

IL CONTROLLO GIURISDIZIONALE SULLE SOCIETÀ E L'ORDINAMENTO GIUDIZIARIO

Dott. Giacinto Bisogni

1. Premessa.

L'ipotesi da cui si vuole muovere con questo intervento é quella di considerare la competenza omologatoria come una delle articolazioni del controllo giurisdizionale, dando per scontato il ruolo centrale che tale controllo riveste nel generale assetto del diritto societario italiano e specificamente nel sistema dei controlli esterni.

Se si prescinde infatti per un momento dal considerare il tema della possibile sovrapposizione del controllo giurisdizionale preventivo rispetto alla funzione notarile non si può non riscontrare come il sistema normativo italiano predisponga una serie di strumenti finalizzati a garantire, nei vari momenti della vita delle società, un intervento esterno a tutela del corretto rapporto fra i vari soggetti che vedono coinvolti i loro interessi nella vicenda societaria sin dal momento della sua costituzione.

In questa prospettiva, è importante sottolinearlo, è presupposta quella scelta di valore che, a mio giudizio, il legislatore ha compiuto proprio nel passaggio dalla concessione del privilegio della personalità giuridica come valutazione discrezionale della amministrazione alla verifica delle condizioni di legalità richieste per il libero esercizio dell'autonomia privata. Il passaggio da un rapporto di concessione (e quindi di sovraordinazione) fra ordinamento statale e ordinamento corporativo a una assunzione delle finalità dell'ordinamento commerciale da parte dello Stato segna la storia del diritto commerciale italiano dalla unità alla seconda guerra mondiale, attraverso le fasi dell'intervento giurisdizionale in luogo di quello governativo, della abolizione dei tribunali di commercio, della unificazione dei codici. In questo contesto il controllo omologatorio ha una funzione che difficilmente può ritenersi espressiva di un residuo ruolo autoritario nei confronti della autonomia dei privati. Essa infatti consiste nel dare significato e attuazione ai modelli normativi che il legislatore ha assunto nel corpo del codice civile riconoscendo all'impresa una sorta di significazione archetipica nel quadro degli istituti fondanti del diritto privato. Si vuole affermare, dunque, che è riscontrabile una coerenza generale del sistema normativo disegnato dal codice civile e che in tale disegno la funzione omologatoria non rappresenta una figura tralattizia di cui il legislatore per convenzione o inerzia non era riuscito a sbarazzarsi. Viene a questo punto spontaneo il riferimento alla metafora pittorica usata in un recente saggio del prof. Floriano D'Alessandro. Forse il legislatore del 1942 non immaginava che proprio attraverso lo strumento predisposto per la tutela della conservazione dell'integrità dello

scenario normativo armonicamente tracciato nel codice civile passasse una delle maggiori occasioni per la sua alterazione. Ma tale considerazione spinge troppo lontano e cioè a riconoscere anche in questa vicenda la portata trasformativa dell'opera della giurisprudenza. Una caratteristica quest'ultima che può ascriversi, nel bene e nel male, alla fisionomia stessa delle democrazie occidentali di questo secolo.

Ci si propone quindi di sospendere il giudizio sulla congruità in astratto di tale sistema normativo per affrontare piuttosto il tema della sua efficienza in concreto.

Le domande che ci si vuole porre sono quindi le seguenti: 1) quali sono i requisiti che un controllo giurisdizionale ben funzionante dovrebbe garantire? 2) il sistema vigente riesce a garantire in concreto tali requisiti? 3) quali sono le condizioni ordinamentali che dovrebbero essere eventualmente modificate per rendere efficiente il controllo giurisdizionale?

E' evidente che le risposte a tali domande condurranno poi a formulare una valutazione della congruità del sistema normativo come tale ma quello che interessa é arrivare a tale valutazione attraverso una analisi delle potenzialità che l'ordinamento giudiziario italiano é in grado di fornire ai destinatari della tutela.

2. I requisiti della funzionalità del controllo giurisdizionale

Proviamo, dunque, a rispondere alla prima domanda (quali sono i requisiti che un controllo giurisdizionale ben funzionante dovrebbe garantire).

E' importante ribadire che nel rispondere a tale domanda ci si vuole porre nell'ottica di considerare quali siano le aspettative di tutela e le esigenze economiche e gestionali di chi propone il ricorso di omologazione e non nell'ottica di ipotizzare un grado di funzionalità e di coerenza più o meno accettabile del sistema normativo astratto.

In tale prospettiva sembra a chi scrive che possano essere indicati quattro requisiti essenziali della funzionalità del controllo giurisdizionale: 1) indipendenza; 2) qualità professionale; 3) rapidità; 4) prevedibilità.

2.1. Indipendenza.

Risponde ad aspettative basilari di corretto funzionamento della vita economica e più in generale della autonomia privata che la funzione di controllo giurisdizionale sia esercitata con forti garanzie di indipendenza.

L'indipendenza del controllo è direttamente funzionale alle caratteristiche soggettive dell'autorità che lo esercita e la magistratura risponde per definizione a tale requisito in tutti gli ordinamenti di diritto costituzionale.

In Italia, tale connotazione di carattere costituzionale, investe anche il soggetto che esercita la pubblica accusa tanto che ad esso sono (o sono rimasti) attribuiti penetranti poteri di intervento anche nel campo della giurisdizione civile.

Tale peculiarità andrebbe rivisitata secondo una chiave di lettura storica che consentisse di verificare quando e perché tali competenze siano stati attribuite e se la sovrapposizione di un contesto costituzionale profondamente innovativo del ruolo del pubblico ministero si sia dimostrata in conflitto con le ragioni della originaria attribuzione. Queste ultime infatti si basavano spesso sul presupposto di una riserva di controllo dell'esecutivo sulla giurisdizione e sull'autonomia dei privati.

Sta di fatto che il diritto societario riserva un ruolo assai rilevante al pubblico ministero e che, d'altra parte, quest'ultimo ha interpretato tale ruolo secondo una logica basata per così dire su un atteggiamento di self restraint. Atteggiamento che non è sostanzialmente mutato dopo che la riforma del processo penale ha enfatizzato la connotazione di parte processuale del pubblico ministero.

In generale può dirsi che in Italia l'attribuzione alla magistratura del controllo giurisdizionale in materia societaria risponde al requisito dell'indipendenza e ha avuto il merito storico di affrancare l'autonomia privata sia da un ruolo di soggezione rispetto al controllo dell'esecutivo sia da una separazione corporativa dal resto della giurisdizione.

Sussistono ancora le ragioni di tale scelta? La domanda non vuole essere retorica dato che nei cinquanta anni che ci separano dalla emanazione del codice civile e della costituzione molti soggetti indipendenti o in funzione di autoregolamentazione hanno fatto la loro apparizione sulla scena ponendosi molto spesso al confine con il campo della giurisdizione. D'altra parte alla magistratura restano attribuite molte funzioni in materia societaria che la maggior parte della dottrina definisce di contenuto amministrativo.

Si pensi sotto il primo profilo, senza pretesa di esaustività, alla CONSOB e agli altri organi settoriali di vigilanza (fra cui andrebbe considerata l'istituenda autorità indipendente in materia di fondazioni e di enti no profit), si pensi alla rivitalizzazione del ruolo delle Camere di commercio, alla istituzione effettiva del registro delle imprese, all'inserimento nel circuito della corporate governance della borsa privatizzata con tutti i suoi poteri e le aspettative di autoregolamentazione e di controllo.

In questo panorama sempre più affollato una pulsione che trova facile ascolto è quella che si ispira a una logica di unificazione soggettiva dei controlli e di ripristino

delle competenze istituzionali. Per quel che riguarda specificamente la magistratura si propugna la permanenza in capo ad essa di funzioni di contenuto esclusivamente giurisdizionale e la trasmigrazione verso altre istanze delle funzioni di contenuto amministrativo o dei poteri di controllo di merito o gestionale. Il rischio che tale orientamento nasconde è quello di semplificare ciò che semplice non è anche a costo di procedere per affermazioni e scelte pregiudiziali. In particolare il rischio appare quello di accorgersi, dopo l'opera di disboscamento della giurisdizione, che nulla è rimasto in piedi perché è proprio quella idea di giurisdizione a non esistere più nella realtà. Il risultato finale sarebbe quello di un uso improprio degli strumenti processuali esistenti e quello della trasmigrazione di funzioni di tutela dei diritti verso soggetti non dotati di caratteristiche di indipendenza di rango costituzionale.

Come si vede il requisito della indipendenza è solo apparentemente un tema destinato a provocare univocità di risposte e orientamenti. Esso spinge a prendere in esame il significato stesso della giurisdizione e provocherà in un periodo di riforme a largo raggio e di confronto con gli ordinamenti europei una prevedibile implosione di categorie concettuali di comodo quale, a mio modo di vedere, deve ritenersi la giurisdizione volontaria.

2.2. *Qualità professionale*

Anche qui una risposta affrettata conduce a formule di rito o a soluzioni liquidatorie. Non è appagante infatti né acquietarsi del tasso di professionalità tecnico-giuridica che in generale può attribuirsi a una magistratura professionale. Né voltare le spalle a tale assioma liquidandolo come un luogo comune smentito dai fatti specificamente in settori dell'ordinamento ad alto contenuto specialistico.

La prima affermazione porta infatti a rimuovere il dato di realtà costituito dalla presenza di circuiti virtuosi come eccezione rispetto alla regola di una qualità media in affanno rispetto alla tecnicità, vastità e mobilità del diritto societario. La storia e le contraddizioni del controllo omologatorio sono significativi in tal senso.

La seconda opzione rischia invece di sottovalutare i pericoli che una rigida specializzazione comporta in termini di indipendenza avendo in sé come linea tendenziale il ripristino di una giurisdizione separata da quella ordinaria.

Peraltro a mio giudizio i rischi connessi alla prima opzione sono nettamente più gravi di quelli da ultimo citati. Fingere infatti che l'attuale modello di formazione della magistratura sia adeguato a garantire una qualificazione professionale sufficiente costituisce a mio modo di vedere un atteggiamento più o meno inconsapevolmente liquidatorio. In sostanza si finisce per riproporre un pregiudizio culturale duro a morire secondo cui l'economia è materia sostanzialmente estranea alla giurisdizione e ancor prima alla formazione professionale del giurista. Il risultato è quello del sostanziale impoverimento della tutela dei diritti e, in definitiva, della democrazia perché il controllo giurisdizionale viene di fatto a configurarsi come un controllo formale e di basso profilo.

Il deficit di formazione va risolto però, come si è detto, all'interno dell'ordinamento giudiziario. Si tratta di una soluzione che passa non solo attraverso il superamento dell'attuale sistema di accesso alla magistratura e di aggiornamento professionale. E' necessario anche riconsiderare realisticamente l'unitarietà del diritto civile e porsi nella prospettiva di una assegnazione delle materie agli uffici giudiziari e alle singole sezioni secondo criteri che tendano a creare e a mantenere delle competenze adeguate alla domanda di giustizia che viene da un determinato territorio. A questo proposito ci si potrebbe chiedere se la competenza in determinate materie non possa più razionalmente appartenere esclusivamente al tribunale del capoluogo del distretto giudiziario.

2.3. Rapidità

Si tratta di un requisito che induce, insieme a quello della prevedibilità, a ritenere non adeguata alle esigenze degli operatori economici l'attribuzione del controllo omologatorio (e purtroppo dello stesso controllo giurisdizionale) alla magistratura ordinaria. L'enorme pressione del contenzioso dilata i tempi della soluzione delle controversie ma spesso anche della conclusione dei procedimenti di volontaria giurisdizione oltre limiti inaccettabili per qualsiasi impresa economica. E' innegabile che ciò risponda a verità. Ecco dunque l'altro risvolto di quanto si è detto sinora: l'attribuzione del controllo giurisdizionale alla magistratura ordinaria è sicuramente pagante in termini di indipendenza del controllo e, almeno tendenzialmente, in termini di qualificazione professionale ma trascina i fruitori del controllo nella pesante problematica organizzativa della giurisdizione ordinaria. D'altra parte che i fruitori del controllo (forse il termine fruitori potrà a questo punto sembrare ironico) si siano, già da molto tempo, rivolti altrove è fatto noto a tutti. L'arbitrato assorbe la maggior parte della conflittualità che non sia originata da intenti strumentali. Rimane la spina delle omologhe, cui società di capitali e cooperative non possono almeno per ora sottrarsi. Un intoppo visto nella considerazione dei più come una delle tante stazioni della via crucis burocratica del nostro paese.

E' certo che rispondere a queste considerazioni comporta affrontare il nodo della crisi organizzativa della giustizia nel suo complesso. Per fare ciò probabilmente è arrivato il tempo nel nostro paese di considerare onestamente quale ruolo si vuole assegnare alla giurisdizione statale, se essa sia un servizio troppo costoso da gestire, almeno nella sua attuale estensione, o se il costo che essa comporta è un costo comunque non eliminabile per mantenere degli standards accettabili di democrazia. Questa ultima è comunque una considerazione che non può sfuggire al dibattito politico generale. D'altra parte è facile profetizzare che, in tempi brevi, l'efficienza e le garanzie della giurisdizione diventeranno uno dei parametri essenziali di convergenza del processo di integrazione europea e, in ogni caso, in uno scenario di unificazione dei mercati, non possono continuare a esistere condizioni così penalizzanti. Il nostro paese

sarà costretto a recuperare, così come sta avvenendo in campo finanziario, il tempo perduto.

Ma al di là di questa considerazione sugli impegni di spesa, che consentirebbero l'impiego di tecnologie adeguate e la formazione di un personale professionale di sostegno all'attività della magistratura, occorre forse partire dalla riorganizzazione dell'esistente non solo a livello legislativo. L'esperienza delle omologhe societarie dimostra che dove la dirigenza degli uffici giudiziari è sensibile alle esigenze di tutela degli utenti si possono innestare circuiti virtuosi in termini di professionalità, omogeneità e prevedibilità delle decisioni. Il passo successivo e conseguente è quello della efficienza e rapidità del servizio che è possibile compiere quando si è disaggregata la rappresentazione solo quantitativa della domanda. Così, sempre per rimanere sul tema delle omologhe societarie, l'esperienza della massimazione e della diffusione degli orientamenti delle corti può costituire un passo preliminare verso la predisposizione di statuti tipo ed è un necessario momento conoscitivo per identificare le tipologie di modifiche statutarie da sottrarre alla omologazione giudiziaria. Analogamente una comunicazione e cooperazione fra le sezioni dei tribunali competenti in materia societaria, il giudice del registro e l'ufficio del registro delle imprese nonché le camere di commercio consentirà di individuare analoghi percorsi di semplificazione e razionalizzazione dell'esistente che consentano risparmi di spesa, lavoro e tempi di attesa per gli utenti.

Come si vede dunque il discorso sulla ragionevolezza dei tempi del controllo giudiziario è al di là delle ricostruzioni catastrofiche che sembrano interessate a chiudere per sempre qualsiasi speranza di recupero- molto più aperto di quanto comunemente si creda. Sempre che vi sia una decisa inversione di tendenza nella conduzione degli uffici giudiziari cui segua una attenzione riformatrice costante nel tempo e disponibile agli investimenti realmente necessari al funzionamento del sistema.

2.4 Prevedibilità

Il controllo giurisdizionale in materia societaria si esplica in rilevante misura sotto la forma della volontaria giurisdizione. Tale dato caratteristico esclude la presenza di un giudice di legittimità e quindi la tendenza verso una giurisprudenza consolidata a livello nazionale. Per altro verso i provvedimenti di volontaria giurisdizione non avevano in passato e hanno ancora oggi in maniera insufficiente una adeguata pubblicizzazione sulle riviste giuridiche e i repertori. In più i provvedimenti di omologazione vengono in genere motivati con formule stereotipe e pertanto del tutto ignorati, salvo casi particolari che sfuggono il più delle volte all'attenzione delle redazioni delle riviste giuridiche. Su tali presupposti non è infondato dire che, almeno sino a poco tempo fa, era impossibile ricostruire una giurisprudenza attendibile in materia di omologazioni societarie. La situazione, come è noto, è sensibilmente migliorata con la iniziativa di alcuni Tribunali di raccogliere e pubblicare una serie di massime attinte dai

provvedimenti (in genere di rigetto per la motivazione di cui sopra) e ancor più con la pubblicazione dei principali orientamenti in materia. Si tratta peraltro di una giurisprudenza ancora frammentaria e poco conosciuta dagli stessi giudici che si occupano di omologazioni. Probabilmente anche per questo grave difetto di comunicazione si evidenziano notevoli disparità di trattamento fra le varie corti. Anche sotto questo profilo la situazione attuale si pone in conflitto con le esigenze degli operatori economici che necessitano di orientamenti univoci da parte della giurisprudenza sia pure ovviamente dopo una necessaria sedimentazione del dibattito relativo alle nuove normative o ai nuovi problemi in fatto che determinano le modifiche degli ordinamenti statutari. Probabilmente questa situazione sarebbe migliorata da un intervento a livello nazionale diretto a far circolare sui circuiti telematici le massime e gli orientamenti dei tribunali italiani. A questo proposito va ricordato che il Ministero di Grazia e Giustizia dispone di un sito internet. Un accentramento della competenza territoriale renderebbe meno frammentaria la giurisprudenza (oltre che più omogenea la preparazione professionale dei giudici addetti al diritto societario). La dimensione più appropriata sarebbe probabilmente quella dei tribunali siti nei capoluoghi di distretto. In ogni caso non si dovrebbe perdere l'occasione di unificare la competenza quanto meno al livello dei tribunali dei capoluoghi di provincia che secondo una nota pronuncia della Corte di Cassazione sono già competenti in via esclusiva dopo l'istituzione del giudice del registro. Non vanno sottovalutati i disagi che un accentramento della competenza può comportare ma tali disagi vanno risolti consentendo il deposito degli atti presso i tribunali nel cui circondario ha sede la società interessata. Un ruolo importante può essere svolto dalle Corti di appello che, pubblicando anche esse le massime e gli orientamenti della sezione addetta a I diritto societario, contribuirebbero alla uniformità della giurisprudenza a livello distrettuale e ridurrebbero opportunamente almeno sulla maggior parte dei problemi divergenze e conflitti interpretativi.