una responsabilità *per fatto proprio* dei dipendenti⁵²⁹. Riguardo a questa specifica ipotesi, assumerebbe rilevanza in particolare la posizione del responsabile della revisione, che al contrario non potrebbe mai fruire di una simile esimente, proprio in quanto soggetto che - secondo l'interpretazione dominante - è chiamato a dissipare eventuali dubbi, acquisendo dati quanto più possibili certi ai fini dell'espressione dell'*opinion* sul bilancio: in altri termini, per quanto sia (come abbiamo visto) ben possibile esprimere un giudizio con

⁵²⁶ BUTA, *sub art. 15*, in cit., p. 176; SPIOTTA, *La responsabilità civile del revisore legale in base all'art. 15*, cit., p., p. 703).

⁵²⁷ SALERNO, *La responsabilità del revisore tra nuove incertezze*, cit., p. 998.

⁵²⁸ GIUDICI, *La responsabilità civile del revisore legale*, cit., p. 37; AMATUCCI, *La limitazione della responsabilità del revisore*, cit., p. 871.

⁵²⁹ Cfr., in particolare: BUSSOLETTI, *Le società di revisione*, cit., p. 331; NUZZO, *sub art. 164*, in (a cura di ALPA-CAPRIGLIONE) *Commentario al Testo Unico*, cit., p. 1510. A tal fine rileva in particolare l'abolizione, da parte del Testo unico del 2010, del libro della revisione previsto in precedenza dall'art. 2409ter Cod. Civ. e dall'art. 155 c. 3 T.U.F.. Tale libro era tenuto presso la sede della società revisionata proprio allo scopo di mantenere evidenza dei controlli effettuati: ne consegue che pertanto sono oggi le carte di lavoro tenute dal revisore ad attestare il programma di lavoro determinato e le verifiche svolte (cfr. ASSIREVI, *Verifiche periodiche della regolare tenuta della contabilità sociale*, Documento di ricerca 160/2011, p. 4).

riserve, queste non possono derivare dalla mancata valutazione di situazioni dubbie⁵³⁰.

⁵³⁰ SASSO, *sub art. 2409sexies*, in *Il nuovo diritto delle società* (a cura di MAFFEI ALBERTI), Padova, 2005, p. 1110; ID. *Il bilancio d'esercizio nelle società per azioni*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino, 2004, vol. 2, p. 978.

Capitolo 5

La supervisione pubblica e la disciplina di mercato

1. Introduzione

Il complesso di regole che gli ordinamenti finanziari moderni hanno predisposto per regolamentare lo svolgimento della revisione dei conti comporta la necessità che vengano determinati i soggetti incaricati di assicurare l'*enforcement* di questa normativa: in nessun sistema giuridico moderno, infatti, l'attività di "polizia" sulla revisione dei conti è completamente lasciata alla *litigation* tra i privati e i revisori - sebbene, specie negli Stati Uniti, si sia a lungo sostenuto che il c.d. *private enforcement* fosse la strada maestra per assicurare una revisione dei conti efficace ed efficiente (seguendo sul punto il noto approccio della *regulation through litigation*⁵³¹). Premesso questo dato, che ovviamente si spiega alla luce dell'insopprimibile esigenza - tipica di ogni branca dell'ordinamento - di individuare uno o più organi chiamati a svolgere funzioni di "polizia"⁵³², l'analisi comparatistica mostra, però, come le soluzioni adottate a livello nazionale tendano a variare sensibilmente.

Vi sono, infatti, numerose variabili che possono influire sull'architettura della vigilanza pubblica sui revisori: il primo fattore che può essere citato è l'attribuzione o meno di competenze (anche) a favore degli enti esponenziali della professione, che di regola assumono natura privatistica⁵³³: ciò può trovare fondamento nella circostanza che, nella stragrande maggioranza dei casi, sono tali organi a predisporre la normativa

⁵³¹ Sul tema si rinvia al volume collettaneo curato da VISCUSI, *Regulation through litigation*, Washington, 2002.

⁵³² Nel caso dell'Unione europea, tale necessità "ontologica" è anche un vero e proprio dovere giuridico: ai sensi dell'art. 32 Dir. 2006/43, la definizione di un "*efficace sistema di controllo pubblico*" è espressamente imposto agli Stati membri dell'U.E., anche se la medesima lascia poi ampia discrezionalità a questi ultimi relativamente al conseguimento di questo obiettivo - al netto delle funzioni minime elencate dal c. 4 della disp. cit. -, come rilevato da GARGANTINI, *sub art. 22*, in (a cura di DE LUCA) *La revisione legale dei conti annuali e consolidati*, cit., p. 207.

⁵³³ Senza pretesa di esaustività, sarebbe peraltro necessario rilevare che anche tale dato non è di per sé indefettibile, in quanto in molti Paesi (incluso il nostro) le organizzazioni professionali, pur mantenendo il carattere di rappresentanza e di autogoverno delle professioni, in virtù della rilevanza sociale dell'esercizio della professione sono qualificate come enti pubblici e pertanto sottoposte a una rigida disciplina pubblicistica, spesso attuata per mezzo della vigilanza del Ministero competente per materia: per alcuni cenni sull'ordinamento italiano cfr. PISCIONE, voce *Professioni*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, pp. 1049 ss.; GESSA, voce *Ordini e collegi professionali*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990, pp. 1 ss.; TERESI, voce *Ordini e collegi professionali*, in *Dig. Disc. Pubblicistiche*, XIII, Torino, 1995, pp. 450 ss.

professionale - dell'importanza della quale abbiamo avuto già modo di parlare *supra* - : di conseguenza, anche in base al posizionamento che il legislatore intende assicurare a tali disposizioni nell'ambito del sistema delle fonti del diritto⁵³⁴, si potranno immaginare diverse forme di rapporti con gli enti pubblici⁵³⁵. Ad es., negli ordinamenti di *common law* il modello di autoregolamentazione da parte della professione era sicuramente dominante prima dell'introduzione negli Stati Uniti del *Sarbanes Oxley Act*. Come noto quest'atto normativo ha previsto la costituzione di un organismo (il *Public Companies Accounting Oversight Board*, PCAOB) del quale, per quanto qualificato dalla legge istitutiva come ente privatistico *non-profit*⁵³⁶, in tempi recenti la Corte Suprema americana ha affermato la natura pubblicistica⁵³⁷. Nel Regno Unito, al contrario, il modello è rimasto fondato sulla *self-regulation*, e in particolare sul ruolo del *Financial Reporting Council* (FRC), responsabile in particolare della vigilanza sulle associazioni professionali, che peraltro necessitano di essere riconosciute dallo stesso: il modello britannico, in particolare, assegna proprio a queste ultime il compito di verificare l'operato dei soggetti iscritti e di adottare, se del caso, i relativi provvedimenti disciplinari⁵³⁸. In seno al FRC opera inoltre il *Conduct Committee*, incaricato di supervisionare l'attività della *conduct division* del FRC, cioè l'ufficio incaricato di assicurare il rispetto della normativa di riferimento⁵³⁹.

⁵³⁴ Si tratta in parte delle problematiche che sono state segnalate nel corso del Cap. 2 trattando dei Principi ISA. Di regola, infatti, nel caso in cui il legislatore intenda assegnare valore cogente ai principi professionali, si renderebbe necessaria una qualche forma di intermediazione da parte di organi pubblici, che può ovviamente assumere le forme più diverse (*dall'endorsement* previsto dalla direttiva 2006/43 alla "raccomandazione" da parte della CONSOB prevista dall'abrogato art. 162 T.U.F. nella versione antecedente la l. 262/2005)

⁵³⁵ In molti ordinamenti, le organizzazioni professionali sono responsabili anche della gestione dell'albo professionale: tale circostanza comporta, di regola, la potestà di gestione dell'esame di accesso e l'adozione dei provvedimenti disciplinari nei confronti dei soggetti iscritti.

⁵³⁶ *Sec.* 101 l. cit.

⁵³⁷ Si veda la sentenza *Free Enterprise Fund et al. v. PCAOB et al.* (561 U.S. 477 (2010)), commentata nella dottrina italiana da GUACCERO, *Modelli di controllo dell'attività di revisione contabile e incostituzionalità del Sarbanes-Oxley Act*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2011, pp. 763. Per un commento alla sentenza nella dottrina americana v. STAPLER, *The Auditor for the auditors' auditor: accounting for the unitary executive in Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board*, in (38) *Pepperdine Law Review*, 2011, pp. 709 ss.

⁵³⁸ E' interessante notare come i poteri del FRC discendano da un atto di delegazione di funzioni amministrative da parte del *Secretary of State* responsabile del *Department of Business, Innovation and Skills* in favore del FRC: si concretizza quindi un ulteriore modello di rapporto tra organismi pubblici e privati.

⁵³⁹ Il *Conduct Committee* ha sostituito il *Public Oversight Board*, organo indipendente ma collegato al FRC costituito nel 2004. Le funzioni dell'ente sono state oggi "re-internalizzate" e riportate nell'alveo del FRC, in particolare proprio mediante la costituzione del comitato in parola.

Un ulteriore elemento di particolare rilevanza riguarda - come del resto anche in altri casi di definizione delle architetture di supervisione - l'attribuzione di compiti a un organismo unico o la frammentazione delle funzioni in capo a più soggetti. Non mancano, al contrario, esempi di Paesi in cui tutte le funzioni "tradizionali" delle autorità di vigilanza sono state concentrate in capo a un unico ente⁵⁴⁰, al quale pertanto vengono (come del resto, nel caso del PCAOB statunitense) assegnate compiti sia regolamentari, che di controllo e sanzionatori, in uno con l'attribuzione (quantomeno) di autonomia funzionale rispetto al governo: si pensi, ad es., all'*Haut Conseil du commissariat aux comptes* francese o all'*Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas* spagnolo. Nel secondo caso, un filone di particolare interesse è la possibile convivenza - come nel caso italiano, sul quale torneremo diffusamente *infra* - tra Organi di vigilanza "tecnici" (spesso, per l'appunto, vere e proprie *authorities*) e Organi di natura politico-ministeriale: in quest'ipotesi, i criteri di riparto tra le Autorità possono essere tra i più vari, anche se di regola esso tende a essere basato sulla natura degli enti sottoposti a revisione. Allo stesso tempo, sempre in relazione a quest'ultima ipotesi, è di pari importanza anche che tipo di rapporto si instaura tra i vari enti: ad es., nell'ordinamento tedesco la Camera dei professionisti contabili (*Wirtschaftsprüferkammer*, WPK), incaricata in particolare di gestire il registro dei revisori e di esercitare i poteri disciplinari nei confronti degli iscritti, alla luce anche della possibilità di poter condurre ispezioni presso questi ultimi - è soggetta a un controllo gerarchico da parte della Commissione di vigilanza sui revisori (*Abschlussprüferaufsichtskommission*, APAK), Autorità indipendente costituita nel 2005⁵⁴¹. Al contrario non mancano invece casi - come nell'ordinamento italiano - in cui il rapporto si ispira a una logica di coordinamento tra Autorità pariordinate, dotate di autonome sfere di attribuzione.

Premessi questi cenni introduttivi, il Capitolo delinea il quadro posto dalla normativa italiana, dedicando particolare attenzione al tema della *quality assurance*, di certo uno dei principali strumenti di esercizio del controllo pubblico.

⁵⁴⁰ A essere più precisi, occorre rilevare come sia difficile - anche alla luce dell'assenza di una cornice normativa di carattere generale - evidenziare dei poteri "tipici" delle *Authorities*, in quanto il quadro varia grandemente tra le singole Autorità: come categorie generali, tendenzialmente descrittive, si può fare riferimento ai poteri di *regulation* e di *adjudication* (cioè sanzionatori/inibitori): cfr. CIRILLO-CHIEPPA, *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010, pp. 63 ss..

⁵⁴¹ In precedenza, era lo stesso Ministero Federale per le Attività Economiche a controllare l'operato della WPK.

2. La relazione di trasparenza: una forma di controllo diffuso?

Prima di occuparci delle forme più “istituzionalizzate” di vigilanza sui revisori, è opportuno soffermarsi sulla predisposizione di uno strumento introdotto dalla normativa comunitaria (art. 40 Direttiva 2006/43) e trasposta nell’ordinamento nazionale dall’art. 18 D. Lgs. 39/2010. Si tratta della c.d. relazione di trasparenza, alla presentazione della quale sono tenuti soltanto - ai sensi delle disposizioni sopra menzionate - i revisori e le società di revisione che svolgono la loro attività presso almeno un EIP. Nello specifico, a tali soggetti viene richiesto di predisporre “entro tre mesi dalla fine di ogni esercizio sociale” un documento da pubblicare sul proprio sito internet⁵⁴², contenente le seguenti informazioni:

- “a) una descrizione della forma giuridica e della struttura proprietaria e di governo;
- b) una descrizione dell'eventuale rete di appartenenza e delle disposizioni giuridiche e strutturali che la regolano”

I dati in parola sono funzionali alla comprensione delle caratteristiche generali della società di revisione: particolare rilievo viene accordato all’eventuale rete, anche ai fini - come si vedrà in seguito - della valutazione dei presidi a tutela dell’indipendenza del revisore.

- c) una descrizione del sistema di controllo interno della qualità e una dichiarazione dell'organo di amministrazione o di direzione, in ordine all'efficacia del suo funzionamento;
- d) l'indicazione della data in cui è stato svolto l'ultimo controllo della qualità;
- g) una dichiarazione relativa all'adozione di misure idonee a garantire la formazione continua;

Tralasciando per ora il tema della *quality assurance*, che sarà oggetto del successivo par. 4, si deve osservare come la richiesta di fornire al mercato informazioni sulla struttura interna della società di revisione, e in particolare sul proprio SCI, è espressione alquanto significativa di un’attenzione che il legislatore ha posto sul tema della *governance* della società di revisione: in altri termini, i *policymakers* hanno compreso l’importanza di una corretta ed efficace architettura di governo della società

⁵⁴² Si desume implicitamente che i soggetti in parola sono obbligati ad avere un sito internet, onde ottemperare all’obbligo in commento: cfr. ASSONIME, Circolare n. 16/2010, *La nuova revisione legale dei conti*, p. 87.

di revisione, ai fini dello stesso svolgimento dell'attività⁵⁴³. In tale contesto, e vista l'importanza che essa assume anche ai fini del rispetto delle norme dell'ordinamento professionale dei revisori, una *governance* ben fatta deve assicurare anche un'adeguata formazione dei dipendenti.

- e) un elenco degli enti di interesse pubblico i cui bilanci sono stati oggetto di revisione legale nell'esercizio sociale precedente;
- f) una dichiarazione relativa all'adozione di misure idonee a garantire l'indipendenza del revisore legale o della società di revisione legale che confermi che è stata effettuata una verifica interna della conformità alle disposizioni in materia di indipendenza;
- h) informazioni finanziarie relative alle dimensioni operative del revisore legale o della società di revisione legale, che indichino almeno il fatturato totale suddiviso tra corrispettivi per la revisione legale, per altri servizi di verifica, per servizi di consulenza fiscale e per altri servizi diversi dalla revisione contabile;
- i) informazioni sulla base di calcolo della remunerazione dei soci.

Si evince chiaramente, dall'elenco sopra riportato, come gran parte della relazione di trasparenza sia dedicata a esporre come la società sta trattando il “rischio dipendenza”, da un lato fornendo dati “diretti” (come ad es., esponendo quali parti dell'*internal governance* sono dedicate alla gestione del tema in questione) e “indiretti” (si noti in particolare il dato sul fatturato e sulla relativa scomposizione, che dovrebbe consentire al lettore di comprendere se il peso assunto dai servizi *non-audit* possa assumere, relativamente a uno o più clienti, un andamento rischioso per l'indipendenza del revisore).

Complessivamente intesa, la norma in commento è, senza tema di smentita, finalizzata ad assicurare una maggiore trasparenza dei destinatari delle prescrizioni⁵⁴⁴, specie nei confronti del mercato, come del resto si desume anche dalla possibilità, per la CONSOB, di poter richiedere “*modifiche e integrazioni alla relazione (...) con le*

⁵⁴³ Un processo molto simile a quello occorso negli ultimi anni nel diritto della finanza, che a livello sub-legislativo (in sede quindi di normativa emanata specie dall'Autorità incaricata della vigilanza prudenziale, cioè la Banca d'Italia) ha visto un'attenzione crescente al tema della *governance* degli intermediari, proprio alla luce degli impatti sulla stabilità e sul contenimento del rischio dei singoli intermediari.

⁵⁴⁴ *Ex multis*: BAUER, *La relazione di trasparenza*, in *Amministrazione e Finanza*, 2010, 12, p. 25: l'articolo presenta una breve, ma interessante analisi empirica sul contenuto delle prime relazioni pubblicate.

modalità e nei termini da essa stabiliti”⁵⁴⁵. Tanto premesso, è possibile ritenere che - a meno, ovviamente, di opinare che la trasparenza debba essere un valore in sé, senza finalità ulteriori - tale flusso informativo sia mirato a consentire una forma diffusa (in quanto coinvolgente gli operatori di mercato nella loro intelligenza) di controllo sull’operato dei revisori, ponendo al centro dell’attenzione (non a caso) proprio i due temi che, con tutta probabilità, sono più a cuore ai partecipanti al mercato: da un lato, la sussistenza di rapporti che possano minare l’indipendenza e (quindi) l’obiettività di giudizio del revisore e dall’altro, la sussistenza di un efficace sistema di controllo interno⁵⁴⁶. Non sarebbe, del resto, il primo caso in cui il legislatore prevede un sistema di controllo diffuso, basato sulla pubblicazione di un particolare *set* informativo, come complemento della vigilanza “istituzionalizzata”: basti pensare alle informative al pubblico richieste alle banche sull’andamento della propria situazione patrimoniale ai sensi del c.d. terzo pilastro dell’Accordo di Basilea⁵⁴⁷, anche in questo caso prevista proprio per stimolare e favorire la c.d. disciplina di mercato.

Al contempo però è necessario osservare come la norma in commento paia carente, se si prende in considerazione l’ipotesi del revisore persona fisica. Da un lato, in questo caso bisogna comprendere come si applicherà il termine per la pubblicazione della relazione (visto che per le persone fisiche non si può ovviamente immaginare un esercizio sociale), dall’altro (ed è questo forse l’aspetto più rilevante) molte delle informazioni (se non la quasi totalità) presuppongono una struttura societaria (si pensi solo alle informazioni sull’assetto proprietario e sul SCI), e sono quindi logicamente incompatibili con l’ipotesi del revisore persona fisica. Con tutta probabilità, il “retro-pensiero” della norma è che, all’atto pratico, i casi di EIP revisionati da persone fisiche saranno molto pochi, e quindi l’attenzione andava calibrata sulle società di revisione: rimane comunque il fatto che, qualora la prassi si

⁵⁴⁵ Sembra quindi difficile sostenere (MELECCHI, *sub* art. 10, in *Appendice*, in (a cura di VELLA) *Commentario al T.u.f.*, Torino, 2012, p. 2022) che alcune delle informazioni contenute nella relazione possano essere finalizzate a garantire, in favore dell’Organo di Vigilanza, un flusso informativo funzionale all’esercizio dei propri compiti: semmai, è tra le funzioni di quest’ultima che rientra proprio la verifica che la *disclosure* nei confronti del mercato sia completa e non fuorviante (esercitando un potere che, difatti, ricorda quello previsto in tema di prospetti ai sensi dell’art. 94 c. 5 T.U.F.).

⁵⁴⁶ I due profili sono strettamente connessi, nella misura in cui l’organizzazione della società di revisione deve essere in grado di garantire che le strutture societarie siano in grado di gestire adeguatamente anche il “rischio dipendenza”.

⁵⁴⁷ La terza edizione dell’Accordo è, come noto, stata adottata al termine del 2010 (COMITATO DI BASILEA, *Basilea 3 – Schema di regolamentazione internazionale per il rafforzamento delle banche e dei sistemi bancari*, gennaio 2011). confermando l’approccio regolamentare basato su tre pilastri, dei quali il terzo è dedicato proprio a tale sistema di *disclosure*. Si veda, in particolare, l’art. 53 c. 1 lett *dbis*) T.U.B., sui poteri normativi in materia della Banca d’Italia (esercitati con la Circ. n. 285 del 17 dicembre 2013, Tit. IV Sez. VII).

dovesse discostare dalla “presupposizione” del legislatore, la funzione informativa (e di vigilanza, intesa nel senso lato sopra delineato) verrebbe a essere seriamente compromessa.

3. Il riparto di competenze tra MEF e CONSOB. Poteri delle Autorità di vigilanza

A prima vista, l’assetto delineato dal legislatore delegato sembra segnare una certa discontinuità con il regime previgente. Prima del 2010, difatti, il criterio di riparto tra l’Autorità ministeriale (all’epoca il Ministero della Giustizia) e la CONSOB era costituito dalla forma con cui l’attività era esercitata: in altri termini, l’attività dei revisori persone fisiche ricadeva sotto il controllo del Ministero, in quanto ente preposto alla gestione del registro dei revisori costituito ai sensi del D. Lgs. 88/1992 e all’adozione dei provvedimenti di rigore previsti dagli artt. 9 e 10 D. Lgs. cit. (la sospensione a seguito dell’accertamento di fatti che compromettano gravemente “*l’idoneità al corretto svolgimento delle funzioni di controllo dei conti*” e la cancellazione in caso di insussistenza dei requisiti per l’iscrizione nel registro); mentre la CONSOB era preposta alla vigilanza delle società di revisione iscritte nell’albo speciale di cui all’art. 161 T.U.F., potendo pertanto esercitare i poteri normativi (raccomandazione, poi vero e proprio potere di statuizione dei principi di revisione applicabili), ispettivi e informativi posti dall’art. 162 allo scopo di verificare l’indipendenza e l’idoneità tecnica delle società iscritte, adottando nel caso di carenze o irregolarità le variegate sanzioni (dall’irrogazione di sanzioni pecuniarie, passando per l’intimazione a cessare la condotta vietata, sino alla cancellazione dall’albo) previsti dal successivo art. 163. Se si analizzano le norme abrogate con maggiore dettaglio, si può notare come il vero fattore dirimente fosse la natura del soggetto sottoposto a revisione, dal momento che le società quotate potevano essere sottoposte a revisione solo da revisori costituiti in forma societarie e iscritti nell’albo previsto dal T.U.F.: tale riserva di attività, rendendo non “intercambiabile” il revisore persona fisica con le società di revisione, finiva quindi per attribuire rilievo decisivo al tipo di ente revisionato.

Nel sistema attuale, quest’ultimo criterio di riparto viene “esplicitato” dall’ordinamento: ai sensi dell’art. 21 c. 1 D. Lgs. 39/2010 il Ministero dell’Economia

e delle Finanze (MEF)⁵⁴⁸ è competente a esercitare il controllo della qualità e il rispetto delle disposizioni del D. Lgs. cit. “*da parte dei revisori legali e delle società di revisione legale che non hanno incarichi di revisione legale su enti di interesse pubblico*”, mentre la CONSOB, a mente dell’art. 22 c. 1 vigila “*sull’organizzazione e sull’attività dei revisori legali e delle società di revisione che hanno incarichi di revisione legale su enti di interesse pubblico, per controllarne l’indipendenza e l’idoneità tecnica*”⁵⁴⁹⁵⁵⁰. La ripartizione viene oggi resa espressa dal momento che, nel recepire la Direttiva 2006/43 (e in particolare le disposizioni dettate dagli artt. 15 ss.), il legislatore delegato ha unificato i due albi, creando un unico registro dei revisori (artt. 6-8 D. Lgs. 39) gestito e regolamentato dal MEF⁵⁵¹. In conseguenza di ciò, l’art. 21 c.1 ha assegnato al MEF anche i poteri di vigilanza più strettamente connessi alla menzionata potestà di gestione del registro (disciplina della procedure di abilitazione e della formazione continua: rispettivamente lett. a) e c)), in uno con il potere di adottare i provvedimenti già previsti dal D. Lgs. 88/1992 (cioè, la cancellazione dal Registro in caso di insussistenza dei requisiti per l’iscrizione, previa notifica all’interessato degli addebiti con contestuale assegnazione di un termine “*non superiore a sei mesi*” per rimediare: art. 6 cc. 2, 3)⁵⁵².

Tanto premesso, è facile osservare quindi che - come del resto avevamo fugacemente osservato in apertura di capitolo - che il sistema italiano si caratterizza per una serie di peculiarità. In primo luogo, a una sommaria ricognizione, è affatto

⁵⁴⁸ Come rileva correttamente TULLIO, *sub* art. 21, in (a cura di DE LUCA) *La revisione legale dei conti annuali e consolidati*, cit., pp. 202-203; non pare che vi siano state ragioni specifiche per trasferire le competenze in parola dal Ministero della Giustizia al MEF.

⁵⁴⁹ Secondo PANUCCI-LA ROTONDA-MANONTI, *Appendice*, cit., p. 2870, l’architettura della vigilanza sui revisori dei conti sarebbe organizzata secondo il modello della “trasversalità per finalità”, coerentemente con l’impianto generale desumibile dalla l. 262/2005. Tale posizione sembra confermare quanto sopra affermato in merito alla sostanziale continuità delle scelte di *policy* del legislatore.

⁵⁵⁰ Il D. Lgs. ripropone l’endiadi che già l’abrogato art. 162 T.U.F. poneva quale finalità dell’azione di vigilanza, per quanto (come giustamente segnalato da PASQUARIELLO, *sub* artt. 21-22, in *Appendice*, in (a cura di VELLA) *Commentario al T.u.f.*, Torino, 2012, p. 2041) in un contesto parzialmente diverso specie in relazione al parametro dell’ “idoneità tecnica” che oggi, a seguito dell’abolizione dell’albo speciale, non funge più da criterio di accesso al mercato, ma da elemento da valutare in via continuativa, alla luce del concreto *agere* dei soggetti vigilati.

⁵⁵¹ Per alcuni profili si richiede un’intesa con il Ministero della Giustizia (cfr. art. 6 c. 1, attuato con D. MEF 20 giugno 2012, n. 144).

⁵⁵² Si deve osservare che nell’ordinamento previgente alcune di queste funzioni, tra cui la stessa tenuta del registro dei revisori contabili e i relativi poteri di verifica della sussistenza di cause impeditive all’iscrizione o alla permanenza nel registro stesso, erano state assegnate allo stesso Consiglio nazionale dei commercialisti (D. Lgs. 28/2006). La riconduzione di tali poteri all’Autorità ministeriale è stata voluta probabilmente per evitare possibili conflitti di interessi; oltre che per ottemperare alle norme della Direttiva, le quali richiedono che il sistema di supervisione pubblica sia diretto, in maggioranza, da soggetti estranei alla professione (art. 32): cfr. TULLIO, *sub* art. 21, in (a cura di DE LUCA) *La revisione legale dei conti annuali e consolidati*, cit., p. 203.

peculiare l'aver strutturato un sistema decentrato ma basato su di una pariordinazione tra le due Autorità: tale scelta si rendeva peraltro obbligata, vista la scelta di mantenere in capo alla CONSOB la vigilanza sulla revisione dei conti degli enti che, in qualche misura, operano con il risparmio diffuso⁵⁵³ e la conseguente impossibilità di ipotizzare un qualche rapporto gerarchico in un senso (la CONSOB subordinata al MEF, alla luce del suo status di Autorità indipendente) o nell'altro (dovendo immaginare una, alquanto strampalata, subordinazione dell'Autorità politica a quella tecnica). Il sistema, del resto, non presenta criticità di sorta, se si considera che la ripartizione delle funzioni in chiave "soggettiva" (nei termini sopra delineati) non sembra prestarsi a sovrapposizioni o incertezze, per quanto sicuramente si caratterizza per un maggiore grado di mobilità rispetto al passato⁵⁵⁴: difatti, la sottoposizione alla vigilanza della CONSOB durerà fintanto che un revisore (anche persona fisica) svolga almeno un incarico presso un EIP, mentre in passato per ottenere tale effetto si sarebbe resa necessaria una richiesta di cancellazione dall'albo speciale previsto dal T.U.F.

La previsione di un registro "unico" finisce però per attribuire un ruolo di maggior peso del MEF rispetto alla CONSOB, dal momento che l'esercizio dei poteri di vigilanza più strettamente legati a tale compito finisce per influire inevitabilmente anche sulle funzioni dell'Autorità dei mercati. In altre parole, poiché siamo in presenza di un unico registro che abilita tutti i soggetti a poter esercitare l'attività in parola nei riguardi di tutti gli enti obbligati alla verifica esterna dei conti, l'Autorità che presidia tale registro è nelle condizioni di adottare dei provvedimenti (come la cancellazione, per es.) che potrebbero rilevare anche per l'Autorità concorrente⁵⁵⁵:

⁵⁵³ Qualora si voglia accedere a una prospettiva funzionale, difatti, non sfuggirà che anche tale opzione si ispiri a una sostanziale continuità con il regime precedente: se in passato la *ratio* dell'attribuzione alla Commissione del controllo sulle società di revisione abilitate al controllo contabile era dato proprio dall'impatto di tale attività sulla supervisione "generale" delle società quotate, identica motivazione ha ispirato il legislatore del 2010 nell'assegnare all'Organo di vigilanza sui mercati l'*auditing* della nuova categoria di derivazione comunitaria - che si ispira, come visto sopra, proprio a una logica di rafforzamento delle tutele, visto il coinvolgimento del risparmio diffuso -.

⁵⁵⁴ Si è rilevato come proprio tale profilo potrebbe creare alcune incertezze in sede applicativa, qualora per es., la CONSOB debba effettuare delle verifiche nei confronti di un revisore, relativamente a incarichi presso EIP, mentre nel frattempo quest'ultimo, non svolgendo più incarichi del genere, è "trifluito" sotto la vigilanza del MEF (v. CAPRIGLIONE, *La vigilanza sull'attività dei revisori legali dei conti*, in *Ban. Borsa Tit. Cred.*, 2010, pp. 722-723): in tale caso, peraltro, non sembra che vi siano ragioni particolari che possano portare a negare la legittimità delle richieste dell'Autorità di controllo dei mercati (specie se si tiene conto che l'esercizio di tali attività sarebbe comunque connessa a circostanze relative ai terminati incarichi di revisione presso EIP).

⁵⁵⁵ Icasticamente, GARGANTINI, *sub art. 22*, in (a cura di DE LUCA) *La revisione legale dei conti annuali e consolidati*, cit., pp. 208-209 descrive lo *status* del MEF come quella di un *primus inter pares*.

basti pensare al fatto che la CONSOB non possa autonomamente disporre la sospensione o la cancellazione dal Registro ma sia “costretta” a dover proporre l’adozione del provvedimento al MEF (art. 26 c. 1 lett. d) ed e)). Emerge, quindi, il dato che forse più caratterizza l’architettura predisposta dal legislatore italiano, e cioè la previsione di un ruolo di rilievo (a prescindere dal peso relativo rispetto alla “controparte”, e cioè la CONSOB) in capo a un’Autorità politica, scelta criticata anche da alcuni commentatori alla luce dell’intrinseca natura tecnica delle valutazioni e degli accertamenti che detta Autorità sarà chiamata a svolgere⁵⁵⁶. Per quanto concerne, invece, il ruolo della CONSOB si possono addurre almeno due considerazioni riguardo alla sostanziale conservazione della sua competenza (nei termini sopra delineati⁵⁵⁷): da un lato, gli stessi lavori preparatori del D. Lgs. 39 testimoniano come i *policymakers* fossero consci del rischio di disperdere la notevole esperienza accumulata dagli uffici della Commissione nel corso dei decenni precedenti⁵⁵⁸; dall’altro si è ritenuto opportuno che fosse un Organo tecnico e neutrale⁵⁵⁹, come un’Autorità indipendente di vigilanza, a controllare l’attività di cui discorre qualora (come nel caso degli EIP) fossero coinvolti interessi di rilevanza tale da richiedere, per l’appunto, il presidio da parte di un ente non di natura politica⁵⁶⁰. A ogni modo, il legislatore italiano (art. 23 D. Lgs. 39) - visto l’assetto di potere delineatosi - ha previsto che le due Autorità cooperino tra di loro “*al fine di agevolare le rispettive funzioni*”, mediante i mezzi che saranno ritenuti più opportuni come protocolli d’intesa o comitati di coordinamento (strumento che sono citati direttamente dalla norma summenzionata). Di particolare rilievo, a tale scopo, è inoltre l’espreso

⁵⁵⁶ CAPRIGLIONE, *La vigilanza sull’attività dei revisori*, cit., pp. 709 ss.

⁵⁵⁷ V. nota 551.

⁵⁵⁸ MEF-DIPARTIMENTO DEL TESORO, *Documento di consultazione. Attuazione della Direttiva 2006/43/CE*, p. 45.

⁵⁵⁹ Rispetto alla nozione tradizionale di imparzialità, connotato dell’ordinaria P.A. (nozione che consiste nel dovere di non operare in maniera discriminatoria, temperando in modo congruo e ragionevole tutti gli interessi coinvolti) la neutralità, quale connotato delle Autorità indipendenti, si caratterizza per il non dover tener conto dei vari interessi sottesi alla loro azione, potendo quindi operare in una logica totalmente tecnica (e dovendo tenere conto solo del rispetto della legge e della ricerca del miglior assetto del mercato regolamentato): cfr. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2012, pp. 47 ss. e 256.

⁵⁶⁰ Sostanzialmente conforme PASQUARIELLO, *sub artt. 21-22*, in *Appendice*, in (a cura di VELLA) *Commentario al T.u.f.*, cit., p. 2040. Cita entrambe le motivazioni summenzionate, osservando come sia difficile enucleare una *ratio* chiara CERBO, *Vigilanza e sanzioni di natura amministrativa*, in *Le Società. Gli Speciali. D. Lgs. 39/2010: la revisione legale*, 2010, p. 39.

divieto di opporsi reciprocamente il segreto d'ufficio; previsione divenuta oramai uno *standard* nella collaborazione tra Autorità a livello nazionale⁵⁶¹.

Per poter esercitare i compiti summenzionati, il D. Lgs. 39 ha attribuito poteri particolarmente penetranti alle Autorità di settore. Il fatto che la legislazione vigente conferisca tali potestà a entrambe gli Organi di vigilanza, e in misura eguale tra di loro, costituisce di per sé una significativa evoluzione rispetto alle disposizioni previgenti: difatti, in tale contesto, soltanto l'art. 162 c. 2 T.U.F. (nella versione successiva alla riforma apportata dalla l. 262/2005) dettava una compiuta articolazione dei poteri della CONSOB, mentre nel caso del Ministero della Giustizia il D. Lgs. 88/1992 rimaneva silente sul punto. Sebbene tale asimmetria discendeva anche dall'ampiezza dei compiti conferiti dalle disposizioni di legge previgenti⁵⁶², tale innovazione si rendeva necessaria vista la parificazione delle responsabilità degli enti pubblici coinvolti.

In particolare, gli artt. 21 (in relazione al MEF) e 22 (per la CONSOB) menzionano i seguenti poteri:

- *richiedere la comunicazione, anche periodica, di dati e notizie e la trasmissione di atti e documenti, con le modalità e nei termini dalla stessa stabiliti (lett. a));*
- *richiedere notizie, dati o documenti sotto qualsiasi forma stabilendo il termine per la relativa comunicazione e procedere ad audizione personale, nei confronti di chiunque possa essere informato dei fatti (lett. c));*

Si tratta, come si può constatare agilmente, dei cc.dd. strumenti di vigilanza informativa, cioè della previsione di flussi informativi, a favore dell'Autorità pubblica, da parte dei soggetti supervisionati; attività finalizzata (per l'appunto) a verificare il rispetto della normativa settoriale. Come in altri settori dell'ordinamento (si pensi, in particolare, a quello bancario⁵⁶³), anche il D. Lgs. 39 sembra distinguere, da un lato, flussi di natura periodica - che in assenza di specifiche disposizioni di legge, saranno disciplinate dalle stesse Autorità di settore - e richieste di

⁵⁶¹ Basti citare la norma di carattere generale, valida per tutte le Autorità di vigilanza finanziaria, posta dall'art. 21 l. 262/2005.

⁵⁶² Per espletare i compiti del Ministero, essenzialmente legati alla gestione del Registro, si era evidentemente ritenuto sufficiente l'istituzione di un flusso informativo, in base al quale "*L'autorità giudiziaria, le amministrazioni dello Stato e gli enti pubblici per i propri dipendenti, la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa e gli ordini professionali comunicano al Ministero di grazia e giustizia i provvedimenti adottati a carico degli iscritti per inadempienze ai doveri inerenti alle attività di controllo legale dei conti.*" (art. 10 c. 2 D. Lgs. 88/1992).

⁵⁶³ Cfr. art. 51 T.U.B.

comunicazioni *una tantum*, relative all'analisi e all'approfondimento di specifiche situazioni. Riguardo a quest'ultimo potere, è di particolare interesse il fatto che esso possa essere esercitata non solo nei riguardi dei revisori, ma anche verso ogni soggetto che possa, anche potenzialmente, essere a conoscenza di fatti d'interesse. La previsione pone, nello specifico, il tema della possibile reazione dell'ordinamento a eventuali inadempienze da parte di questi ultimi: mancando una norma espressa, sembra molto difficile fare ricorso ad altre previsioni di natura penalistica o di pubblica sicurezza⁵⁶⁴

- *eseguire ispezioni e assumere notizie e chiarimenti, anche mediante audizione, dai revisori legali e dai soci, dagli amministratori, dai membri degli organi di controllo e dai dirigenti della società di revisione legale* (lett. b));

La lettera in commento concerne, invece, i poteri di vigilanza ispettiva; riprendendo anche qui la formulazione tradizionale con cui il legislatore, in relazione ad altre branche dell'ordinamento, ha conferito tale potestà ad altri enti pubblici, esclusa la possibilità di richiedere l'esibizione di documenti che - come visto sopra - è già prevista dalla lett. c) dell'art. in commento⁵⁶⁵. Anche quindi in questo caso le Autorità di settore sono abilitate a inviare presso i soggetti supervisionati propri funzionari (o periodicamente ovvero in via straordinaria), allo scopo di acquisire informazioni e dati che non sarebbero altrimenti acquisibili, con la medesima facilità, per mezzo dell'analisi cartolare. La dottrina è peraltro concorde nel ritenere che le Autorità pubbliche godano di un'ampia discrezionalità tecnica nell'organizzazione di tale forma di attività, che trova limite nella finalità dell'azione stessa (cioè, l'acquisizione di tutte le informazioni necessarie per esercitare i poteri concessi dall'ordinamento alle Autorità medesime)⁵⁶⁶, oltre che nell'art. 14 Cost. sull'inviolabilità del domicilio: ciò comporta che l'attività ispettiva potrà essere esercitata solo presso i locali del revisore o della società di revisione e non invece presso luoghi qualificabili come "domicilio".

⁵⁶⁴ CERBO, *Vigilanza e sanzioni*, in *Le Società. Gli Speciali.*, cit., p. 40: L'A. menziona l'art. 650 c.p. (reato che non sarebbe applicabile in quanto la revisione legale non sembra ricada nelle materie previste dalla norma incriminatrice) e l'art. 15 T.U.L.P.S. (che consentirebbe in astratto l'accompagnamento coattivo, ma che si dovrebbe basare sulla poco percorribile qualificazione del MEF e della CONSOB quali "Autorità di pubblica sicurezza").

⁵⁶⁵ Cfr. artt. 54 T.U.B. e 10 T.U.F.

⁵⁶⁶ Per queste considerazioni di carattere generale v. NOCELLA, sub art. 10, in (a cura di VELLA) *Commentario al T.u.f.*, Torino, 2012, pp. 144 ss. In generale, sul tema delle ispezioni in diritto amministrativo cfr. VALENTINI, voce *Ispezione (Dir. Amm.)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1972, pp. 935 ss.; DEGLI ESPOSTI, voce *Ispezioni e inchieste amministrative*, in *Dig. Disc. Pubblicistiche*, Torino, 1993, VIII, pp. 588 ss.

Si deve peraltro aggiungere che il sistema di vigilanza posto dal D. Lgs. in commento consente che gli enti esponenziali della professione possano essere chiamati a svolgere mansioni di natura pubblicistica: al netto, infatti, della possibilità di delegare le funzioni in tema di controllo della qualità (che sarà trattato *funditus* nel prossimo paragrafo), l'art. 21 cc. 2-5 prevede che il MEF possa avvalersi, per mezzo di un'apposita convenzione, “di enti pubblici o privati per lo svolgimento dei compiti, anche di indagine e accertamento, connessi all'abilitazione dei revisori legali e delle società di revisione legale, alla tenuta del Registro e del registro del tirocinio, allo svolgimento della formazione continua (...)”. Il legislatore prevede che tali enti si debbano dotare “di procedure idonee a prevenire, rilevare e gestire conflitti di interesse o altre circostanze che, nello svolgimento dei compiti delegati, possono compromettere l'indipendenza rispetto agli iscritti nel Registro o nel registro del tirocinio”: tale previsione risponde, con tutta probabilità, all'esigenza che era stata manifestata, in particolare, dall'Autorità Antitrust in sede di consultazione avviata dal MEF sul recepimento della Direttiva⁵⁶⁷, che l'attribuzione dei compiti di vigilanza più strettamente connessi alla gestione dell'albo/registo agli enti espressione della professione potesse dare adito a conflitti di interesse. Se, in sede di attuazione della Direttiva, tale preoccupazione aveva portato all'“avocazione” di tale compito da parte del MEF, a scapito del CNDCEC (incaricato di tale funzione in forza del D. Lgs. 28/2006); essa pare essere riemersa anche *pro futuro* - nel caso in cui tale delega venga esercitata in favore di enti come il CNDCEC - anche se in una logica diversa: non più orientata a una preclusione *tout court*, che elimini quindi il problema alla radice, ma che consenta l'attività “rischiosa” applicando tutte le cautele del caso (in un'ottica non più di rifiuto ma di gestione del rischio). Allo scopo di meglio presidiare l'interesse pubblico - conformemente alla nuova logica di gestione del rischio sopra menzionata⁵⁶⁸ -, l'ordinamento assegna all'Autorità delegante poteri di supervisione sulle modalità di esercizio dei poteri delegati, impartendo se del caso raccomandazioni e potendo porre nel nulla la delega; potere che, nel caso di specie (e alla luce della peculiare modalità di conferimento delle funzioni in parola), dovrà essere esercitato recedendo “in ogni momento e senza oneri” dalla convenzione

⁵⁶⁷ Parere del 14.9.2006, pubblicato nel n. 35-36/2006 del Bollettino dell'AGCM.

⁵⁶⁸ GARGANTINI, *sub* art. 22, in (a cura di DE LUCA) *La revisione legale dei conti annuali e consolidati*, cit., p. 217 ritiene di qualificare tale schema più propriamente come un avvalimento di funzioni, e non come una vera e propria delegazione: Più probabilmente, nel caso in questione siamo in presenza di un istituto peculiare (vista la possibilità di conferire funzioni anche a soggetti privati, peraltro in base a un atto consensuale e non autoritativo).

stipulata⁵⁶⁹: tale potere, in particolare, andrà a costituire la principale forma di reazione agli eventuali inadempimenti dell'obbligo posto dal c. 3 dell'art. 21 e del c. 5 dell'art. 22 (a seconda che si tratti, rispettivamente, di deleghe del MEF o della CONSOB), e cioè il rispetto da parte degli enti delegati non solo delle norme di origine "pattizia", ma anche delle previsioni del D. 39 e della normativa di attuazione. Ulteriore, rilevante, limite posto dal Decreto alla possibilità di delegare le attribuzioni è posto dal c. 4 dell'art. 22, in base al quale alla CONSOB, relativamente al tema del controllo della qualità, è tenuta a conservare le seguenti responsabilità:

- *l'approvazione e l'eventuale modifica dei metodi e dei programmi di controllo;*
- *b) l'approvazione e l'eventuale modifica delle relazioni di cui all'articolo 20, comma 6;*
- *c) l'approvazione o la designazione dei soggetti incaricati del controllo della qualità;*
- *d) l'emaneazione di raccomandazioni e di istruzioni in qualsiasi forma destinate all'ente al quale sono stati delegati i compiti.*

La norma, in altre parole, impone che la Commissione mantenga un controllo di carattere generale sulle fasi più critiche del processo, al quale si aggiunge la possibilità di intervenire puntualmente con prescrizioni di carattere specifico. La norma costituisce il recepimento di alcune disposizioni della Raccomandazione 2008/362/CE in tema di controllo esterno della qualità, emanata dalla Commissione europea nel maggio 2008⁵⁷⁰; raccomandazione che attiene il sistema di supervisione pubblico nella sua interezza. Alla luce di ciò, non si comprende come mai la norma in questione sia stata prevista solo per la CONSOB, e non anche per il MEF; dato che anche quest'ultimo è incaricato di svolgere questo segmento dell'azione di vigilanza ed è anch'esso (come visto sopra) abilitato dalla legge a delegare tale attribuzione. A quanto sopra riportato si deve aggiungere che, a mente del c. 6, la CONSOB mantiene sempre la possibilità di partecipare ai controlli svolti dall'ente delegato⁵⁷¹, nonché di *"avere accesso a ogni documento pertinente"*.

⁵⁶⁹ Si tratta, in altri termini, di un diritto di recesso sancito *ex lege*, a mente dell'art. 1372 c. 1 Cod. Civ.

⁵⁷⁰ Raccomandazione *External quality assurance for statutory auditors and audit firms auditing public interest entities*, C(2008) 1721, §§. 6-8.

⁵⁷¹ Il comma in parola erroneamente rinvia al c. 3 della disposizione in commento, ma si tratta di un refuso dal momento che il c. 3 disciplina - come visto sopra - le attribuzioni della CONSOB. Più propriamente, il rinvio si deve intendere al c. 4, che per l'appunto dispone la possibilità di delegare le proprie attribuzioni nei limiti sopra descritti.

In conclusione, va segnalata la norma posta dal c. 9 dell'art. 21, in base alla quale il MEF è tenuto a pubblicare sul proprio sito internet una relazione, “entro il 30 aprile di ciascun anno”, sull'attività svolta, con particolare riferimento “ai risultati complessivi del controllo della qualità”. La norma, come si può facilmente intuire, è volta ad assicurare la maggiore conoscibilità possibile dell'azione dell'Amministrazione competente, come si desume dal fatto che la relazione non è indirizzata al Parlamento (come in altre ipotesi)⁵⁷², ma direttamente sul sito internet. La norma si pone in linea quindi con un orientamento seguito dal legislatore nazionale volto ad aumentare la trasparenza delle PP. AA. al fine di ampliare le possibilità di “controllo diffuso” da parte della cittadinanza⁵⁷³. In linea con le indicazioni delle Istituzioni comunitarie⁵⁷⁴, una specifica menzione deve essere assicurata relativamente alla *quality assurance* esterna.

4. Il controllo della qualità

Lo strumento principe attraverso il quale le Autorità pubbliche eserciteranno le loro funzioni di vigilanza è costituito dalla *quality assurance* di cui all'art. 20 D. Lgs. 39/2010. La nozione stessa rimanda, in senso lato, ai sistemi di gestione della qualità che da lungo tempo le imprese industriali impiegano allo scopo di verificare non solo la conformità dei prodotti ai requisiti di legge e regolamentari, ma anche (nell'accezione più moderna) alla rispondenza dei bisogni e delle esigenze poste dal cliente⁵⁷⁵ e che pertanto vengono attuati a valle, rispetto al processo produttivo, proprio allo scopo di riesaminarlo complessivamente, tenendo conto in particolare della sua rispondenza ai criteri che lo regolano. Anche il campo della revisione dei conti (come del resto in molti altri settori del terziario: il controllo della qualità oggi non è più limitato solo al settore industriale) non si sottrae a tale esigenza.

Giova preliminarmente sottolineare come il controllo della qualità, nel settore dell'*auditing*, debba essere distinto in *interno* ed *esterno*: nel primo caso si tratta, in altre parole, del controllo interno che il revisore, o la società di revisione, pone in essere per rivedere *ex-post* e globalmente la propria attività: questa forma di verifica è, difatti, oggetto di specifiche prescrizioni adottate dagli *standard setter*

⁵⁷² In questo caso, la predisposizione della relazione avrebbe prevalentemente il compito di consentire il controllo parlamentare sull'operato delle Amministrazioni, anche indipendenti.

⁵⁷³ Cfr. D. Lgs. 33/2013, emanato in attuazione della l. 190/2012.

⁵⁷⁴ Raccomandazione 2008/362/CE, par. 24.

⁵⁷⁵ Basterebbe citare la nota famiglia degli standard “9000” elaborati dall'ISO (*International Organization for Standardization*), l'ultima versione dei quali risale al 2015.

internazionali. Al tema sono dedicati, in particolare, l'*International Standard on Quality Control* (ISQC) 1 e il Principio ISA 220: il primo principio concerne la definizione del sistema interno deputato all'effettuazione dei controlli (assegnando in particolare i relativi ruoli e responsabilità all'interno dell'organizzazione e delineando le aree da presidiare⁵⁷⁶), mentre il secondo riguarda le modalità di revisione dei singoli incarichi⁵⁷⁷, valorizzando in particolare il ruolo dei flussi informativi tra i membri del *team* e il responsabile della revisione⁵⁷⁸.

Dato quanto precede, si ricava quindi che, a fini di vigilanza, sia il controllo *esterno* della qualità a rilevare, in quanto strumento di verifica posto in essere direttamente (o indirettamente, come si vedrà nel prosieguo) dalle Autorità pubbliche: in particolare, ai sensi del c. 5 dell'art. 20 D. Lgs. 39, tale forma di verifica è finalizzata a valutare *“la conformità ai principi di revisione e ai requisiti di indipendenza applicabili, della quantità e qualità delle risorse impiegate, dei corrispettivi per la revisione, nonché del sistema interno di controllo della qualità”*. Come si può notare l'accertamento coincide con gran parte delle aree presidiate dal controllo interno di qualità, alle quali si aggiunge una verifica dello stesso sistema posto in essere dal revisore: si evince, quindi, come la supervisione pubblica finisca per porsi come un controllo di secondo livello rispetto a quello “di linea” operato direttamente dal revisore. Qualora si volesse tracciare un parallelo con il tradizionale approccio a tre livelli dei sistemi di controllo interno⁵⁷⁹ (e volendo adottare una prospettiva più tecnica), si potrebbe ritenere che il controllo in parola combini aspetti sia del controllo di secondo livello (in quanto esso insiste sul monitoraggio di specifici rischi) che di terzo livello (nella misura in cui il supervisore pubblico, in

⁵⁷⁶ In particolare: il rispetto dei requisiti etici dettati dai Codici IFAC e IESBA (parr. 20-25); le modalità di accettazione e di svolgimento degli incarichi (parr. 26-28), l'adeguatezza delle risorse umane (parr. 29-31) e, infine, il rispetto dei principi di revisione nell'adempimento degli incarichi (parr. 32-56).

⁵⁷⁷ Difatti, il Principio ISA 220 presuppone (par. 2) che al destinatario sia applicabile l'ISQC 1.

⁵⁷⁸ Per una descrizione generale dei due principi cfr. PESENATO, *Il controllo della qualità dell'incarico di revisione contabile: il P.R. 220*, in *Amministrazione & Finanza*, 3/2012, pp. 31 ss.; ID., *La revisione legale e il controllo della qualità: il P.R. ISQC 1*, in *Amministrazione & Finanza*, 4/2012, pp. 35 ss.

⁵⁷⁹ Tale impostazione (c.d. modello delle tre linee di difesa) è tipica della regolamentazione finanziaria: per alcune considerazioni generali v. DELLAROSA-RAZZANTE, *Il nuovo sistema dei controlli interni della Banca*, Milano, 2010, pp. 71 ss. Si deve segnalare, in particolare, che tale *framework* è divenuto un vero e proprio standard internazionale, in tema di controlli interni societari, per mezzo dell'opera del *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (COSO) e del noto rapporto *Internal control - integrated framework* (1992). Si veda anche, sempre a opera del COSO, il documento *Enterprise risk management - integrated framework* (2004) che tiene conto delle evoluzioni teoriche in materia di “approccio integrato” alla gestione del rischio nelle organizzazioni (*Enterprise risk management*, ERM).

maniera simile alle funzioni di revisione interna, è chiamato a vigilare sulla funzionalità complessiva del sistema).

Quanto ai destinatari della *quality assurance* esterna, la norma si preoccupa in particolare di scadenzare in modo difforme il termine per la conduzione degli esercizi di vigilanza: in un'ottica di proporzionalità, difatti, mentre gli iscritti che non svolgono incarichi su EIP sono soggetti al controllo in questione “*almeno ogni sei anni*” (c. 1 art. cit.), i revisori di EIP lo sono almeno ogni tre (c. 2). La norma permette di cogliere un'evoluzione significativa rispetto al regime previgente: giova infatti ricordare che il controllo esterno della qualità non era sconosciuto al nostro ordinamento, in quanto esso era già previsto come strumento di vigilanza della CONSOB nei confronti delle società di revisione iscritte nell'Albo speciale (cfr. l'abrogato art. 162 T.U.F.), prevedendo peraltro misure sostanzialmente analoghe a quelle oggi in vigore⁵⁸⁰. L'art. 20 D. Lgs. 39 ha quindi esteso a tutti i revisori l'applicabilità di questo mezzo di controllo: tale innovazione si giustifica non solo se si tiene conto del fatto che oggi tutti i revisori (in base all'introduzione del registro unico) possono ottenere incarichi di revisione presso EIP (rendendo quindi necessario un controllo più penetrante anche nei riguardi di quelli che, momentaneamente, non svolgono simili incarichi), rendendo quindi necessario un rafforzamento “generale” degli strumenti a disposizione delle Autorità; ma anche se si pone attenzione agli obblighi posti dalla Direttiva, che richiedeva un rafforzamento dell'affidabilità della revisione dei conti globalmente intesa (non solo quindi di quella svolta nei confronti degli enti che raccolgono il risparmio diffuso)⁵⁸¹: in altri termini, il legislatore delegato ha ritenuto opportuno, anche alla luce delle sollecitazioni europee, non affidarsi *in toto* al SCI delle società di revisione, ma “affiancarli” con un rigoroso sistema di controllo esterno della qualità.

Per quanto concerne l'esecuzione dei controlli, giova ricordare che - come abbiamo visto sopra - il controllo esterno della qualità, quale elemento della più generale architettura dei poteri di vigilanza, viene attribuito dalla legge al MEF e alla CONSOB secondo i criteri di riparto già delineati (cfr. artt. 21 e 22). Più specificamente, l'art. 20 c. 3 prescrive che il controllo venga effettuato da “*persone fisiche in possesso di un'adeguata formazione ed esperienza professionale in materia*”

⁵⁸⁰ Sul punto, v. ANNARATONE, *sub* art. 20, in (a cura di DE LUCA) *La revisione legale dei conti annuali e consolidati*, cit., p. 199.

⁵⁸¹ PANUCCI-LA ROTONDA-MANONTI, *Appendice*, cit., p. 2865.

di revisione dei conti e di informativa finanziaria e di bilancio, nonché di una formazione specifica in materia di controllo della qualità”: tale previsione deve essere coordinata con la menzionata possibilità, prevista a favore del MEF e della CONSOB, di delegare in via convenzionale alcune attribuzioni, tra le quali rientra anche la *quality assurance*. Quella che, a prima vista, potrebbe sembrare un’antinomia dovrebbe invece essere interpretata nel senso che, qualora venissero stipulate le convenzioni delegatorie, spetterà poi agli enti delegati - nei limiti di quanto sopra delineato dall’art. 22 c. 4 in relazione alla CONSOB - determinare le singole persone fisiche incaricate di effettuare i controlli; avendo valutato, da un lato, l’idoneità professionale (come richiesto dalla norma sopra menzionata) e, dall’altro, verificando la sussistenza di eventuali conflitti d’interesse mediante “*una procedura obiettiva*”, come richiesto dal c. 4 della disp. cit.⁵⁸²: norma, quest’ultima, che non a caso echeggia le sopra riportate disposizioni del c. 3 dell’art. 21 e del c. 6 dell’art. 22 (a seconda che si tratti di delegazioni, rispettivamente, del MEF o della CONSOB) sull’obbligo, per gli enti delegati, di dotarsi di “*procedure idonee*” a prevenire e gestire conflitti di interesse e, più in generale, rischi per l’indipendenza. In linea con quanto già si è avuto modo di vedere in relazione al tema della tutela dell’indipendenza, la maggiore rilevanza sistemica dell’*auditing* svolto sugli EIP ha optato per un approccio maggiormente precettivo, di tipo *rule based*, sancendo anche in questa sede delle preclusioni nette proprio a tutela dell’autonomia di giudizio e dell’obiettività dei *quality assurers*. Tali preclusioni si articolano su due livelli: da un lato, una proibizione di carattere generale e una di carattere relativo. Nello specifico, ai sensi del c. 10 dell’art. 22, si vieta di svolgere tale incarico presso revisori di EIP ai revisori “*che abbiano incarichi di revisione legale*”, insieme con “*i soggetti che hanno rapporti, diretti o indiretti, di collaborazione, consulenza, impiego o di altra natura professionale, ivi compresa l’assunzione di cariche sociali, con un revisore legale o con una società di revisione legale*”: ne deriva, quindi, che nella scelta tra i due modelli astrattamente ipotizzabili di controllo esterno della qualità (cioè tra il modello della *peer review* e quello del *monitoring*, a seconda che i controllori appartengano o meno al corpo professionale dei revisori), il D. Lgs. 39 preclude

⁵⁸² Tant’è che a favore della CONSOB, come si vedrà in seguito, è prevista il potere di approvare o designare i soggetti incaricati di tale controllo.

nettamente il ricorso al primo di questi⁵⁸³. Il successivo c. 11, invece, dispone che non possano assumere incarichi di controllo della qualità i soggetti che abbiano intrattenuto, nel biennio precedente, rapporti diretti o indiretti “*di collaborazione, consulenza, impiego o di altra natura professionale, ivi compresa l’assunzione di cariche sociali, con il revisore legale o la società di revisione legale oggetto del controllo di qualità*”. Si può notare come le norme citate confermino come il legislatore abbia voluto preservare l’autonomia della funzione di controllo della qualità non solo nei riguardi del singolo soggetto supervisionato (come del resto sarebbe stato anche naturale⁵⁸⁴) ma anche nei riguardi della professione nella sua interezza.

Il controllo della qualità viene effettuato, come recita il c. 5 dell’art. 20, mediante una “*verifica adeguata*” della documentazione del revisore, selezionata (come recita testualmente la norma) appositamente allo scopo di verificare gli ambiti che sono stati descritti in precedenza: in particolare, è ben possibile (anche alla luce delle prescrizioni contenute nella Raccomandazione 2008/362) che tale controllo possa essere effettuato mediante (*recte*: che la principale modalità con cui tale controllo verrà effettuato sarà) la conduzione di visite ispettive presso i revisori⁵⁸⁵. Come previsto dal successivo c. 6, il risultato dell’esercizio viene riassunto in una relazione (c.d. relazione di qualità) che non si limita a contenere il risultato delle verifiche poste in essere, ma anche la segnalazione (in forma di “raccomandazione”) degli “*specifici interventi*” che il revisore dovrà porre in essere per colmare le eventuali carenze accertate, indicando contestualmente il termine per l’attuazione di questi ultimi. La rilevanza della *quality assurance* ai fini dell’attività di vigilanza emerge, con particolare risalto, proprio in questa fase, dal momento che il mancato adeguamento alle menzionate raccomandazioni comporta, per le Autorità di settore, la possibilità di irrogare le sanzioni previste dagli artt. 24 e 26.

Anche in questa sede, il legislatore ha disposto che la regolamentazione della materia in parola venga completata da alcuni atti regolamentari: in particolare, ai sensi

⁵⁸³ Va però segnalato come, ai sensi della già citata Raccomandazione 2008/362 (cfr. considerando n. 8 e par. 15) è consentita (anche alla luce delle possibili carenze di organico o comunque di difficoltà nella conduzione specie delle visite ispettive) l’integrazione dei *team* ispettivi con degli “esperti”: a mente del par. 3 lett. d), tale categoria ricomprende soggetti esperti in mercati finanziari, informativa finanziaria o revisione dei conti, “*inclusi revisori dei conti in attività*”. Pare dubbio però che una raccomandazione, sebbene emanata da un’Istituzione comunitaria, possa derogare a una previsione legislativa nazionale, stante il suo carattere non vincolante.

⁵⁸⁴ Sul punto si potrebbe rimandare alle considerazioni svolte nel Cap. 3, parr. 1-2.

⁵⁸⁵ Cfr. Raccomandazione *External quality assurance for statutory auditors*, cit., parr. 16-19.

dei cc. 8 e 9, il MEF⁵⁸⁶ e la CONSOB - secondo il criterio di riparto sopra descritto, cioè lo svolgimento o meno di incarichi presso EIP - sono chiamate a disciplinare “*i criteri per lo svolgimento del controllo della qualità, (...) la selezione delle persone fisiche, (...) la redazione della relazione* [redatta a conclusione del processo di verifica]”. Inoltre, il c. 10 attribuisce al MEF, sentita la CONSOB, il compito di dare attuazione, a livello nazionale, alle misure di esecuzione che saranno eventualmente adottate dalla Commissione europea in base all’art. 29, par. 2 della Direttiva 2006/43.

In aderenza con le già menzionate raccomandazioni della Commissione europea⁵⁸⁷, il c. 12 dell’art. 22 prevede che ai risultati degli esercizi di controllo esterno della qualità sia dedicata una specifica sezione nella relazione annuale della CONSOB al Parlamento (predisposta ai sensi dell’art. 1 c. 13 del d.l. 95/1974, convertito con modificazioni dalla l. 216/1974), prevedendo inoltre che detti risultati siano pubblicati sul sito internet dell’Autorità - onde perseguire quelle finalità di “controllo diffuso” sull’operato dell’Amministrazione di cui si è già dato conto in precedenza -.

5. Le sanzioni. Il procedimento per l’irrogazione.

Per assicurare il necessario livello di efficacia all’azione di vigilanza, il D. Lgs. 39 ha previsto un ampio strumentario di sanzioni comminabili dalle Autorità di vigilanza⁵⁸⁸. Sul punto, prendendo a riferimento l’abolito art. 162 T.U.F., è facile constatare come esso non sia sostanzialmente mutato rispetto al sistema previgente: in particolare, non risultano mutati né, da un lato, i presupposti per l’irrogazione delle sanzioni (in uno con i criteri di commisurazione), né il novero delle tipologie di provvedimenti adottabili. In relazione al primo aspetto, sia per il MEF che per la CONSOB vale il generico presupposto dell’accertamento di “*irregolarità nello svolgimento dell’attività di revisione legale*”, da intendere quindi come violazione delle disposizioni legislative, regolamentari e dei principi professionali (specie alla luce della loro sostanziale “giuridicizzazione”, di cui si è trattato nel Cap. 2); mentre, per quanto riguarda i criteri legali di determinazione della sanzione, il D. Lgs. - per

⁵⁸⁶ Il Ministero è tenuto, in tale sede, ad acquisire il parere della CONSOB.

⁵⁸⁷ Cfr. *supra*, par. 3.

⁵⁸⁸ Alle quali, peraltro, debbono aggiungersi le sanzioni penali, che il legislatore delegato ha oggi opportunamente consolidato in un unico testo (cioè, negli artt. 27 ss. del D. Lgs. 39).

entrambe le Autorità - fa genericamente riferimento alla gravità della violazione accertata⁵⁸⁹.

Deve inoltre segnalarsi che, dati i già ricordati compiti di tenuta del Registro, il MEF è abilitato dal Decreto a sanzionare i revisori anche in caso di “*ritardata o mancata comunicazione delle informazioni di cui all'articolo 7*” (cioè, della norma che disciplina le informazioni contenute nel Registro dei revisori, che peraltro prevede l’obbligo per i revisori di comunicare - c. 6- tutte le eventuali variazioni in tema⁵⁹⁰). I provvedimenti sanzionatori - che sono applicabili sia nei confronti dell’autore della violazione che della società di revisione⁵⁹¹ - sono, ai sensi degli artt. 24 e 26 (con riguardo, rispettivamente, al MEF e alla CONSOB) sono nell’ordine:

- L’applicazione di sanzioni pecuniarie: nel caso del MEF, la cornice edittale varia da mille a centocinquantamila euro (art. 24 c. 1 lett. a)), mentre per la CONSOB da diecimila a centocinquantamila (art. 26 c. 1 lett. b));
- La sospensione dal Registro, per un periodo non superiore a cinque anni, del responsabile della revisione a cui sono attribuibili le irregolarità; ovvero - nel caso della CONSOB - la già menzionata proposta di sospensione;
- La revoca di uno o più incarichi in essere;
- Il divieto di accettare nuovi incarichi, per un periodo non superiore a tre anni;
- La cancellazione dal Registro, o nel caso della CONSOB la possibilità di proporre al MEF l’adozione di detto provvedimento. Relativamente a quest’ultima ipotesi, il D. Lgs. 39 ha previsto due ipotesi tipiche: da un lato il già menzionato caso dell’accertamento dell’insussistenza dei requisiti per l’abilitazione (art. 6), dall’altro l’inadempimento di quanto disposto in un provvedimento sanzionatorio già adottato, a prescindere dall’Autorità emanante (art. 24 c. 2).

All’elenco deve, inoltre, aggiungersi anche la specifica sanzione pecuniaria prevista dall’art. 17 c. 7 per la violazione, da parte di revisori di EIP, delle disposizioni in tema

⁵⁸⁹ La scelta del legislatore delegato, che si giustifica probabilmente alla luce di un giudizio di adeguatezza dell’apparto sanzionatorio previgente alla luce dell’obbligo posto dall’art. 30 par. 2 Direttiva (“*gli Stati membri prevedono sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive nei confronti dei revisori legali e delle imprese di revisione contabile*”) è stata contestata in dottrina da CERBO, *Vigilanza e sanzioni*, in *Le Società. Gli Speciali.*, cit., pp. 40-41, proprio alla luce dell’indeterminatezza della norma, che secondo l’A. creerebbe un notevole *vulnus* in termini di certezza del diritto. E’ da notare, in effetti, che l’art. 163 T.U.F. disciplinava espressamente in quali casi potesse essere comminata la sanzione più grave della cancellazione dall’Albo speciale (c. 2 disp. cit.).

⁵⁹⁰ Secondo PASQUARIELLO, *sub* artt. 21-22, in *Appendice*, in (a cura di VELLA) *Commentario al T.u.f.*, cit., p. 2051, sarebbe stata opportuna la previsione di un termine per l’adempimento.

⁵⁹¹ PANUCCI-LA ROTONDA-MANONTI, *Appendice*, cit., p. 2873.

di tutela dell'indipendenza di questi ultimi: in particolare, la CONSOB - come visto sopra (Cap. 3) - può comminare per tali irregolarità una sanzione pecuniaria da centomila a cinquecentomila euro. Tale sanzione, secondo quanto previsto espressamente dal c. 2 dell'art. 26, è peraltro cumulabile con i provvedimenti sanzionatori sopramenzionati, relativamente a quelli adottabili dalla CONSOB. Quest'ultima norma necessita di un'interpretazione ortopedica: mentre, infatti, nel caso degli altri provvedimenti sanzionatori non si pongono problemi di sorta (ben potendosi conciliare una sanzione pecuniaria con gli altri provvedimenti, che potremmo definire *lato sensu* "interdittivi"), la stessa sembrerebbe *prima facie* ammettere la possibilità di comminare, per il medesimo fatto, due sanzioni pecuniarie a diverso titolo: a tal riguardo dovrebbe soccorrere, *in parte qua*, il principio di specialità posto dall'art. 9 della l. 689/81, che come noto prevede per l'appunto la prevalenza tra "una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative", di quella speciale. Pertanto, dal momento che la violazione delle norme a tutela dell'indipendenza del revisore possono essere considerate una fattispecie speciale rispetto a quella generale delle irregolarità *ex art. 26*, tra le due disposizioni dovrebbe prevalere la norma sanzionatoria "speciale" posta dall'art. 17⁵⁹².

L'ampiezza delle sanzioni comminabili segna una sostanziale discontinuità, se si prende a riferimento la posizione dei revisori persone fisiche e delle società di revisione non iscritte nell'Albo speciale previsto dal T.U.F., e che erano quindi soggetti nel regime previgente alla vigilanza del Ministero della Giustizia: in relazione a questi ultimi, difatti, il D.P.R. 98/1999 disponeva soltanto la possibilità, previa istruttoria a cura della Commissione centrale costituita presso il Ministero, di disporre la sospensione dal Registro, qualora fossero emersi "fatti che compromettono gravemente l'idoneità al corretto svolgimento delle funzioni di controllo dei conti", ovvero la cancellazione nel caso in cui tali fatti fossero stati "di particolare gravità". Al netto infatti dell'uniformazione del regime sanzionatorio - conseguenza dell'"unificazione" delle categorie di revisori globalmente intese -, si può constatare come tale armonizzazione sia avvenuta "verso l'alto", recependo (come si è visto sopra) la ben più nutrita, articolata e flessibile (in quanto maggiormente adattabile alla specifica irregolarità da reprimere) normativa sancita dal T.U.F.. E' facile osservare,

⁵⁹² In altri termini, nel caso di specie la "disapplicazione" del principio di specialità posta dall'art. 26 c. 2 deve essere interpretata in modo razionale, evitando una sovrapposizione totale che collide con un principio, quello di specialità, che intende salvaguardare la ragionevolezza e la sistematicità dell'ordinamento.

quindi, che tale scelta sia ispirata dall'esigenza di prevedere un sistema sanzionatorio realmente efficace, e pertanto capace di innalzare effettivamente l'affidabilità del sistema di supervisione pubblico della professione⁵⁹³.

Tornando all'apparato normativo vigente, deve segnalarsi come in dottrina vi sia notevole incertezza in merito al modo di intendere il rapporto tra le varie sanzioni astrattamente irrogabili: in particolare, il tema che si è posto agli interpreti è chiarire se le altre sanzioni debbano essere intese quali accessorie rispetto alla sanzione pecuniaria (e, quindi, che debbano essere irrogate solo ove si ravvisi che la sanzione pecuniaria non è sufficientemente afflittiva a fronte della gravità delle violazioni riscontrate), ovvero se si tratti di previsioni autonome⁵⁹⁴.

Le norme in commento dispongono anche in relazione al procedimento per l'applicazione delle sanzioni: mentre nel caso delle sanzioni irrogate dalla CONSOB, si rimanda alla procedura posta dall'art. 195 T.U.F., in relazione ai procedimenti di competenza del MEF l'art. 25 D. Lgs. 39 prevede uno specifico procedimento. Riguardo in particolare ai procedimenti sanzionatori della CONSOB, si deve rilevare come l'intervento normativo del 2010 sia stato particolarmente meritevole poiché ha espressamente chiarito (a differenza del T.U.F. pre-riforma) quale procedura debba essere seguita⁵⁹⁵. Per quanto concerne, invece, le competenze del MEF, l'art. 25 che riprende sostanzialmente quello previsto dal T.U.F.: il procedimento è, anche in questo caso, retto da quelli (c. 2) che potrebbero essere definite "le garanzie minime" in questa materia, cioè il "*contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie*" - al quale si possono aggiungere, a monte, la "*previa contestazione degli addebiti agli interessati*" (senza la quale sarebbe ovviamente impossibile ipotizzare una qualche forma anche solo di partecipazione "difensiva" al procedimento) e, a valle, l'obbligo di motivazione del provvedimento (quale mezzo che possa consentire, in prima battuta, agli stessi soggetti sanzionati le ragioni di fatto e di diritto a fondamento della

⁵⁹³ Scelta, inevitabilmente, ispirata anche dagli obblighi posti dalla normativa comunitaria, dal momento che la Direttiva 2006/43 (art. 30 par. 2) impone agli Stati membri la previsione di sanzioni "*effettive, proporzionate e dissuasive*".

⁵⁹⁴ PASQUARIELLO, *sub artt. 21-22*, in *Appendice*, in (a cura di VELLA) *Commentario al T.u.f.*, cit., p. 2052; CERBO, *Vigilanza e sanzioni*, in *Le Società. Gli Speciali.*, cit., p. 41.

⁵⁹⁵ L'art. 195 T.U.F. si applica alle fattispecie previste dal Titolo II della Parte V del testo unico (cfr. c. 1 disp. cit.), che nella versione previgente menzionava i revisori e le società di revisione, tra le varie fattispecie sanzionabili, solo in relazione all'ipotesi della mancata comunicazione alla Commissione della sostituzione degli amministratori della società (art. 193 c. 3 lett. b)). Solo in questo caso, quindi, sarebbe stata sicuramente applicabile la procedura prevista dall'art. 195 T.U.F.

decisione dell'Amministrazione)⁵⁹⁶. Nello specifico, si richiede che la contestazione degli addebiti avvenga nel termine di 180 giorni dall'accertamento delle irregolarità (o 360 se il soggetto interessato risiede o ha sede all'estero), e che la presentazione delle deduzioni difensive avvenga entro 30 giorni da detta contestazione.

Recependo quanto disposto dalla Direttiva (art. 30, par. 3), il c. 3 dell'art. cit. prescrive che il provvedimento sanzionatorio venga pubblicato sul sito internet dell'ente (cioè il MEF) incaricato di tenere il Registro. Il medesimo Ministero può, riguardo a specifici provvedimenti - "*tenuto conto della natura della violazione e degli interessi coinvolti*" - stabilire ulteriori forme pubblicitarie. La disposizione, che costituisce una significativa innovazione rispetto al sistema previgente, è un classico esempio di quell'approccio regolamentare chiamato *name and shame*, cioè impiegare la pubblicità del provvedimento come "sanzione ulteriore", visti i relativi impatti sui profili reputazionali del soggetto nei cui confronti esse sono irrogate⁵⁹⁷.

Viste le profonde similitudini con il procedimento previsto dall'art. 195 T.U.F., anche in relazione a quest'ultimo si pongono gli stessi problemi di compatibilità con gli strumenti di protezione dei diritti umani sollevati dalla sentenza *Grande Stevens* della Corte europea dei diritti dell'uomo⁵⁹⁸, con particolare riguardo ai profili di tutela del contraddittorio e della possibilità di esercitare una difesa effettiva in detti procedimenti - tema, peraltro, recentemente affrontato anche in un noto arresto del Consiglio di Stato sulla legittimità del regolamento sul procedimento sanzionatorio CONSOB⁵⁹⁹-. Con tutta probabilità, il MEF - qualora volesse adottare

⁵⁹⁶ Tali garanzie assumono valore generale in quanto già previste per l'adozione di tutti i provvedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti in base al c. 1 dell'art. 24 l. 262/2005. Anche l'obbligo di motivazione è posto dalla stessa disposizione, riprendendo il disposto dell'art. 3 c. 1 legge sul procedimento amministrativo (n. 241/90): manca invece, nella legge del 2005, un riferimento alla previa contestazione degli addebiti.

⁵⁹⁷ Evidenza plastica di questo approccio si ha nel T.U.F. e nel T.U.B., nell'ambito del quale non a caso la pubblicazione del provvedimento sanzionatorio è specificamente regolata (art. 195*bis*) rispetto alla previsione generale sulla pubblicità degli atti delle Autorità di settore (rispettivamente, artt. 8 e 3). Le previsioni in parola risultano oggi (a seguito del recepimento della Direttiva 2013/36/UE "CRD4", operata dal D. Lgs. 72/2015) tenere maggiormente conto anche delle ragioni dei soggetti sanzionati, obbligando le Autorità a dare conto anche dell'avvio e delle evoluzioni degli eventuali giudizi di opposizione alle sanzioni comminate.

⁵⁹⁸ Sentenza 4 marzo 2014 - Ricorso n. 18640/10 - Grande Stevens e altri c. Italia. La sentenza è nota per aver sancito qualificato come *ne bis in idem* la contemporanea presenza di sanzioni amministrative particolarmente afflittive e di sanzioni penali per il medesimo fatto: per quanto concerne invece il profilo che ci occupa v. parr. 106-161. Sul tema, in generale v. VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. Soc.*, 2014, pp. 693 ss.

⁵⁹⁹ Cons. Stato, 26 marzo 2015, nn. 1595, 1596 (in *Foro Amm.*, 2015, pp. 763 ss.): vale la pena rilevare che i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto illegittimo il Regolamento in parola non tanto per contrasto con le norme sovranazionali, quanto per violazione delle menzionate prescrizioni della l. 262/2005.

un regolamento volto a disciplinare il procedimento sanzionatorio⁶⁰⁰ - potrà già beneficiare delle considerazioni già formatesi in dottrina⁶⁰¹ e giurisprudenza, specie in relazione al *punctum dolens* rilevato in particolare dal Consiglio di Stato e cioè la possibilità di contraddire con gli organi istruttori di fronte all'organo chiamato a decidere in merito all'irrogazione della sanzione. Dal momento che non è presente una norma specifica che la esclude, si deve ritenere che - per quanto riguarda le sanzioni pecuniarie - sia ammesso il pagamento in forma ridotta previsto dall'art. 16 l. 689/1981⁶⁰²

L'art. 25 tratta anche della tutela giurisdizionale avverso le sanzioni comminate, istituendo una procedura giudiziaria ricalcata in gran parte su quella prevista sia dall'art. 22 ss l. 689/1981 che dall'art 195 T.U.F.: in particolare, ai sensi del c. 4, il revisore sanzionato può proporre opposizione alla Corte d'Appello nel cui distretto risiede (o ha sede legale, nel caso delle società di revisione), ovvero - "*nei casi in cui tale criterio non sia applicabile*" - si trova il luogo in cui ha avuto luogo la violazione⁶⁰³. L'atto deve essere inoltre preliminarmente notificato al MEF entro trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento sanzionatorio e successivamente depositato presso la Corte adita, la quale, "*su istanza delle parti, può fissare termini per la presentazione di memorie e documenti, nonché consentire l'audizione anche personale delle parti*". La norma dispone anche in tema di misure cautelari: replicando quanto viene previsto dal Codice di Procedura Civile in tema di sospensione dell'esecutività della sentenza di primo grado (artt. 282, 283), il D. Lgs. 39 dispone che l'opposizione non comporti *per se* la sospensione dell'esecuzione del provvedimento, che potrà però essere richiesta dal destinatario. Il giudice, "*se ricorrono gravi motivi*", può disporre detta sospensione con decreto motivato.

⁶⁰⁰ La fonte primaria, però, non prevede espressamente tale potere, con la conseguenza quindi che un regolamento siffatto sarebbe potenzialmente illegittimo per violazione del principio di legalità in materia amministrativa.

⁶⁰¹ cfr. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014.

⁶⁰² Critico sul punto, in termini di possibile depotenziamento della funzione deterrente della sanzione CERBO, *Vigilanza e sanzioni*, cit., p. 43.

⁶⁰³ Per quanto attiene ai profili di diritto intertemporale, la Cassazione (ord. 29.5.2014, n. 12089) ha avuto modo di chiarire che, anche alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 162/2012 - che come noto ha comportato la "ri-attribuzione" delle opposizioni avverso le tipologie di provvedimenti sanzionatori CONSOB al giudice ordinario -, anche i provvedimenti adottati in base all'abrogato art. 163 T.U.F. ricadano nell'ambito della competenza giurisdizionale indicata dalla norma in parola (prevalendo quale legge speciale sulle disposizioni dell'art. 6 D. Lgs. 150/2011 sull'opposizione alle ordinanze-ingiunzione).

La trattazione dell'opposizione è in rito camerale e la decisione assume forma di decreto: tale punto è particolarmente significativo, se si tiene conto del fatto che proprio la mancanza di un'udienza pubblica è stata censurata dalla Cedu⁶⁰⁴: non stupisce difatti che l'attuale versione dell'art. 195 T.U.F. (come risultante a seguito del D. Lgs. 72/2015, attuativo della Direttiva 2013/36/UE "CRD4") prevede che la trattazione dell'opposizione avvenga in tale forma e che la decisione, pertanto, prenda forma di sentenza (cc. 6, 7 disp. cit.). In sede di revisione della normativa primaria, sarebbe pertanto opportuno che il legislatore nazionale recepisca le indicazioni della Corte di Strasburgo.

6. La cooperazione tra Autorità di vigilanza a livello europeo e internazionale

L'ampio grado di concentrazione del mercato della revisione dei conti comporta, com'è facile prevedere, che i pochi *incumbent* siano capaci di operare efficientemente (per via delle economie di scala realizzate) in numerosi Paesi, con il realizzarsi quindi di quella asimmetria, già presente in altri mercati (come quello finanziario) tra un potere pubblico di vigilanza e controllo limitato alla sfera nazionale e un'attività economica da vigilare capace di operare *cross-border*. Anche per la materia dell'*auditing*, si è posto pertanto il problema di adottare, in un'ottica quanto meno di contenimento di questa problematica, forme di coordinamento tra le Autorità nazionali di vigilanza⁶⁰⁵. Occorre ovviamente distinguere, preliminarmente, tra le forme di cooperazione istituite all'interno dell'U.E., ove ovviamente finiscono per assumere rilievo gli strettissimi legami tra i Paesi membri, e il coordinamento con le

⁶⁰⁴ Nello specifico, la sentenza *Grande Stevens* (parr. 87 ss.) aveva ritenuto che eventuali carenze in termini di tutela del contraddittorio tra l'Amministrazione procedente e il soggetto destinatario del procedimento sanzionatorio, durante lo svolgimento di quest'ultimo; potesse essere "compensato" dalla possibilità di poter impugnare il provvedimento innanzi a un giudice dotato di *full jurisdiction*, cioè di tutti i poteri necessari per consentire un riesame pieno delle scelte dell'Amministrazione (sul punto si veda anche la sentenza Cedu *Menarini c. Italia*, 27 settembre 2011, ricorso 43509/08). Nel caso di specie, i giudici hanno ritenuto che il rito camerale (e, quindi, l'assenza di una pubblica udienza) non soddisfacesse tale requisito.

⁶⁰⁵ Particolarmente interessante, anche per le prospettive evolutive della regolamentazione europea, è il caso della disciplina delle agenzie di *rating*; anche alla luce delle (più volte sottolineate) similarità tra i revisori e queste ultime. Se, infatti, il primo strumento normativo adottato dalle Istituzioni comunitarie (Reg. n. 1060/2009) si basava sul coordinamento delle attività di vigilanza nazionali, posto in essere da un lato per mezzo dei "collegi dei supervisori" e dall'altro sull'attività consultiva del CESR (oggi sostituito dall'ESMA), in un quadro complessivo che lasciava comunque i poteri decisionali all'Autorità dello Stato membro d'origine dell'agenzia supervisionata (per un quadro generale del Regolamento del 2009, v. DE BELLIS, *La nuova disciplina europea delle agenzie di rating*, 2010, pp. 453 ss.); il Regolamento n. 513/2011 ha "centralizzato" i poteri di supervisione in capo all'ESMA, in relazione a tutte le agenzie di *rating* registrate sul territorio dell'Unione europea.

Autorità di Paesi terzi, sulla scia del resto di quanto disposto dalla Direttiva del 2006 (anche alla luce delle modifiche del 2014) e del D. Lgs. 39/2010.

Relativamente al primo aspetto (cooperazione intra-UE), si deve rilevare come essa è stata organizzata recependo i principi già elaborati in altre branche dell'ordinamento europeo in cui, come detto sopra, si erano posti i medesimi problemi dovuti all'integrazione transfrontaliera dei mercati: anche qui, difatti, il coordinamento si basa sul principio dell'*home country control* e della leale collaborazione⁶⁰⁶: in particolare, in attuazione di quanto richiesto da tali previsioni, l'art. 33 D. 39 ha inteso assegnare alla CONSOB il ruolo di Autorità nazionale competente per la cooperazione (anche internazionale), secondo le disposizioni del Decreto e dell'art. 4 T.U.F. A livello comunitario, particolarmente importante è anche il ruolo svolto dall'*European Group of Auditors' Oversight Body* (EGAOB)⁶⁰⁷, di carattere principalmente consultivo ma che ha assunto, mediante l'emanazione del *Guidance Paper* del 2009, un ruolo di vera e propria integrazione e specificazione (seppur solo a livello di *soft law*) dei precetti di fonte primaria. Riguardo a quest'organismo, deve rimarcarsi che la riforma del 2014 lo ha meramente rinominato in *Committee of European Auditor Oversight Bodies* (CEAOB), senza che le sue funzioni e compiti vengano modificate.

Più nello specifico, le modalità con cui la cooperazione viene realizzata si possono citare le eventuali richieste di informazioni tra Autorità, in relazione alle quali l'art. 33 c. 2 D. 39 ha designato la CONSOB (coerentemente con il c. 1 disp. cit.) quale "punto di contatto" per le richieste di informazioni (anche a livello internazionale, e non solo infra-comunitario). In particolare, secondo la *Guidance* dell'EGAOB, tali richieste devono essere comunque "necessarie e proporzionali" (al punto tale che si raccomanda di motivarle)⁶⁰⁸, specialmente sotto il profilo dell'impossibilità di ottenere quella data informazione da altre fonti: *ratio* è evidentemente quella di evitare flussi di richieste eccessivi, che andrebbero a detrimento del buon andamento dell'attività di vigilanza. Un'ipotesi automatica è però prevista dal c. 5 dell'art. 33, in caso di provvedimenti di sospensione o cancellazione

⁶⁰⁶ Come viene sottolineato, a commento degli artt. 32-36 Dir., da BARONCINI, *sub* art. 33, in *Appendice*, in (a cura di VELLA) *Commentario al T.u.f.*, cit., pp. 2076-2077.

⁶⁰⁷ Costituito ai sensi del'art. 2 par. 2 della decisione della Commissione 2005/909/CE del 14 dicembre 2005.

⁶⁰⁸ Par. 6 documento cit.

di un revisore italiano dal Registro, circostanza che dovrà essere comunicata a tutte le Autorità competenti.

Ancora, la collaborazione può riguardare anche lo svolgimento di attività volte ad acclarare specifici fatti o accadimenti, di interesse per le Autorità di altri Stati membri. In particolare, la *Guidance* distingue tra le ispezioni (intese come strumenti di verifica, essenzialmente preventiva, della *compliance* con la normativa applicabile) dalle vere e proprie indagini, che al contrario sono condotte per accertare possibili violazioni delle prescrizioni di legge e regolamentari⁶⁰⁹. Tale distinzione sembra valere soprattutto su di un piano di metodologia delle analisi di vigilanza: sul piano normativo, si deve osservare invece come il legislatore nazionale e comunitario abbiano trattato soltanto dell'effettuazione di indagini, o meglio ancora dell'esito di quest'ultime. In particolare, il c. 3 disp. cit. dispone che la CONSOB o il MEF, a seconda delle rispettive aree di competenza, “*giungano alla conclusione che siano in atto o siano state svolte attività contrarie alle disposizioni in materia di revisione legale in un altro Stato membro*”, dovranno informare l'Autorità competente di detto Stato membro, “*fornendo tutti gli elementi informativi utili*”. Finalità della norma è ovviamente quella di consentire l'adozione dei provvedimenti del caso da parte delle Autorità italiane, come si può desumere dal successivo c. 4, che disciplina invece l'ipotesi inversa, cioè il caso in cui siano le Autorità di altri Stati membri a notificare la CONSOB o il MEF di violazioni della normativa di riferimento sul territorio italiano da parte di revisori stranieri⁶¹⁰⁶¹¹.

Per quanto concerne, invece, la cooperazione internazionale propriamente detta, si devono innanzitutto analizzare i presupposti applicativi della stessa. Essa si fonda sull'iscrizione, in apposita sezione del Registro, dei revisori aventi sede in un Paese terzo (cioè, non membro dell'U.E.) da parte del MEF, sentita la CONSOB: tale iscrizione viene richiesta nel caso in cui tale revisore sia incaricato del controllo contabile di enti di Paesi terzi che quotino su mercati regolamentati italiani strumenti

⁶⁰⁹ Par. 6 doc. cit.

⁶¹⁰ Dal momento che la norma di legge fa riferimento all'esito dell'attività dei supervisori nazionali (in entrambe le ipotesi), è facile osservare che l'emersione di irregolarità può avvenire anche in caso di “ispezioni”, e che pertanto la tassonomia dell'EGA OB rileva appunto sul piano delle modalità e delle finalità degli effettuazioni degli interventi di vigilanza.

⁶¹¹ Secondo VALENTINO, *sub* art. 33, in (a cura di DE LUCA) *La revisione legale dei conti annuali e consolidati*, cit., p. 275, la capacità del sistema delineato dal legislatore europeo di funzionare dipenderà soprattutto da fattori culturali, più che normativi; e in particolare dalla velocità con cui gli Stati membri di più giovane adesione all'UE (e che quindi si sono allineati più di recente agli standard internazionali in materia di regolamentazione della finanza) si allineeranno alla cultura di vigilanza degli altri Paesi.

finanziari (art. 34 c. 1 D. 39), ed è ammessa solo ove siano rispettati i requisiti di cui al c. 2 disp. cit., che mimano quelli richiesti dall'art. 2 D. 39 per i revisori "nazionali". Principale dovere di questi soggetti sarà quello di comunicare alle Autorità italiane qualsiasi modifica delle informazioni fornite in sede di domanda di iscrizione.

L'iscrizione in parola comporta, in particolare la sottoposizione, a mente del c. 1 dell'art. 35, al sistema di vigilanza italiano (salva la possibilità di esentare questi *auditor* dalla *quality assurance* esterna, nel caso in cui si determini che tale sistema sia equivalente, "nei tre anni precedenti" a quello previsto dalla Direttiva 2006/43⁶¹²). Una deroga più ampia, di portata generale (in quanto investe l'applicabilità sia dell'art. 34 che dell'art. 35, e quindi del sistema di *public oversight* nella sua interezza), è ammessa qualora il MEF, su parere della CONSOB, riscontri l'equivalenza tra il sistema di vigilanza del Paese terzo con quello fissato dalla Direttiva 2006/43⁶¹³, oltre che la sussistenza di meccanismi di reciprocità⁶¹⁴. Il D. 39/2010 richiede, inoltre, la conclusione di accordi di cooperazione con le Autorità competenti degli Stati terzi, specie allo scopo di consentire un costante e tempestivo scambio di dati e informazioni.

Il quadro normativo delineato dagli artt. 34 e 35 sarà completato dall'emanazione di decreti del MEF, sentita la CONSOB.

⁶¹² A norma dell'art. 46 Dir., tale valutazione deve essere effettuata dalla Commissione, con la collaborazione delle Autorità degli Stati membri: a questi ultimi è consentito adottare una decisione autonoma solo fin quando non sia intervenuta una decisione dell'Esecutivo comunitario. Lo scopo della norma è quello di assicurare uniformità in merito alla determinazione del requisito dell'equivalenza dei regimi normativi applicabili (VALENTINO, *sub* art. 33, in (a cura di DE LUCA) *La revisione legale dei conti annuali e consolidati*, cit., p. 278) - anche ai fini della deroga "generale" di cui all'art. 36.

⁶¹³ Nei limiti delle attribuzioni della Commissione europea, di cui alla nt. precedente. Rileva VALENTINO, *sub* art. 33, cit., p. 278 che tale requisito dovrà essere inteso nel senso di una vera e propria eguaglianza delle normative comparate.

⁶¹⁴ Occorre precisare che la decisione della Commissione europea in merito all'equivalenza, rilevante sia ai fini dell'art. 35 che dell'art. 36, non comporta l'obbligo, per le Autorità nazionali competenti, di adottare i provvedimenti di esenzione, come risulta confermato del resto dal fatto che la valutazione di reciprocità è lasciata *in toto* a detti Enti (cfr. BARONCINI, *sub* art. 35, cit., p. 2093).

Capitolo 6

Conclusioni

1. Introduzione

Giunti al termine dell'esposizione della normativa applicabile, diviene necessario svolgere alcune considerazioni conclusive. Si pone, in altri termini, la necessità, dopo aver condotto un'analisi di tipo positivo (orientata a esaminare la normativa vigente e le sue implicazioni), di passare a un vaglio di natura normativa, su quali miglioramenti potrebbero essere apportati, in una logica di maggiore efficacia ed efficienza, a un quadro normativo mutato già molte volte nel corso degli ultimi anni⁶¹⁵. Un approfondimento del genere abbisogna, al contempo, non solo del dato giuridico-positivo, ma anche di una modellizzazione economica simile a quella che si è tentato di abbozzare nel Cap. 1: pare difatti non seriamente revocabile in dubbio, specie nel campo del diritto dell'economia, che il continuo processo di miglioramento della *regulation* passa non solo dando soluzione a problematiche prettamente giuridiche (come ad es., l'utilizzo di un miglior *drafting*, una migliore integrazione della disciplina settoriale con l'ordinamento nel suo complesso - e in particolare con i suoi valori fondativi -), ma anche comprendendo adeguatamente l'impatto che essa ha sulla realtà economica, specie in relazione alla capacità del diritto di contribuire al funzionamento di istituti, come la revisione contabile, sorti in seno alla prassi societaria e dei mercati finanziari e che rispondono a esigenze proprie di tale "mondo". Peraltro, l'opportunità di un approccio integrato tra diritto ed economia si avverte con ancora maggiore forza in un settore, come quello che ci occupa, nel quale non solo si sono succeduti nel tempo interventi normativi anche di ampio spettro, ma a tutt'ora la dottrina più sensibile all'influenza della scuola di *law and economics* avanza proposte di riforma, anche radicale, dell'istituto in parola⁶¹⁶.

Il Capitolo è strutturato come segue: il primo paragrafo tratterà in particolare del tema della disciplina della responsabilità del revisore, che (come abbiamo già avuto modo di ricordare *supra*) è il tema a cui la dottrina, italiana e straniera, si è maggiormente applicata. La rilevanza, quindi, del tema impone come operazione preliminare a una trattazione di più ampio respiro, anche e soprattutto alla luce del

⁶¹⁵ Sulla notissima distinzione tra analisi economica positiva e normativa, *inter alia*, LIEBERMANN-HALL, *Principi di economia*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2014, pp. 6-7.

⁶¹⁶ Si avrà modo di vedere nei parr. successivi che alcune, tra queste ipotesi, sostengono anche un ripensamento complessivo dello stesso ruolo del revisore dei conti.

fatto che il già menzionato approccio della *regulation through litigation* è stato quello maggiormente sostenuto dagli Autori, specie d'Oltreoceano. Le considerazioni critiche che verranno sviluppate sul punto consentiranno, in sede di par. 2, di sviluppare alcune riflessioni a più ampio spettro sull'assetto regolamentare "ottimale" (ovviamente, a modestissimo avviso di chi scrive), sfruttando in particolare molte degli elementi costitutivi del modello esposti nel Cap. 1: si darà inoltre atto di alcune delle ipotesi di revisione globale del sistema normativo dell'*auditing*, presentate dai cultori statunitensi dell'analisi economica del diritto. In conclusione, il par. 3 si occuperà della più volte citata riforma del 2014, sottoponendola a valutazione critica alla luce di quanto delineato in precedenza, cercando di delineare anche alcuni scenari futuri d'intervento.

2. Le regole di responsabilità civile: un vero "silver bullet"?

Abbiamo avuto modo di segnalare già in altre sedi di questo elaborato come, specie in seno alla letteratura americana, si ritenga che la via maestra per assicurare il miglior funzionamento dei presidi di *gatekeeping* sia costituito dalla *litigation* civile; posizione che peraltro è stata fatta propria anche da molti commentatori in Europa. Abbiamo già visto in precedenza come tale impostazione di *policy* sia tributaria di una visione della responsabilità civile, negli Stati Uniti, che ne sottolinea in particolare la funzione di deterrenza nei confronti di comportamenti, se non del tutto anti-sociali, quantomeno socialmente inefficienti, fondate in particolare sulla capacità dell'istituto di ri-allocazione dei costi sopportati (o imposti) dagli attori economici⁶¹⁷. Ciò del resto spiega la netta differenza dei temi e delle problematiche che la dottrina statunitense ha affrontato *in subiecta materia*, rispetto a quella del nostro Paese: mentre (come visto sopra) in quest'ultimo caso il dibattito si è incentrato sulla natura giuridica della responsabilità dei revisori verso i terzi, negli Stati Uniti si è controverso in particolare sui requisiti "ottimali" per l'affermazione della responsabilità dei revisori⁶¹⁸: si pensi ad es., al dibattito intercorso nei primi anni Duemila tra John Coffee Jr. e Frank Partnoy in merito alla configurazione di un

⁶¹⁷ In particolare, per la responsabilità civile come strumento di *cost-allocation* cfr. il noto volume di CALABRESI, *The cost of accidents: a legal and economics analysis*, New Haven (CT), 1970 (ed. it.: *Costi degli incidenti e responsabilità civile*, Milano, 1975). In relazione alla scuola che attribuisce alla responsabilità civile il compito di assicurare un adeguato livello di deterrenza, *ex multis*: POSNER-LANDES, *The economic structure of tort law*, Cambridge (MA), 1987.

⁶¹⁸ Va peraltro sottolineato che la medesima problematica si è posta più in generale per tutte le *securities litigation*, di cui il contenzioso contro i revisori costituisce una *species*.

modello di responsabilità oggettiva per i *gatekeepers*. Mentre il primo Autore proponeva, infatti, una responsabilità di tipo contrattuale, con fissazione di un minimo (determinato dalla legge) e di un massimo *ex contractu* sulla base di una percentuale del totale dei danni attesi attribuibili al revisore⁶¹⁹, il secondo sosteneva un modello legale in cui il *cap* fosse invece stabilito in percentuale rispetto ai ricavi attesi⁶²⁰⁶²¹. Si potrebbe citare, inoltre, il dibattito giurisprudenziale, a livello di Corti federali, concernente la limitazione della responsabilità del revisore ai soli casi di dolo ovvero anche alla colpa grave (*reckless*)⁶²², anche se il tema dell'elemento soggettivo ha avuto un peso non indifferente anche nell'ambito delle giurisdizioni statali⁶²³. Sul punto è però opportuno osservare come, a un'analisi più approfondita e imperniata su criteri funzionali, entrambe le riflessioni sono volte in ultima istanza a determinare il novero dei soggetti legittimati a essere risarciti dai controllori dei mercati finanziari, in particolare operando un bilanciamento tra istanze di tutela del pubblico dei risparmiatori (quindi, verso regole di responsabilità più severe) e la necessità di contenere la conflittualità giudiziaria reprimendo iniziative di scarso merito, sia per evitare che la macchina giudiziaria rischi di paralizzarsi, che per impedire fenomeni di *overdeterrence* e i relativi impatti negativi in termini di riduzione del tasso

⁶¹⁹ COFFEE JR., *Gatekeeper Failure and Reform*, cit.

⁶²⁰ PARTNOY, *Barbarians at the gatekeepers?: A proposal for a modified strict liability regime*, in (79) *Washington University Law Review*, 2001, pp. 491 ss.; ID., *Strict liability for gatekeepers: a reply to Professor Coffee*, in (84) *Boston University Law Review*, 2004, pp. 365 ss.

⁶²¹ Le proposte in commento sarebbero, a parere di chi scrive, sicuramente preferibili a una limitazione del *quantum* risarcibile che mantenga comunque un qualche requisito di imputazione soggettiva (come nel caso del *Final Report* commissionato dalla Commissione europea, vd. *supra* Cap. 4). Mentre proposte come quelle sopra delineate avrebbero il pregio di rendere quantomeno più facile e celere il risarcimento del danno (pur rendendo i revisori dei sostanziali garanti della bontà dell'informazione finanziaria dell'emittente - fatto che non sarebbe del resto un grave problema, visto che come visto sopra all'*auditing* la letteratura economica attribuisce anche una funzione del genere -), associare un qualche massimale agli importi risarcibili e la previsione di canoni di imputazione soggettiva finirebbe effettivamente per restringere in modo eccessivo le possibilità di risarcire i danni arrecati dal revisore al pubblico dei risparmiatori.

⁶²² I tribunali federali sono stati investiti dalla questione in sede di interpretazione del requisito dello *scienter requirement*, richiesto per il configurarsi della responsabilità per *aiding and abetting* (per la quale vd. *infra*). Allo stato attuale, forse anche allo scopo di limitare il contenzioso, il *leading case* rimane ancora la sentenza *Ernst & Ernst v. Hochfelder* [425 U.S. 185 (1976)], che ha optato per la prima delle due interpretazioni succitate.

⁶²³ Basti pensare infatti che la prima storica sentenza che riconobbe la responsabilità del revisore verso i terzi (il noto arresto *Ultramares* della *Court of Appeals* dello Stato di New York 74: A.L.R. p. 1139 (1931)) è, più precisamente, il primo caso di affermazione di responsabilità nei confronti dei terzi *per colpa* (per quanto limitata ai casi di *gross negligence*): difatti, secondo l'opinione tradizionale, in caso di false informazioni diffuse intenzionalmente anche i terzi potevano essere risarciti dal revisore (v. il caso *Landell* deciso dalla Corte Suprema della Pennsylvania: 264 Pa. 406 (1919)). Per un quadro d'insieme della giurisprudenza americana, a confronto con quella italiana, mi sia consentito rinviare a FORMISANI-RAZZANTE, *Finanza e responsabilità "da revisione": orientamenti a confronto*, cit., 3, pp. 11 ss.

d'innovazione, aumento dei costi di assicurazione e di potenziale abbandono del mercato di riferimento (c.d. *floodgate argument*)⁶²⁴. E' peraltro particolarmente importante osservare che tale bilanciamento, se si guarda all'esperienza comparata dei due ordinamenti, tende a essere inevitabilmente "dinamico" e a non stazionare quindi in un "giusto mezzo" che sarebbe del resto impossibile da conseguire. Nello specifico, l'ordinamento americano, specie in sede giudiziale, sembra aver privilegiato (almeno negli anni antecedenti alla crisi degli ultimi anni) un approccio tendenzialmente restrittivo⁶²⁵, presumibilmente ispirato proprio dalle esigenze sopramenzionate; mentre nel nostro sistema giuridico la giurisprudenza sembra aver seguito un corso più espansivo, con tutta probabilità nel tentativo di realizzare quegli obiettivi di rafforzamento della fiducia dei risparmiatori sopra citate (e forse anche per compensare alcune manchevolezze del sistema italiano di *enforcement* giudiziale⁶²⁶). Tale divergenza di obiettivi (perseguita, forse, più inconsciamente che deliberatamente) dai giudici trova fondamento nel diverso contesto dei mercati finanziari dei due Paesi presi a esempio: pare abbastanza ragionevole, infatti, ipotizzare che i giudici italiani siano particolarmente sensibili al tema della protezione dell'investitore in un contesto di scarso sviluppo e liquidità dei mercati in parola, mentre nel caso americano la dimensione particolarmente vasta del mercato dei capitali comporta un aumento proporzionale del relativo contenzioso: da qui la necessità di intervenire in funzione "repressiva" (anche qui temperando gli eccessi che alcuni istituti processuali potrebbero produrre in termini di sovradeterrenza). A riprova di quanto sopra constatato, si potrebbe citare l'evoluzione, per certi aspetti

⁶²⁴ Il contenimento della responsabilità entro limiti definiti, sia in relazione ai soggetti danneggiati che alla quantificazione del danno stesso, è del resto il principale tema di *policy* posto dalla categoria del danno c.d. meramente patrimoniale, per la quale rinviamo al Cap. 4 (nello specifico, nt. 27).

⁶²⁵ E' indicativa, sul punto, la giurisprudenza federale che ha escluso l'applicabilità delle clausole generali anti-frode dell'ordinamento dei mercati finanziari americano (*sec. 10(b)* del *Securities and Exchange Act* e *Rule 10(b)-5* della SEC) in relazione ai cc.dd. *secondary actors* (cioè i soggetti non direttamente coinvolti nella transazione fraudolenta, quindi anche i *gatekeepers*), precedentemente evocati in giudizio per *aiding and abetting* (cioè, per favoreggiamento), a partire dalla sentenza *Central Bank of Denver* della Corte Suprema (511 U.S. 164 (1994)). Anche per quanto riguarda la giurisprudenza statale, gran parte dell'evoluzione (specie nel dopoguerra) si è giocata tra l'adesione all'approccio accolto dal *Restatement (Second) of the Law of Torts* del 1977 al § 552, che affermava la responsabilità di colui che diffonde informazioni non veritiere solo nei confronti dei terzi "effettivamente previsti" come destinatari (c.d. *actually foreseen approach*) e l'impostazione, di gran lunga più espansiva, che invece riteneva risarcibili tutti i terzi che potevano essere previsti "ragionevolmente" come destinatari delle informazioni errate (c.d. *reasonable foreseeability rule*). E' importante, in altri termini, rimarcare come la tematica dell'estensione del novero dei soggetti risarcibili sia stata, negli Stati Uniti, un tema affrontato (anche) esplicitamente dalla giurisprudenza.

⁶²⁶ Per quanto riguarda il tema dell'impatto del *private enforcement* v. *supra*, Cap. 1 (in particolare, nt. 69).

simile, dell'ordinamento inglese: in tal caso, il rischio di un'incontrollata esplosione della *liability litigation* per danni meramente patrimoniale, specie per dichiarazioni erronee o fuorvianti⁶²⁷, abbiano inteso ritornare a posizioni più restrittive proprio a partire dai casi concernenti la revisione dei conti, per mezzo dell'introduzione del test tripartito di cui alla nota sentenza *Caparo v. Dickman*⁶²⁸

Il tema che si pone è, pertanto, particolarmente ampio e finisce per non essere limitato solo alla specifica formulazione/interpretazione delle norme in tema di responsabilità dei revisori, dei *gatekeepers* come categoria, o ancora più in generale sulla struttura della responsabilità civile nel peculiare contesto dei mercati finanziari: si tratta, come già detto sopra, dello stesso modo di intendere la funzione ultima della responsabilità civile, e cioè comprendere se essa debba essere vista solo come uno strumento *in terrorem* ovvero se assegnare rilievo preminente (o, forse, esclusivo) allo scopo compensatorio-ripristinatorio. Il tema non è di poco momento, in quanto non si riduce soltanto a una questione di *policy* che l'ordinamento intende perseguire, ma riguarda anche l'assetto positivo vigente: al di là delle indicazioni (*rectius*: dell'impostazione stessa che viene data allo strumento in sede di modellizzazione) che possono essere fornite dall'analisi giuseconomica, infatti, la stessa previsione di alcuni istituti peculiari esplicitano una filosofia di fondo delle *liability rules* in un senso o nell'altro: si pensi, ad es., ai danni punitivi (e al caso specifico dei *treble damages*⁶²⁹), ma anche a figure processuali come le *class action*, rispetto alle quali -

⁶²⁷ E' interessante notare come anche in Inghilterra, come nella *common law* americana, il superamento della *privity* sia passata per l'affermazione della responsabilità da prodotto difettoso, fattispecie in cui si è affermato per la prima volta che anche soggetti non in *privity* contrattuale potevano vantare un interesse tanto specifico da giustificare la sussistenza di un *duty of care*: cfr. *Donoghue v. Stevenson* (All ER Rep 1 (1932)). Il trend sopra segnalato fu inaugurato dalla sentenza *Hedley Byrne & Co. Ltd. V. Heller & Partners Ltd.* (2 All ER 575 (1963)) che, per l'appunto, affermò la responsabilità anche per *negligent misrepresentation*.

⁶²⁸ (2 AC 605 (1990)). Nello specifico, secondo il test, la responsabilità può essere affermata ove (i) il danno fosse prevedibile; (ii) la relazione tra danneggiante e danneggiato fosse sufficientemente prossima e (iii) il giudice ritenga che il caso controverso presenti comunque elementi di equità e ragionevolezza: si noti in particolare il significativo ampliamento della discrezionalità degli organi giudiziari, orientata a "dominare" il rischio "allagamento". Sulla responsabilità dei revisori nel diritto inglese, cfr. BUTA, *La responsabilità civile dei revisori nei confronti dei terzi nella common law*, in *Banca Borsa Tit. Cred.* 2004, pp. 346 ss.

⁶²⁹ Come noto, si tratta di una norma prevista espressamente da alcune leggi federali statunitensi (in particolare cfr. sec. 4(a) del *Clayton Antitrust Act*), che prevede un'automatica triplicazione dell'importo liquidato dalla corte, in sede di condanna per danni da violazione della legislazione antimonopolistica.

anche nel nostro Paese - si è rimarcata la natura essenzialmente deterrente della stessa⁶³⁰.

Con tutta probabilità, la questione perde di vista (come spesso accade quando si vuole presentare la soluzione di un problema in termini di un'alternativa "secca" tra due opzioni) due elementi non di poco momento, uno di natura "endogena" e un altro "esogeno". Quanto al primo, sembra più corretto osservare che, specie ove si consideri in particolare l'assetto del nostro ordinamento nazionale, la responsabilità civile assolve in realtà *entrambe* le funzioni sopramenzionate: essa è, difatti, a un tempo una sanzione (da intendere nel senso più ampio di "male" che viene imposto dal diritto a seguito dell'inosservanza delle regole prescritte dall'ordinamento) se vista dal punto del danneggiante, con la conseguenza quindi che essa finirà per svolgere (come tutte le sanzioni, del resto⁶³¹) una funzione sia general- che special-preventiva; mentre *ex latere creditoris* (cioè, del danneggiato) essa assume il ruolo di mezzo di reintegrazione del suo patrimonio nello *status quo ante*.

A prescindere da ciò, comunque, ritenere che le regole di responsabilità civile possano essere *per se* la soluzione dei problemi evidenziatisi negli ultimi anni, pare alquanto riduttivo. Tale approccio manca, infatti, di una valutazione "macro", cioè tende a non considerare le interrelazioni tra la specifica regolamentazione della responsabilità dei revisori e il più generale *framework* normativo che disciplina l'istituto; in uno con la necessità di prendere in considerazione, da un lato i rapporti tra la disciplina generale della responsabilità civile e, dall'altro, quella societaria e dei

⁶³⁰ In particolare, abbiamo già avuto modo di segnalare, nel corso del Cap. 4, la rilevanza sul piano della deterrenza, della funzione di aggregazione svolta dall'istituto in parola: sul tema, si veda anche, con riferimento all'ordinamento italiano (art. 140bis Codice del Consumo) AMATUCCI, *La vera ambizione delle azioni di classe: brevi note sulla deterrenza*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2008, 1, pp. 11 ss.

⁶³¹ L'impostazione secondo la quale il concetto di sanzione debba essere inteso in modo così lato è del resto alquanto comune nella letteratura: cfr. D'AGOSTINO, voce *Sanzione (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 303; MARRA, voce *Sanzione*, in *Dig. Disc. Priv. - Sez. Civ.*, Torino, 1998, in particolare pp. 160 ss. (difatti, l'A. cita espressamente il risarcimento del danno quale tecnica sanzionatoria). Diversa per certi aspetti è l'impostazione di BENAZZO, *Le "pene civili" nel diritto privato d'impresa*, cit., pp. 38 ss., che nel far proprio un concetto ampio di sanzione quale reazione a ogni violazione delle norme dell'ordinamento, ricollega una funzione general-preventiva solo alle sanzioni che assumono propriamente carattere punitivo (in quanto aventi capacità deterrente *ex ante* e afflittivo-retributiva *ex post*). Rispetto a questa impostazione, condividiamo la differenza tra pena e risarcimento in relazione alla tecnica impiegata dal legislatore (nel risarcimento la sanzione tende alla ricostruzione dello *status quo ante* eliminando gli effetti negativi della condotta antiggiuridica, mentre la pena *tout court*, stante l'impossibilità di far venire meno il fatto *contra ius*, può solo infliggere a sua volta un male), ma come detto sopra riteniamo che anche il risarcimento del danno possa comunque (sebbene, forse, con minore efficacia di un illecito tipizzato come quello penale) svolgere una funzione di deterrenza.

mercati finanziari⁶³²: pare del resto un'acquisizione non seriamente revocabile in dubbio, anche grazie agli studi giuseconomici, che gli strumenti *iure privatorum* possano essere impiegati come tecniche regolatorie del mercato, senza che questo debba necessariamente condurre a una qualche “funzionalizzazione” dell'autonomia privata⁶³³. Questa considerazione costituisce la base da cui si muoverà il par. successivo.

3. “A bigger picture”: la revisione dei conti del “reticolo” dei controlli e delle supervisioni. L'assetto normativo vigente.

Come abbiamo avuto modo di vedere nel corso del Cap. 1, nessun ordinamento moderno - a conferma implicita di quanto si è appena sostenuto - affida solo a strumenti privatistici la preservazione (e, in un certo qual modo, anche la promozione) del ruolo fiduciario assegnato dall'ordinamento al revisore dei conti (o agli altri *gatekeeper*). La stessa possibilità di comminare sanzioni di vario tipo viene introdotta, sebbene vi sia una certa fungibilità sul piano funzionale⁶³⁴, proprio perché vi sono due interessi diversi e nettamente distinti che gli strumenti in parola vengono chiamati a presidiare: da un lato, la responsabilità civile protegge l'interesse privato al risarcimento del danno/restituzione di un profitto ingiusto; dall'altro le sanzioni amministrative si pongono a tutela dell'interesse generale al rispetto della legislazione di settore e della relativa normativa secondaria; con la conseguenza, pertanto, che i due strumenti non possono essere visti come “doppioni” l'uno dell'altro. Del resto,

⁶³² Assumendo particolare rilievo, a tal proposito, l'architettura normativa dei controlli societari e il rapporto con le Autorità di vigilanza. Al contempo, si può ovviamente immaginare anche il processo inverso, nel caso cui cioè siano problematiche di *corporate governance* in generale a influire sui dibattiti in materia di regolamentazione della revisione dei conti: si veda ad es., ANAND-MOLONEY, *Reform of the audit process and the role of shareholder voice: transatlantic perspectives*, in (5) *European Business Organization Law Review*, 2004, pp. 223 ss., in cui il tema dei poteri dell'assemblea su nomina, revoca e in generale partecipazione della stessa al processo di verifica dei conti viene inserita nel dibattito sull'attivismo degli azionisti e sulla conseguente attribuzione di maggiori poteri all'organo assembleare (sul tema mi si consenta di rinviare a FORMISANI, *L'attivismo degli azionisti nelle banche quotate: elementi empirici e dibattito giuseconomico*, in *Il diritto patrimoniale di fronte alla crisi economica in Italia e in Spagna*, Padova, 2014, pp. 97 ss.).

⁶³³ ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in (a cura di MAUGERI-ZOPPINI) *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, pp. 9 ss.

⁶³⁴ Particolarmente marcata, come si può facilmente immaginare, nel caso delle sanzioni pecuniarie; anche se in realtà il punto da rimarcare è che entrambe sono reazioni *ex-post* che infliggono un male a fronte di una violazione di legge, differenziandosi in base al soggetto legittimato ad agire: difatti, si sottolinea, come differenza non di poco momento, è che i sistemi di *private enforcement* sono essenzialmente “decentrati” (in quanto non vi sono, in genere, restrizioni ai soggetti che possono agire in giudizio), rispetto alla centralizzazione in capo a un unico soggetto “agente” tipica dell'*enforcement* pubblicistico. Quest'ultima circostanza assume rilievo, in particolare, con riguardo alle modalità di reperimento delle informazioni necessarie per intraprendere tale attività (cfr. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione*, in cit., pp. 19-20).

parrebbe quantomeno una contraddizione in termini affermare (in maniera oramai tratatizia) la qualità “pubblica” della funzione del revisore e, al contempo, lasciare che sia esclusivamente il mercato a dettare gli incentivi utili a tale scopo⁶³⁵.

Il sistema normativo che è stato descritto succintamente nei capitoli precedenti incorpora, al contempo, numerose strategie regolamentari⁶³⁶ che al contrario operano *ex ante* (cioè, in un momento antecedente alla concreta operatività dell'*agent*). Si pensi ad es., ai requisiti previsti a tutela dell'indipendenza che, a legislazione vigente, finiscono addirittura per combinare, a seconda dei casi, una strategia regolatoria *standard-based*⁶³⁷ con una “aggiuntiva” *rule-based* (nel caso specifico della revisione degli EIP⁶³⁸); entrambe chiamate a operare in un'ottica di tipo “preventiva”. O, ancora, si pensi alla previsione di strategie di tipo “procedimentale” nel caso dei processi di conferimento/conclusione anticipata dell'incarico di revisione - tipiche strategie di *governance* -, in cui assumono comunque un ruolo di non poco momento le strategie regolatorie che si basano su regole specifiche⁶³⁹. Nel caso della revisione degli EIP, il “dialogo” tra il CCI e il revisore a seguito della presentazione della relazione prevista dall'ultimo comma dell'art. 17 D. Lgs. 39 (ma anche, e forse ancora più propriamente, lo stesso obbligo di scambio di informazioni *ex art. 2409septies* Cod. Civ.), se intesa anche come uno strumento volto a promuovere una qualche *moral suasion* dell'organo di controllo interno⁶⁴⁰, potrebbe essere letto come una strategia di *governance* del rapporto. Non mancano inoltre le soluzioni cc.dd. strutturali: in particolare, nel nostro ordinamento non si è avuta l'istituzione *tout court* di nuovi organismi (come nel caso degli Stati Uniti con il PCAOB), ma piuttosto la rimodulazione delle varie competenze *in subiecta materia* tra le Autorità pubbliche

⁶³⁵ Pur nella diversità delle conclusioni raggiunte, il punto è chiaramente illustrato da E. BARCELLONA, *Responsabilità proporzionale dei gatekeepers e “regime di produzione” (pubblicistico, para-pubblicistico, para-privatistico) del bene “informazione”*, in (a cura di MONTALENTI) *Responsabilità societarie e assicurazione*, Milano, 2009, pp. 39 ss. (in particolare, v. pp. 63 ss.).

⁶³⁶ Per la definizione di questo concetto cfr. *supra* cap. 1, al quale si rinvia anche per quanto concerne i metodi di classificazione che verranno applicati alle disposizioni citate di seguito.

⁶³⁷ Nella misura in cui vengano in rilievo le clausole generali applicabili a tutti i revisori poste dall'art. 10 D. Lgs. 39/2010.

⁶³⁸ Cioè, l'elenco dei servizi *non-audit* vietati di cui all'art. 17 c. 3 D. Lgs. cit.

⁶³⁹ Dal momento che, come si ricorderà, la conclusione anticipata dell'incarico è ammissibile solo nei casi disposti dal Regolamento recato dal D.M. 28 dicembre 2012, n. 261. Nel caso del conferimento siamo in presenza di un caso leggermente diverso, in quanto l'iscrizione nel Registro dei revisori - sebbene richieda *anche* di requisiti specifici accertabili (tendenzialmente *icto oculi*) - necessita in particolare di una valutazione sull'attitudine professionale per mezzo dell'esame di idoneità professionale di cui all'art. 4; rendendosi quindi necessario un accertamento discrezionale (se non *tout court*, quantomeno di tipo tecnico).

⁶⁴⁰ Anche se ovviamente appare molto più plausibile che tale funzione sarà svolta dal revisore nei confronti degli organi sociali e del *senior management*.

coinvolte. Con tutta probabilità anche la previsione di poteri di normazione “delegata” in capo alle Autorità “tecniche” (indipendenti o meno che siano) potrebbe essere ricompresa in tale novero⁶⁴¹.

Questi brevi esempi possono bastare per comprendere la complessità del quadro normativo e regolamentare necessario per perseguire gli obiettivi di affidabilità ed efficacia della revisione, la quale a sua volta è strumentale all’efficienza e integrità del mercato nel suo complesso⁶⁴². L’articolazione particolarmente strutturata dei sistemi normativi moderni testimonia, a nostro modo di vedere, in maniera alquanto icastica come la (possibile) soluzione di un problema di *agency* particolarmente difficile - alla luce della mancanza della flessibilità tipica dello strumento contrattuale e tenuto conto, inoltre, della molteplicità degli attori coinvolti - richieda non solo l’interazione tra più strumenti normativi, ma anche tra i vari soggetti (pubblici, privati, espressione dell’autoregolamentazione) legittimati ad attivarli. In altri termini, la corretta incentivazione dell’*agent*-revisore non potrà mai basarsi solo su strumenti *lato sensu* sanzionatori, ma richiede anche la previsione di norme che incidano sulla stessa struttura del rapporto: direttamente, con regole specifiche, ovvero in via indiretta prevedendo poteri o compiti particolari in capo alle parti della relazione; come del resto, vista la rilevanza generale degli interessi in gioco, sarà del resto necessario un qualche intervento da parte degli attori pubblici⁶⁴³.

La bontà di tale impostazione ci pare confermata, del resto, proprio in considerazione del fatto che alcuni Autori non solo hanno riconosciuto la sussistenza di una problematica di *agency*⁶⁴⁴ - proprio alla luce (come nel caso dei revisori) del medesimo compito di tutela di interessi altrui e della conseguente possibilità di agire

⁶⁴¹ Discorso a parte andrebbe invece fatto per le norme che prevedono doveri informativi nei riguardi delle Autorità di vigilanza finanziaria, Sulle diversità tra le strategie di *whistleblowing* e di *gatekeeping* cfr. *supra* Cap. 1.

⁶⁴² La stessa revisione dei conti, intesa quale strumento di monitoraggio indipendente sull’operato del *management* dell’impresa, è inserita da KRAAKMAN *et al.*, *The anatomy of corporate law*, cit., p. nell’ambito delle strategie di *governance* proprie dei rapporti di *agency* societari. In particolare, la revisione dei conti viene inquadrata come una strategia di *trusteeship* (cioè, per l’appunto, di controllo e verifica da parte di soggetti che non versano strutturalmente in condizione di conflitto d’interessi), al pari ad es., della nomina degli amministratori indipendenti.

⁶⁴³ Parte della dottrina giuseconomica italiana ha plasticamente sottolineato la necessità di distinguere tra le norme che *gestiscono il rischio* della commissione di tali atti (tra le quali rientrano anche quelle che approntano strumenti di natura preventiva, etc..) e quelle che attengono alla *gestione delle conseguenze* degli illeciti (compensazione delle vittime, efficacia della sanzione, etc...): v. DENOZZA-TOFFOLETTO, *Funzione compensatoria ed effetti deterrenti dell’azione privata nel diritto antitrust*, in (a cura di MAUGERI-ZOPPINI) *Funzioni del diritto privato*, cit., p. 194.

⁶⁴⁴ In questo caso tra le Autorità di Vigilanza (*rectius*: tra i funzionari di dette Autorità) e una vasta serie di *principal*, tra i quali possono essere citati in particolare le Autorità politiche e gli stessi utenti di servizi finanziari.

in maniera opportunistica - ma anche alla luce del fatto che tali questioni sono state affrontate facendo ricorso alla stessa metodologia summenzionata⁶⁴⁵.

Dato quanto precede, non stupisce che la risposta agli scandali che hanno toccato la revisione contabile nel corso degli ultimi anni sia stato più nel senso di rafforzare i presidi normativi di stampo “pubblicistico” che di inasprire le norme sulla responsabilità civile⁶⁴⁶ - specie sotto il profilo della gestione (e repressione) dei conflitti d’interesse⁶⁴⁷ -, a testimonianza della necessità di intervenire in un’ottica di *prevenzione* di comportamenti pregiudizievoli per l’integrità del mercato, e non solo quindi con strumenti di stampo repressivo. A tal riguardo si potrebbero citare, ad es., la previsione di ruoli di “titolari esclusivi” della sola iniziativa o dell’intero processo in tema di conferimento dell’incarico di revisione in capo all’organo di controllo interno - con la finalità di sottrarre alle possibili influenze del *management* la scelta dell’*auditor* -, per passare per il già citato divieto di prestazione dei servizi *non-audit* e la previsione di meccanismi di rotazione obbligatoria (solo del socio responsabile, dell’intera *firm* o di entrambi), per concludere con il controllo delle Autorità settoriali in relazione alla sussistenza dei presupposti per la cessazione anticipata dell’incarico⁶⁴⁸. Per dovere di completezza, occorre comunque osservare come anche le sanzioni propriamente dette (quindi strumenti d’intervento *ex-post*) sono state rafforzate nel corso degli ultimi anni, anche se in un’ottica (sicuramente condivisibile) volta più ad ampliare il novero degli strumenti utilizzabili che non il *quantum* eventualmente irrogabile⁶⁴⁹.

⁶⁴⁵ Cfr. ENRIQUES-HERTIG, *The governance of financial supervisors: improving responsiveness to market developments*, cit., pp. 357 ss; nonché ENRIQUES, *La governance delle Autorità di vigilanza: teoria e prassi*, in (a cura di AA.VV.) *Società, Banche e Crisi d’Impresa*, Torino, 2014, vol. 3, pp. 2053 ss.

⁶⁴⁶ Si deve tenere conto del resto che in ordinamenti come quello italiano, ispirati alla responsabilità solidale tra gli autori dell’illecito e al principio del risarcimento integrale del danno subito, pare alquanto difficile ipotizzare norme più “dure”; salvo forse introdurre espressamente forme di inversione dell’onere probatorio, palesando quanto la giurisprudenza tende a realizzare con l’impiego delle presunzioni, specie in tema di nesso causale, descritte *supra*, Cap. 4.

⁶⁴⁷ La centralità della tutela dell’indipendenza, in tutte le fasi del rapporto, è - come si è avuto modo di osservare - il punto focale sia della direttiva del 2006 che della riforma comunitaria del 2014.

⁶⁴⁸ Ad es., le prime tre soluzioni citate si possono rinvenire sia nell’ordinamento italiano - a partire dalle modifiche apportate al T.U.F. dalla l. 262/2005 - che in quello statunitense, con il *Sarbanes-Oxley Act*. In generale, si è rimarcato come gli interventi normativi della metà del decennio scorso siano stati ispirati da una logica di rafforzamento dei presidi di *public enforcement*: cfr. FERRARINI-GIUDICI, *La legge sul risparmio, ovvero un pot-pourri della corporate governance*, in *Riv. Soc.*, 2006, pp. 573 ss.

⁶⁴⁹ Nel caso specifico dell’ordinamento italiano, è interessante notare come si sia proceduto (a differenza per es., del sistema giuridico americano) per fasi di de- e ri-regolamentazione, processo che si nota molto chiaramente nel periodo a cavallo tra fine e inizio secolo: difatti, mentre la versione storica del T.U.F. aveva eliminato alcune previsioni disposte dal D.P.R. 136/75 (come il *cooling-off* per

Tanto premesso, quindi, il *trend* delineatosi nelle legislazioni dei Paesi a maggiore sviluppo finanziario - almeno in via tendenziale, e rimanendo quindi su di un piano “macro” e di *policy* - pare sicuramente apprezzabile: la sostanziale coincidenza di molte delle soluzioni adottate tra i vari Paesi testimonia come la sensibilità moderna al tema sia soprattutto nel senso di rafforzare l’indipendenza del revisore - con la conseguenza quindi di prevedere tutti i “baluardi” necessari a tale scopo -. Un punto degno di menzione rimane la netta diversità di approccio tra gli Stati Uniti e l’Unione europea in tema di rotazione obbligatoria delle imprese di revisione contabile, non prevista nel caso dell’ordinamento nordamericano nonostante più volte il PCAOB avesse posto in consultazione delle proposte in tal senso⁶⁵⁰. Tale divergenza si giustifica anche (e forse soprattutto) alla luce del fatto che né il *Sarbanes-Oxley Act* né la legislazione emanata successivamente hanno previsto espressamente tale obbligo, lasciando la questione nelle mani di un regolatore - il PCAOB - che probabilmente ha subito un’azione di *lobbying* particolarmente forte (ed efficace, allo stato attuale) volta a evitarne l’introduzione.

Un’analisi approfondita della normativa vigente rischierebbe di essere però sostanzialmente inutile, alla luce non solo di quanto già esposto nei capitoli precedenti ma anche dell’incombente attuazione della riforma europea del 2014. Nel prossimo paragrafo ci si concentrerà quindi sulle innovazioni di cui si attende l’ingresso nell’ordinamento nazionale.

4. La riforma del 2014...e oltre: ulteriori riforme ipotizzabili.

Nell’attesa che la riforma adottata dalle Istituzioni europee venga recepita nel nostro ordinamento, parallelamente a quanto fatto nel par. precedente per la legislazione nazionale vigente (al momento ovviamente in cui si completa il presente

la società di revisione, o i poteri della CONSOB in tema di revoca d’ufficio e di “bocciatura” della revoca deliberata in assenza di giusta causa) successivamente riprese dalla l. 262/2005.

⁶⁵⁰ La *concept release* emanata nell’agosto 2011 dall’Organo di Vigilanza americano è rimasta senza seguito, e al contrario si registrano dichiarazioni sulla stampa economica da parte del Presidente del PCAOB secondo il quale l’Ente non sta perseguendo “attivamente” l’introduzione della norma in questione (cfr. l’articolo *PCAOB’s Auditor Rotation Project is Essentially Dead* apparso sul *Wall Street Journal* del 5 febbraio 2014). La questione ha peraltro sollevato anche un problema di competenze tra il Congresso e il PCAOB, dal momento che alcuni parlamentari hanno inteso l’assenza di una previsione specifica come un divieto per la Vigilanza di adottare una normativa in proposito: ciò ha condotto a una proposta di legge che addirittura intendeva interdire espressamente al PCAOB tale potere (Disegno di legge H.R. 1564 del 113° Congresso *Audit Integrity and Job Protection Act*, approvato solo dalla Camera dei Rappresentanti).

lavoro), è possibile comunque tracciare un primo bilancio di tale intervento riformatore.

E' necessario premettere, in particolare, che gli interventi apportati dalla novella in parola possono essere ricondotti, in termini di policy, entro tre ambiti: *in primis*, si riscontra l'introduzione di nuove norme predisposte allo scopo di regolamentare temi e problematiche già ben presenti ai legislatori e ai regolatori. Più nello specifico, infatti, a essere stati oggetto di attenzione sono state sia il tema dell'indipendenza e della prevenzione/gestione dei conflitti d'interesse⁶⁵¹ che la previsione di regole dalle chiare finalità pro-concorrenziali, volte a ridurre il noto problema dell'alto grado di concentrazione del mercato della revisione⁶⁵². Ulteriore ambito d'intervento concerne l' "affinamento" di norme e strumenti già previsti dalla riforma del 2006, specie in relazione alla disciplina del rapporto tra revisore e società revisionata: a tal proposito, si può menzionare l'eliminazione della possibilità, per gli Stati membri, di *opting-out* rispetto ai principi di revisione approvati dalla Commissione europea⁶⁵³ o anche, per la revisione degli EIP (e nel quadro dei rapporti tra revisore e Comitato per il controllo interno), l'introduzione della relazione di revisione "interna" (e di maggior dettaglio) destinata proprio all'organo sociale di controllo o anche, le nuove disposizioni in tema di *quality assurance* e di supervisione pubblica. Infine, il terzo gruppo riguarda, in particolare, la previsione di requisiti totalmente nuovi, in quanto concernenti aspetti in precedenza sconosciuti alla regolamentazione dell'*auditing*: il riferimento è alle nuove norme sull'*internal governance* e sull'organizzazione del lavoro delle società di revisione.

Ai sensi degli artt. 24bis e 24ter Direttiva , si prevede infatti - sintetizzando in poche parole l'articolato contenuto delle disposizioni citate - l'obbligo d'istituzione di un sistema di controllo interno, che implichi l'adozione di metodi e procedure formalizzate per la gestione e valutazione dei rischi, oltre all'introduzione di

⁶⁵¹ Si pensi ad es., alle regole più stringenti dettate dalla nuova Direttiva in tema di rapporti tra rapporti tra revisore e società revisionata (incluso il nuovo *cooling off* di cui all'art. 22bis) ovvero (per quanto attiene il nuovo Regolamento EIP) la previsione delle più stringenti norme relative alla prestazione dei servizi *non-audit* (inclusa la previsione di un vero e proprio tetto ai corrispettivi derivanti dai servizi non espressamente vietati).

⁶⁵² Basti citare, tra le misure già citate nei precedenti capitoli, il divieto di clausole contrattuali *Big four only*, o anche (e forse soprattutto) l'introduzione del c.d. passaporto europeo, in uno (nel caso della revisione degli EIP) con la già menzionata possibilità di estendere sino a 20 anni la durata dell'incarico a seguito di una procedura competitiva tra più *auditor*.

⁶⁵³ A tal riguardo, si segnala anche l'espressa previsione a livello legislativo del principio dello scetticismo professionale, che (come visto sopra) era prima disposto solo a livello di normativa professionale.

disposizioni per il monitoraggio dello svolgimento degli incarichi e della relativa attività posta in atto dal personale (riguardo al quale, peraltro, si prevede l'obbligo di predisporre politiche retributive che dovranno, in particolare, essere svincolate dal fatturato derivante dalla prestazione dei servizi *non-audit*). L'applicazione di questa norma avverrà secondo un principio di proporzionalità, dal momento che i "sistemi di controllo interno" dei revisori dovranno essere articolati in base ad "*ampiezza e (...) complessità*" delle attività svolte. Inoltre, si prescrive che le eventuali esternalizzazioni del sistema instaurato dovranno essere poste in essere in modo tale, da un lato, da non comprometterne la qualità, né da impedire l'esercizio delle attività di vigilanza. Vengono, infine, disposti obblighi di documentazione, specie in relazione a incidenti o criticità occorse nello svolgimento degli incarichi.

Se da un lato, quindi, la riforma ha proseguito nell'opera di miglioramento delle soluzioni approntate rispetto ai noti e ampiamente dibattuti problemi posti dal corrente assetto del mercato della revisione, anche approntando delle soluzioni estremamente innovative e di indubbio interesse⁶⁵⁴ - specie in un'ottica di maggiore trasparenza e *disclosure* -; dall'altro si deve registrare - come dato di maggior spessore e come innovazione da valutare in modo particolarmente positiva - l'attenzione dedicata dal legislatore europeo al problema del governo delle società di revisione e dei loro processi di lavoro. Con la Direttiva in parola, difatti, seguendo peraltro una strada già tracciata dall'autoregolamentazione di origine professionale in Inghilterra⁶⁵⁵, si è inteso dare risposta a un tema spesso sollevato dai commentatori specie di area anglosassone, e cioè la presenza di problemi di *agency* tra i *partner* delle società di revisione e i clienti⁶⁵⁶. La previsione di un vero e proprio sistema di controllo interno, in altri termini, oltre a consentire una gestione più ordinata ed efficace di organizzazioni che hanno raggiunto in molti casi significativi livelli di complessità, dovrebbe permettere anche un maggiore scrutinio sull'operato dei *partner* e, più in generale, consentire quella procedimentalizzazione delle attività societarie che viene spesso invocata come strumento (di carattere preventivo) per

⁶⁵⁴ Si deve precisare come in questa sede si intende esprimere un giudizio di carattere complessivo sulla riforma, anche se ovviamente - come si è avuto modo di accertare nei Capitoli precedenti, in sede di analisi delle singole norme - non mancano alcune soluzioni criticabili: si pensi al potenziale allungamento fino a 20 anni della durata dell'incarico nel caso degli EIP.

⁶⁵⁵ V. l'*Audit Firm Governance Code* adottato nel gennaio 2010 dal *Financial Reporting Council* e dall'*Institute of Chartered Accountants in England and Wales* (ICAEW).

⁶⁵⁶ COFFEE JR., *Gatekeepers*, cit., pp. 325-326; PARTNOY, *Barbarians at the gatekeepers?*, cit., p. 500.

porre rimedio a tali problematiche⁶⁵⁷. Si tratta, in altri termini, di una novità di particolare rilievo, rispetto alla quale sarà comunque necessario valutarne la concreta attuazione nella prassi - cosa che, del resto, si renderà opportuna anche in relazione alle soluzioni più “modernizzatrici” - .

Pur avendo colmato, a modesto avviso di chi scrive, una lacuna di non poco momento e ad aver complessivamente rafforzato i presidi normativi dell’attività di *auditing*, deve rilevarsi come - ovviamente - ulteriori interventi normativi potrebbero essere prospettati. In particolare, la dottrina nordamericana aveva in passato avanzato alcune proposte, in larga parte viste come possibili soluzioni alle problematiche poste dalla *liability crisis*, che comportano comunque una modifica globale del ruolo del revisore: si pensi ad es., all’ipotesi di sostituire il giudizio sul bilancio da una vera e propria assicurazione sui bilanci e sull’informativa finanziaria (*financial statement insurance*, FSI)⁶⁵⁸, lasciando quindi l’assicuratore a scegliere il revisore dei conti, il quale avrebbe - secondo questo schema - il ruolo di valutare i conti della società sottoposta a revisione e di emettere il relativo giudizio proprio allo scopo di consentire all’assicuratore di decidere se (e a quali condizioni) concludere l’assicurazione in parola. Qualora tale opzione venisse seguita, nelle intenzioni degli estensori, il ruolo dell’*auditor* sarebbe maggiormente allineato con quello degli azionisti, rispetto al modello (statunitense) dominante; ma (soprattutto, aggiungiamo) rispetto al giudizio annuale sui bilanci si introdurrebbe un sistema di *signalling*, basato sul rapporto (inversamente proporzionale) tra qualità dell’informativa finanziaria e premio da corrispondere - in altri termini, su meccanismi di mercato, i quali spingerebbero anche i revisori a una maggiore trasparenza verso il mercato - .

⁶⁵⁷ DI GASPARE, *Riflessioni su consiglio di amministrazione e board of directors nella gestione dei problemi di agenzia*, in *Comparazione e Diritto Civile*, maggio 2012 (disponibile al sito: http://www.comparazonedirittocivile.it/prova/files/digaspare_riflessioni.pdf). La letteratura sul tema dell’evoluzione dell’amministrazione delle s.p.a. post-riforma è semplicemente sconfinata: qui ci limitiamo a segnalare, in particolare, la monografia di IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull’art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. Comm.*, 2006, I, pp. 5 ss.; MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell’attività imprenditoriale*, in AA.VV. *Amministrazione e controllo nel diritto delle società - Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010pp. 728 ss. Colpisce, del resto, come anche i cultori delle scienze organizzative abbiano auspicato un rafforzamento del controllo pubblico sui revisori analizzando, tra l’altro, anche le problematiche di governo delle imprese di revisione contabile (cfr. CATINO, *Gatekeepers miopi? Aspetti organizzativi del fallimento dei controlli*, in *Stato e Mercato*, 2010, pp. 219 ss.).

⁶⁵⁸ RONEN, *Post-Enron reform: financial statement insurance and GAAP re-visited*, in (8) *Stanford Journal of Law, Business and Finance*, 2002-2003, pp. 39 ss. La proposta è stata ripresa anche da CUNNINGHAM, *Choosing gatekeepers: the financial statement insurance alternative to auditor liability*, in (52) *UCLA Law Review*, 2004, pp. 412 ss.

Ispirata a quest'ultima *policy* è anche l'idea di consentire alle società di revisione di cartolarizzare i rischi legali (in particolare, da risarcimento danni), soluzione che - a giudizio dell'Autore - potrebbe essere una valida alternativa alla previsione di massimali ai danni risarcibili⁶⁵⁹. Probabilmente, però, tali soluzioni (che comunque potrebbero meritare un maggiore approfondimento da parte della comunità scientifica) sono figlie di uno *zeitgeist*, come quello precedente alla Grande Recessione, in cui si riponeva molta più fiducia nelle virtù autoregolatrici del mercato e sulle capacità di *market making* delle operazioni di cartolarizzazione: del resto, la stessa esperienza della crisi ha mostrato che le capacità di monitoraggio da parte di assicuratori e sottoscrittori di cartolarizzazioni sono fortemente viziate da problemi di asimmetrie informative.

Ulteriori proposte riguardano anche lo stesso processo di nomina del revisore: coerentemente con una visione pubblicistica del ruolo del controllore dei conti, ad es., si potrebbe riprendere la soluzione che già nel 1961 la Commissione Santoro Passarelli aveva ideato, in sede di elaborazione di una riforma organica delle società che raccoglievano risparmio sui mercati dei capitali⁶⁶⁰: il potere di nominare il revisore degli enti che operano in qualche modo sul mercato finanziario (grosso modo, i moderni EIP) potrebbe essere assegnata a un ente pubblico. Non è mancato inoltre chi ha proposto di nominare il revisore per mezzo di un'estrazione a sorte, che potrebbe essere condotta o da un ente pubblico sulla base dei candidati selezionati dallo stesso ente revisionato, ovvero mediante selezione causale dei candidati che hanno manifestato il loro interesse alla luce del corrispettivo indicato dall'offerente⁶⁶¹

In conclusione, vorremmo presentare in questa sede anche due ipotesi che, si auspica, possano contribuire al dibattito su eventuali, future, riforme del settore:

- La prima concerne il procedimento di nomina del revisore: ad avviso di chi scrive, si potrebbe esplorare la possibilità di coinvolgere i creditori dell'ente revisionato in tale processo, prevenendo che almeno quelli particolarmente

⁶⁵⁹ CUNNINGHAM, *Securitizing audit failure risk: an alternative to caps on damages*, in (49) *William and Mary Law Review*, 2007, pp. 711 ss.

⁶⁶⁰ In particolare, secondo la relazione della Commissione (in *Riv. Soc.*, 1964, pp. 438-440) il revisore sarebbe dovuto essere esso stesso un pubblico ufficiale (nello specifico, un funzionario della Banca d'Italia alle dipendenze di una costituenda "sezione di vigilanza per le società") da destinare, su base della nomina da parte del Governatore, alla verifica dei conti delle varie società che raccoglievano il pubblico risparmio.

⁶⁶¹ KAHN-LAWSON, *Who's the boss: controlling auditor selection through random selection*, in (53) *Emory Law Journal*, 2004, pp. 391 ss.

qualificati (si pensi agli obbligazionisti⁶⁶²) possano o esprimere un parere non vincolante ovvero una vera e propria delibera (con la conseguenza, quindi, che il revisore sarebbe nominato solo ove la delibera assembleare concordi con la decisione dei creditori). Tale proposta prende spunto dalla considerazione, già presentata nel Cap. 1, che anche i creditori sociali - al pari degli azionisti - come possono beneficiare del monitoraggio svolto dall'*auditor* ben possono essere danneggiati dalle negligenze di questi. Pertanto, tenuto conto che capitale di debito e di rischio nulla sono se non forme diverse di finanziamento dell'impresa (con la sostanziale differenza del diverso grado di soddisfacimento in caso di insolvenza dell'impresa sovvenuta), non si comprende come mai la tutela degli azionisti possa operare sia *ex-post* mediante la responsabilità civile, che *ex-ante*, mediante la scelta del revisore ritenuto più capace e adatto; mentre quella dei creditori deve ridursi alla sola tutela obbligatoria⁶⁶³. Sembra pertanto opportuno che anche questi ultimi siano chiamati a partecipare a una scelta, quella del revisore della società finanziata, che finisce inevitabilmente per avere un impatto non di poco momento sulle sorti del loro finanziamento. Al contempo, si è comunque consci del fatto che un'ipotesi come quella descritta presenta il significativo svantaggio di innalzare i costi di transazione: un punto di equilibrio potrebbe essere la previsione della non vincolatività delle statuizioni del ceto creditorio.

- Una riforma di maggior impatto, e che comporterebbe un radicale rinnovamento di tutta la disciplina moderna della revisione contabile, prende spunto dall'osservare come il ruolo sistemico delle società di revisione sia stato riconosciuto da alcuni importanti *policymaker*⁶⁶⁴, anche se non pare che sinora tale acquisizione abbia portato a delle conseguenze *de iure condito*. Partendo invece da questo dato, si potrebbe discutere la possibilità di mutuare in questo settore le soluzioni già sperimentate nel settore del diritto che più ha dovuto

⁶⁶² In quest'ultimo caso vi sarebbe il vantaggio di poter sfruttare un'organizzazione già esistente, e cioè l'assemblea e il rappresentante comune (artt. 2415-2419 Cod. Civ.).

⁶⁶³ In uno, peraltro, con tutte le problematiche descritte nel Cap. 4 su tale azione, alla luce della formulazione vigente dell'art. 15 D. 39.

⁶⁶⁴ Libro Verde, *Consultation on audit policy: lessons from the crisis*, cit.: appare significativo che il documento discutesse anche l'ipotesi di obbligare le società di revisione di maggiore dimensione a predisporre dei *contingency plan* per le ipotesi di crisi aziendali; al pari di quanto oggi viene richiesto per gli istituti bancari dal T.U.B. (come riformato dal D. Lgs. 181/2015, attuativo della *Banking Recovery and Resolution Directive*, n. 2014/59/UE). Si tratta in particolare dei cc.dd. piani di risanamento di cui agli artt. 69ter ss. T.U.B..

fronteggiare tale tipo di rischio, e cioè la regolamentazione creditizia e finanziaria. In altri termini, per le società di revisione di maggiori dimensioni (da individuare in base a una certa soglia del fatturato o altri indici simili) potrebbe essere previsto, al pari di quanto si richiede per gli intermediari bancari e finanziari, di “aggiustare” la propria dotazione di capitale⁶⁶⁵ in base al livello di rischio potenziale che i diversi incarichi pongono, tenendo conto sia dei rischi idiosincratici legati allo specifico soggetto revisionato, che a quelli “generali” dipendenti dal settore economico in cui quest’ultimo opera, alla fase corrente del ciclo economico, etc.... Ovviamente, anche in questo caso la proposta comporta inevitabilmente l’inconveniente di esacerbare lo già scarso livello di concorrenzialità del settore, realizzandosi per tale via una barriera all’ingresso e riducendo la contendibilità delle quote più ampie di mercato. Si pone con forza, quindi, il tema dell’inevitabile *trade-off* tra stabilità e concorrenzialità nei mercati delle attività ad alta rilevanza sistemica (come, difatti, quello creditizio e finanziario). Si deve inoltre tenere conto che gran parte delle società di revisione, anche tra le note *Big Four*, hanno ancora oggi forma di società personale: pertanto, l’introduzione di una regolamentazione “prudenziale” richiederebbe un’evoluzione in senso capitalistico della struttura proprietaria delle imprese in parola⁶⁶⁶.

Le proposte qui riportate (e timidamente avanzate) sono soggette non solo a quello scrutinio di coerenza con i principi e le regole già sancite dell’ordinamento vigente - giudizio che il legislatore deve (o dovrebbe) tenere sempre a mente, allo scopo di preservare l’unità e l’organicità del sistema normativo -; ma anche e per certi aspetti soprattutto a un’altra forma di valutazione, e cioè la capacità di risolvere concretamente i problemi posti dalla prassi; capacità che richiede in particolare una comprensione attenta e dettagliata di un quadro economico-sociale in evoluzione costante e sempre più vorticoso. Nelle pagine di questo elaborato si è cercato di procedere proprio in questo modo, partendo (con tutta la fallibilità propria di

⁶⁶⁵ Come intervento preliminare rispetto a quello di cui si tratta, si renderebbe necessario imporre la trasformazione di queste in società di capitali, dato che molte società di revisione sono strutturate in forma personale.

⁶⁶⁶ In relazione a questi temi, e in particolare alle prescrizioni che impongono un particolare assetto proprietario alle società di revisione, la Commissione europea aveva pubblicato, nel periodo immediatamente successivo all’emanazione della Direttiva 2006/43, un interessante (per quanto oramai forse datato) studio: *Study on the ownership rules of audit firms*, ottobre 2007.

qualunque analisi) proprio dalle problematiche sostanziali per arrivare a ipotizzare soluzioni giuridico-formali, nella coscienza - ovviamente - che, pur essendo convinti della validità e dell'efficacia di un metodo, anche questo sia uno dei vari che si possono impiegare per giungere a delle conclusioni. L'auspicio di chi scrive è non tanto che queste modeste proposte possano essere condivise, quanto che esse possano essere d'ausilio alle discussioni future; alimentando quel dibattito scientifico e quello "scontro" tra idee, senza il quale non vi potrà mai essere progresso e sviluppo.

Bibliografia

Documenti istituzionali

Commissione europea, Raccomandazione *Statutory Auditors' Independence in the EU: A Set of Fundamental Principles* (2002/590/EC).

Commissione europea, Comunicazione *Reinforcing the statutory audit in the EU* (COM/2003/0286).

Commissione europea, *Recommendation concerning the limitation of the civil liability of statutory auditors and audit firms*, giugno 2008, 2008/473/EC

Commissione europea, Libro Verde *Consultation on audit policy: lessons from the crisis* (COM(2010) 561).

United States Congress Financial Crisis Inquiry Commission, The Financial Crisis Inquiry Report, gennaio 2011.

Financial Stability Board, Principles for reducing reliance on credit rating agencies, ottobre 2010.

Giurisprudenza

Trib. Milano 18 giugno 1992, in *Giur. It.*, 1993, I, 2, pp. 1 ss. (con nota di MONTALENTI, *Responsabilità extracontrattuale per negligente certificazione*).

Trib. Torino, 18 settembre 1993, in *Giur. Comm.*, 1994, II, pp. 284 ss.

App. Milano, 7 luglio 1998, in *Le Società*, 1198, pp. 1171 ss

Trib. Milano, 4 novembre 2008, in *Dir. Fall.*, 2011, pp. 1053 ss.

App. Milano, 27 marzo 2001, in *Banca Borsa Tit. Credito*, 2003, II, p. 328

Cass., 18 luglio 2002, n. 10403, in *Foro It.*, 2003, I, pp. 2147 ss.

Dottrina

AA.VV., (a cura di MAUGERI-ZOPPINI) *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009.

AA.VV. (a cura di BIANCHINI-DI NOIA) *I controlli societari: molte regole, nessun sistema*, Milano, 2010.

ABI, Circolare n. 15/2010, *La nuova disciplina della revisione legale dei conti - i profili di interesse per le società bancarie*.

ADDANTE, *Responsabilità nell'esercizio della revisione contabile*, in *Danno e Responsabilità*, 2003, pp. 353 ss.

AMATUCCI, *La limitazione della responsabilità del revisore legale e la scadente tecnica legislativa italiana*, in *Giur. comm.*, 2012, I, pp. 874 ss..

ANAND-MOLONEY, *Reform of the audit process and the role of shareholder voice: transatlantic perspectives*, in (5) *European Business Organization Law Review*, 2004, pp. 223 ss..

ANDERLINI-FELLI, *Agency problems*, in (a cura di Durlauf-Blume) *Palgrave Dictionary of Economics*, Basingstoke, 2008.

ANNARATONE, *sub art. 20*, in (a cura di DE LUCA) *La revisione legale dei conti annuali e consolidati*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2011,1, pp. 194 ss..

ANTLE, *The auditor as an economic agent*, in (20) *Journal of Accounting Research*, 2, 1980, pp. 503 ss..

ARNOLD-DE LANGE, *Enron: an examination of agency problems*, in (15) *Critical Perspectives on Accounting*, 2004, pp. 751 ss..

ARROW, *The economics of agency*, in (a cura di PRATT-ZECKHAUSER) *Principals and Agents: The Structure of Business*, Cambridge (USA), 1985, pp. 37 ss..

ASSONIME, Circolare n. 16/2010, *La nuova revisione legale dei conti*.

BECKER, *A Theory of competition among pressure group for political influence*, in (98) *Quarterly Journal of Economics*, 1983, pp. 371 ss..

ATELLI, *La revisione contabile come professione specialistica*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1996, p. 61 ss..

BALZARINI, *sub art. 159*, in (a cura di MARCHETTI-BIANCHI) *La disciplina delle società quotate nel Testo Unico della finanza (D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58). Commentario*, Milano, 1999.

BARCELLONA E., *Responsabilità da informazione al mercato: il caso dei revisori legali dei conti*, Torino, 2003.

BAUER, *La nuova revisione legale dei conti. Lo svolgimento della revisione contabile. Conferimento, revoca e dimissioni dall'incarico*, in *Il controllo nelle società e negli enti*, 2010, p. 169 ss..

BENAZZO, *Le "pene civili" nel diritto privato d'impresa*, Milano, 2005.

BERTOLOTTI A., *Società per azioni: collegio sindacale, revisori, denuncia al tribunale*, Torino, 2015.

BIASI, *sub art. 17*, in (a cura di DE LUCA) *La revisione legale dei conti annuali e consolidati*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2011,1, p. 185 ss..

BONELLI, *La responsabilità della società di revisione nella certificazione volontaria e obbligatoria dei bilanci*, in *Riv. Soc.*, 1979, pp. 968 ss..

BUSNELLI, *Itinerari europei nella "terra di nessuno tra contratto e fatto illecito": la responsabilità da informazioni economiche inesatte*, in *Contr. e imp.*, 1991, pp. 538 ss.

BUSSOLETTI, *Bilancio e revisione contabile: sette anni all'ombra degli IAS e delle direttive contabili*, in *Riv. Soc.*, 2011, pp. 1116 ss..

BUSSOLETTI, *La società di revisione*, Milano, 1985.

BUTA, *sub art. 15*, in (a cura di DE LUCA) *La revisione legale dei conti annuali e consolidati*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2011, 1, pp. 160 ss..

BUTA, *La responsabilità civile dei revisori nei confronti dei terzi nella common law*, in *Banca Borsa Tit. Cred.* 2004, pp. 346 ss..

BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, Torino, 2005.

CALDARONE-TUCCI, *La responsabilità nell'esercizio dell'attività di revisione e certificazione del bilancio: prime pronunce della giurisprudenza e tendenze evolutive*, in *Giur. Comm.*, 1995, I, pp. 294 ss..

CAPRARA, *La clausola generale dell'indipendenza: nozione e declinazioni operative*, in (a cura di MERUZZI-TANTINI), *Le clausole generali nel diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia a cura di GALGANO*, Padova, 2011.

CAPRIGLIONE, *Crisi a confronto (1929-2009)*, Padova, 2009.

CAPRIGLIONE, *La vigilanza sull'attività dei revisori legali dei conti*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2010, pp. 709 ss..

CASADEI, *La responsabilità della società di revisione*, Milano, 2000.

CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.

CATINO, *Gatekeepers miopi? Aspetti organizzativi del fallimento dei controlli*, in *Stato e Mercato*, 2010, pp. 219 ss..

CHEN, *Social and financial stewardship*, in (50) *The Accounting Review*, 3, 1975, pp. 533 ss..

CERBO, *Vigilanza e sanzioni di natura amministrativa*, in in *Le Società. Gli Speciali. D. Lgs. 39/2010: la revisione legale*, 2010, p. 39.

CIERVO, *La responsabilità civile del revisore legale alla luce del D. Lgs. 39/2010*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, n. 21/2010, pp. 68 ss..

COFFEE JR., *The acquiescent gatekeeper: reputational intermediaries, auditor independence, the governance of accounting*, *Columbia Law School Center for Law and Economics Working Paper No. 191*, maggio 2001.

COFFEE JR., *Gatekeepers*, Oxford, 2006.

COFFEE JR., *Gatekeeper Failure and Reform: the Challenge of Fashioning Relevant Reforms*, *Columbia Law School Center for Law and Economics Studies Working Paper No. 237*, settembre 2003.

COFFEE JR., *Il cedimento degli intermediari reputazionali e la riforma del Sarbanes-Oxley Act*, in *I controlli esterni delle società quotate: esperienze a confronto* (a cura di AMATUCCI), Milano, 2005, pp. 19 ss..

COFFEE JR., *Market failure and the economic case for a mandatory disclosure system*, in (70) *Virginia Law Review*, 1984, pp. 717 ss..

COFFEE JR., *Understanding Enron: It's about the gatekeeper, stupid*, *Columbia Law School Center for Law and Economics Studies Working Paper No. 207*, luglio 2002;

CLARIZIA, *L'attività di revisione e certificazione: aspetti giuridici*, Milano, 1978.

COSTA, *Il controllo del revisore contabile e gli amministratori di s.p.a.: le rispettive responsabilità in caso di irregolarità nella gestione*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova*, 1995-1996, pp..

CUNNINGHAM, *Beyond liability: rewarding effective gatekeepers*, in (92) *Minnesota Law Review*, 2007, pp. 323 ss..

CUNNINGHAM, *Securitizing audit failure risk: an alternative to caps on damages*, in (49) *William and Mary Law Review*, 2007, pp. 711 ss..

DE NADAI, *La "nuova" responsabilità dei revisori legali dei conti: criticità e disarmonie normative*, in *Banca, Impresa e Società*, 2011, 3, pp. 397 ss..

DI AMATO, *Il danno da informazione inesatta*, Napoli, 2004.

DI CECCO, *sub art. 2409septies*, in (a cura di MAFFEI ALBERTI) *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, pp. 1119 ss..

DIVIZIA, *Il principio di "continuità di funzionamento" del revisore legale dei conti*, in *Soc.*, 2011, pp. 663 ss..

EASTERBROOK-FISCHEL, *Mandatory disclosure and the protection of investors*, in (70) *Virginia Law Review*, 1984, pp. 669 ss..

EISENHARDT, *Agency theory: an assessment and review*, (14) *Academy of Management Review*, 1, 1989, pp. 57 ss..

ENRIQUES, *La governance delle Autorità di vigilanza: teoria e prassi*, in (a cura di AA.VV.) *Società. Banche e Crisi d'Impresa*, Torino, 2014, vol. 3, pp. 2053 ss..

ENRIQUES-HERTIG, *The governance of financial supervisors: improving responsiveness to market developments*, in (12) *European Business Organization Law Review*, 2011, pp. 357 ss..

FACCI, *Il danno da informazione economica inesatta*, Bologna, 2009.

FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004.

FAVINO, *La revisione dei conti negli enti di interesse pubblico: prime riflessioni*, in *Il Controllo nelle Società e negli Enti*, 2011, pp. 97 ss..

FAMA-JENSEN, *Separation of ownership and control*, (26) *Journal of Law and Economics*, 2, 1983, pp. 301 ss..

FAMA-JENSEN, *Agency problems and residual claims*, in (26) *Journal of Law and Economics*, 2, 1983, pp. 327 ss..

FERRARINI-GIUDICI, *I revisori e la teoria dei "gatekeeper"*, in *Nuove prospettive della tutela del risparmio* (a cura dell'Associazione G.F. Campobasso), Milano, 2006, pp. 121 ss..

FERRARINI-GIUDICI, *Scandali finanziari e ruolo dell'azione privata: il caso Parmalat*, si trova in (a cura di GALGANO-VISINTINI) *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* a cura di GALGANO, Padova, 2006.

FERRO LUZZI, *Indipendente...da chi? Da cosa?*, in *Riv. Soc.*, 2008, pp. 204 ss..

FIMMANO', *I gap di informazione e controllo nei crac Cirio e Parmalat e le prospettive di riforma*, in *Società*, 2004, pp. 401 ss..

FORMISANI, *Revoca, dimissioni e risoluzione consensuale dell'incarico di revisione legale dei conti*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2013, pp. 1331 ss..

FORMISANI-RAZZANTE, *Finanza e responsabilità "da revisione": orientamenti a confronto*, in *Finanziaria*, 2011, 3, pp. 11 ss..

FORTUNATO, *sub art. 2409quater*, in (a cura di NICCOLINI-STAGNO D'ALCONTRES) *Società di capitali - Commentario*, Napoli, 2004.

FORTUNATO, *Fallimento del mercato e revisione contabile*, in *Nuove prospettive della tutela del risparmio* (a cura dell'Associazione G.F. Campobasso), Milano, 2006, pp. 85 ss..

FOX, *Gatekeepers failure: why important, what to do*, (106) *Michigan Law Review*, 6, 2008, pp. 1089 ss..

GILSON-KRAAKMAN, *The mechanism of market efficiency*, in (70) *Virginia Law Review*, 1984, pp. 549 ss..

GJESDAL, *Accounting for stewardship*, (19) *Journal of Accounting Research*, 1, 1981, pp. 208 ss..

GIUDICI, *Auditors' multi-layered liability regime*, ECGI Law Working Paper 155, maggio 2010.

GIUDICI, *Il dibattito sulla limitazione della responsabilità delle società di revisione: la prospettiva italiana*, in (a cura di BALZARINI-CARCANO-VENTORUZZO) *La società per azioni oggi: tradizione, attualità e prospettive*, Milano, 2006.

GIUDICI, *Regolazione finanziaria ed esternalità del contratto: i contratti rivolti a terzi*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2014.

GIUDICI, *La responsabilità nel diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2008.

GROSSMAN-HART, *An analysis of the principal-agent problem*, (51) *Econometrica*, 2, 1983, pp. 7 ss..

GUIDI, *Conferimento e revoca dell'incarico di revisione ai sensi dell'art. 14 del nuovo testo unico della revisione*, in *Rivista di Diritto Societario*, 2011, pp. 1001.

GUACCERO, *Modelli di controllo dell'attività di revisione contabile e incostituzionalità del Sarbanes-Oxley Act*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2011, pp. 763 ss..

IDE, *Post-Enron corporate governance opportunities: creating a culture of greater board collaboration and oversight*, (54) *Mercer Law Review*, 2, 2003, pp. 829 ss..

JENSEN-MECKLING, *Theory of the firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, (3) *Journal of financial economics*, 4, 1976, pp. 305 ss..

KAHN-LAWSON, *Who's the boss: controlling auditor selection through random selection*, in (53) *Emory Law Journal*, 2004, pp. 391 ss..

KRAAKMAN *et al.*, *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford-New York, 2009 (2° ed.);

KRAAKMAN, *gatekeepers: a third-party enforcement strategy*, in (2) *Journal of Law, Economics and Organization*, 1, 1986, pp. 53 ss..

KRAAKMAN, *Corporate liability strategies and the costs of legal controls*, in (93) *Yale Law Journal*, 5, 1984, pp. 857 ss..

LIBONATI, *La revisione volontaria: effetti*, in *Giur. Comm.*, 1979, I, pp. 624.

LONGO-MACCHIATI, *La qualità nella revisione contabile sulle imprese quotate: aspetti economici e regolamentari*, in *Banca Impresa e Società*, 1999, pp. 259 ss.

MAGGIOLINO, *sub art. 2409quater*, in *Commentario Bianchi-Marchetti-Ghezzi-Notari*, Milano, 2005.

MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003.

MARCIANO, *sub art. 2409ter*, in (a cura di SANDULLI-SANTORO) *La riforma delle società di capitali*, Torino, 2003.

MATTEI, *L'obbligo di informativa tra collegio sindacale e revisore legale dei conti*, in *Soc.*, 2012, pp. 1319 ss..

MELECCHI, *sub art. 10*, in *Appendice*, in (a cura di VELLA) *Commentario al T.u.f.*, Torino, 2012.

MILHAUPT-PISTOR, *Law and capitalism*, Chicago, 2008.

MILLER, *Solution to the principal-agent problems in firms*, in *Handbook of New Institutional Economics* (a cura di MENARD-SHIRLEY), Dordrecht, 2005.

MIOTTO, *La cessazione dell'incarico di revisione legale per revoca, dimissioni e risoluzione consensuale*, in *Riv. Soc.*, 2015, pp. 40 ss..

MONTALENTI, *La società quotata*, in *Trattato di Diritto Commerciale diretto da G. Cottino*, Padova, 2004.

NAPOLITANO-ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009.

NG, *An information economic analysis of financial reporting and external auditing*, (53) *The Accounting Review*, 4, 1978, pp. 910 ss..

NG-STOECKNIUS, *Auditing: incentives and truthful reporting*, (17) *Journal of Accounting Research*, supplemento, 1979, pp. 1 ss..

NUZZO, *sub art. 164*, in (a cura di ALPA-CAPRIGLIONE) *Commentario al Testo Unico delle Disposizioni in tema d'Intermediazione Finanziaria*, Padova, 1998.

O'CONNOR, *Strengthening auditor independence: reestablishing audits as control and premium signaling mechanisms*, in (81) *Washington Law Review*, 2006, pp. 525 ss..

O'CONNOR, *Be careful of what you wish for: how accountants and Congress created the problem of auditor independence*, in (45) *Boston College Law Review*, 2004, pp. 741 ss..

OLSON, *The logic of collective action*, Cambridge (USA), 1965.

PANUCCI-LA ROTONDA-MANONTI, *Appendice: normativa complementare*, in (a cura di FRATINI-GASPARRI), *Il testo unico della finanza*, Torino, 2012.

PARTESOTTI, *La società semplice iscritta nel registro delle imprese (contributo allo studio della società di revisione nel D.P.R. 31 marzo 1975, n. 136)*, in *Giur. Comm.*, 1978, I, p. 32 ss..

PARTNOY, *Barbarians at the gatekeepers? A proposal for a modified strict liability regime*, in (79) *Washington University Law Quarterly*, 2001, 499 ss..

PARTNOY, *Strict liability for gatekeepers: a reply to Professor Coffee*, in (84) *Boston University Law Review*, 2004, pp. 365 ss..

PELTZMAN, *Toward a more general theory of regulation*, in (19) *Journal of Law and Economics*, 1976, pp. 211 ss..

PERRONE, *Informazione al mercato e tutele dell'investitore*, Milano, 200.

PORTALE, *La società quotata nelle recenti riforme*, in (a cura di TOMBARI), *La società quotata dalla riforma del diritto societario alla legge sul risparmio*, Torino, 2008.

POSNER, *Theories of economic regulation*, in (5) *Bell Journal of Economics and Management Science*, 1974, pp. 335 ss..

- POWER, *The audit society: rituals of verification*, Oxford-New York, 1999.
- POWER, *Auditing and the production of legitimacy*, in (28) *Accounting, Organizations and Society*, 2003, pp. 379 ss..
- QUAGLIOTTI, *Il diligente modus operandi nella verifica della corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili* (nota a Trib. Roma, 26 aprile 1999) in *Giur. Comm.*, 2000, II, pp. 705 ss..
- RABITTI BEDOGNI, *L'attuazione del principio di indipendenza nell'esercizio della revisione*, in *Dir. Ban. Merc. Fin.*, 2002, pp. 19 ss..
- RACUGNO, *Dal bilancio ai fatti di gestione*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, pp. 601 ss..
- RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1965.
- RONDINELLI, *Per un ripensamento della responsabilità civile dei revisori*, in *Giur. comm.*, 2010, pp. 629 ss..
- ROSE, *Common agency and the public corporation*, (63) *Vanderbilt Law Review*, 5, 2010, pp. 1355 ss..
- ROSS, *The economic theory of agency: the principal's dilemma*, (63) *American Economic Review*, 2, 1973, pp. 173 ss..
- ROSSI, *Revisione contabile e certificazione obbligatoria*, Milano, 1985.
- ROSSI, *Spunti sulla nuova disciplina della revisione contabile*, *Soc.*, 1999, pp. 1034 ss..
- SALAFIA, *Alcune questioni in tema di revisione contabile istituita volontariamente*, in *Soc.*, 1998, pp. 1171 ss..
- SALAFIA, *Il conferimento dell'incarico di revisione, la revoca e le dimissioni*, in *Le Società. Gli Speciali. D. Lgs. 39/2010: la revisione legale*, 2010.
- SALERNO, *La "risoluzione consensuale" dell'incarico di revisione legale*, in *Riv. Soc.*, 2014, pp. 1393 ss..
- SALERNO, *La responsabilità del revisore tra nuove incertezze e vecchi problemi*, *Riv. soc.*, 2013, pp. 983 ss..
- SANTARONI, *Note sull'esperienza americana: l'indipendenza del revisore*, in *Giur. Comm.*, 1982, I, pp. 856 ss..
- SANTARONI, *La responsabilità del revisore*, Milano, 1984.
- SARTORI, *Il modello economico dell'agency e il diritto: prime riflessioni*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2001, pp. 607 ss..
- SIKKA, *Financial crisis and the silence of auditors*, in (34) *Accounting, Organizations and Society*, 2009, pp. 86 ss..
- SQUILLANTE, *Il controllo contabile e la certificazione dei bilanci delle società quotate in borsa*, Milano, 1981.
- SPIOTTA, *sub art. 2409ter*, in (a cura di COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004.
- SPIOTTA, *La responsabilità civile del revisore legale in base all'art. 15 del D. Lgs. 39/2010*, in *Giur. Comm.*, 2012, I, pp. 693 ss..
- SOLTANI, *Auditing: An International Approach*, Harlow, 2007.
- STIGLER, *The theory of economic regulation*, in *Bell Journal of Economics and Management Science*, 3, 1971, pp. 13 ss..
- TANTINI, *L'indipendenza dei sindaci*, Padova, 2010.
- TEDESCHI, *L'indipendenza dei revisori: a proposito della nuova normativa sulla revisione legale dei conti*, in *Giur. Comm.*, 2010, I, pp. 771 ss..
- TOFFOLETTO-BEVILACQUA, *La disciplina della revisione dei conti negli enti di interesse pubblico*, in *Le Società. Gli Speciali. D. Lgs. 39/2010*.
- VELLA, *I controlli interni e la revisione contabile nella riforma delle società non quotate*, in *Dir. Ban. Merc. Fin.*, 2001, pp. 28 ss..

WALLACE, *The economic role of the audit in free and regulated markets: a review*, in (1) *Research in Accounting Regulation*, 1987, pp. 7 ss.

WALLACE, *The economic role of the audit in free and regulated markets: a look back and a look forward*, in (17) *Research in Accounting Regulation*, 2004, pp. 267 ss.

WATTS-ZIMMERMANN, *Agency problems, auditing and the theory of the firm: some evidence*, (26) *Journal of Law and Economics*, 1983, pp. 613 ss..

ZACCARIA, *Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts: La resistibile ascesa del contatto sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, pp. 77 ss..