

Alberto Righini

**VIOLAZIONE
DELL'OBBLIGO DI ISTITUZIONE
DEL COLLEGIO SINDACALE
NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI.
CONSEGUENZE ED EFFETTI**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O

**VIOLAZIONE DELL'OBBLIGO DI ISTITUZIONE
DEL COLLEGIO SINDACALE
NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI.
CONSEGUENZE ED EFFETTI**

di ALBERTO RIGHINI

1. Premessa.

La violazione dell'obbligo di nominare il collegio sindacale nelle società di capitali, ovviamente laddove obbligatorio, costituisce una circostanza eccezionale ma non certo rara nel nostro sistema. Indagini non recentissime, ma si ritiene ancora attuali ed utili per dare un'idea del fenomeno, accertano che in Italia le Società per azioni prive di un organo di controllo sono circa 4000⁽¹⁾. Lo stesso problema, denunciato dal Consiglio Nazionale dei Ragionieri e dei Dottori Commercialisti⁽²⁾, si pone anche per le Società a responsabilità limitata ed in particolare per quelle che avendo superato i parametri dimensionali di cui all'art. 2435-*bis* c.c., o che sono dotate di capitale sociale pari a quello delle S.p.a., non nominano il collegio sindacale. A queste situazioni, che se perpetrate certamente arrecano un danno al sistema nel suo complesso, l'ordinamento correla gravose conseguenze. Nei paragrafi che seguono vedremo infatti che l'omissione dispiega effetti sia in capo alla società (scioglimento), che in capo ai suoi organi (responsabilità degli amministratori), nonché nei suoi atti (annullabilità delle delibere). Per limitare tutto ciò, ma soprattutto per scoraggiare le condotte omissive, forse sarebbe sufficiente una maggiore consapevolezza di questi effetti da parte degli attori in gioco (soci-amministratori). Pertanto la strada da seguire dovrebbe essere quella della maggiore cultura in tal senso, se non quella, come sostenuto da alcuni, dell'esplicito intervento normativo che tipizza l'ipotesi (dell'omissione) e la sanziona.

⁽¹⁾ Trattasi dell'indagine della *Cerved Business information* del gennaio 2006 sul cumulo delle cariche dei sindaci che ha accertato che in Italia le Società per azioni prive di un organo di controllo erano a tale data ben 3.752.

⁽²⁾ Denuncia, a commento dei dati CERVED 2006, indirizzata al Ministro della Giustizia, al Ministro dello Sviluppo Economico, all'Unioncamere, ai Conservatori del Registro delle imprese, affinché ciascuno nell'esercizio delle proprie funzioni di vigilanza intervenga nei casi di violazione della normativa del c.c. sull'obbligo di istituzione del collegio sindacale nelle società azionarie. Vedi www.cndcec.it.

2. L'omissione della nomina dell'organo di controllo: alcune considerazioni preliminari.

Preliminarmente è opportuno sottolineare che nella realtà le situazioni in cui l'organo sindacale, sebbene obbligatorio, non è stato nominato⁽³⁾ sono plausibilmente espressione di una precisa volontà in tal senso della compagine sociale. Un minimo di buon senso rende infatti difficile immaginare, se non in casi eccezionali, che dell'omissione non siano consapevoli i soci insieme agli amministratori della società.

Diversamente il sistema offre infatti a questi soggetti la possibilità di attivarsi, anche autonomamente, per ovviare in qualche modo alla circostanza.

In particolare, amministratori consapevoli e dissenzienti potrebbero sollecitare i soci affinché provvedano alla nomina convocando assemblee *ad hoc*⁽⁴⁾, mentre i soci potrebbero sopperire all'inerzia degli amministratori che non convocano l'assemblea⁽⁵⁾, riunendosi autonomamente. L'assunto della volontarietà della violazione fa presumere che trattasi di società a ristretta, ma soprattutto coesa base sociale, tendenzialmente amministrate dagli stessi soci o in ogni caso da soggetti in linea con la volontà degli stessi⁽⁶⁾. Una ulteriore considerazione deve essere fatta quanto alle circostanze in cui l'omissione può nella pratica realizzarsi e conseguentemente perpetuarsi. Dalla normativa che individua i momenti, o meglio le circostanze che rendono obbligatoria la nomina del collegio sindacale⁽⁷⁾, si dovrebbe poter dedurre che la possibilità di non procedere alla nomina del collegio, procrastinando poi tale situazione indeterminatamente, si può verificare essenzialmente (o realisticamente) tutte le volte in cui la stessa non è collegata ad un adempimento che prevede *ex lege* l'intervento del notaio. In quest'ultima circostanza infatti si dovrebbe poter ritenere che tale soggetto, cui l'ordinamento affida il controllo di legalità degli atti posti in essere per il suo

(3) Circostanza affine in termini di risultato è il caso in cui alla regolare nomina da parte dell'assemblea non segue un'accettazione della carica da parte dei sindaci. In questa sede non affronteremo la problematica, certo è che un'accettazione da parte dei singoli membri deve ritenersi necessaria ai fini del perfezionamento del rapporto anche in assenza di espresse indicazioni normative in tal senso.

(4) Ove nonostante i tentativi dell'organo amministrativo le assemblee non andassero a buon fine (ad esempio se le assemblee andassero deserte oppure se i soci deliberassero di non volere provvedere alla nomina) gli amministratori dovrebbero attivarsi per dichiarare lo scioglimento della società *ex art.* 2484, comma 1, n. 3 «*per impossibilità di funzionamento o continua inattività dell'assemblea*».

(5) Peraltro sanzionabile *ex art.* 2631 c.c..

(6) Quanto alle motivazioni che posso indurre alla violazione dell'obbligo, escludendo condotte «criminali», si ritiene che, soprattutto nelle piccole e medie realtà in cui tutto è più o meno sotto controllo dei soci, l'intento sia meramente quello di un contenimento dei costi.

(7) Ricordiamo che nelle società azionarie che adottano il modello tradizionale di gestione la nomina è sempre obbligatoria mentre nelle società a responsabilità limitata lo è solo se si superano i parametri dimensionali dell'*art.* 2477 c.c.. La dottrina indica un'ulteriore ipotesi in cui è necessaria tale nomina nelle S.r.l., che prescindono dalle dimensioni capitalistiche o economico-patrimoniali delle società, ravvisabile quando la società, in conseguenza del controllo che esercita su un'altra, è tenuta alla redazione del bilancio consolidato (Salafia 2003, Cavalli 2003, Cagnasso 2006).

tramite, subordini il perfezionamento dell'atto da realizzare, se del caso, anche all'eventuale nomina del collegio sindacale. In altri termini è facile ritenere che in sede di costituzione di una S.p.a.⁽⁸⁾, così come il sede di trasformazione di una S.r.l. in S.p.a. o di aumento di capitale della stessa in una misura superiore ai € 120.000, l'intervento del notaio non consenta di esimersi dalla nomina. Mentre, diversamente, laddove l'obbligo sussista normativamente ma non è scandito da alcun adempimento che preveda l'intervento notarile, è possibile ipotizzare che l'assemblea possa non provvede (tempestivamente) alla nomina dell'organo di controllo determinando una indebita « vacanza »⁽⁹⁾.

Con riferimento al momento di rinnovo dell'organo⁽¹⁰⁾ per scadenza del termine, in realtà il problema non si pone poiché è operativo il meccanismo della *prorogatio*. L'art. 2400 c.c. dispone infatti che la cessazione dei sindaci per scadenza del termine ha effetto dal momento in cui il collegio è stato ricostituito. Pertanto quando scade il mandato dell'organo di controllo, anche se l'assemblea non delibera (tempestivamente) non si ha una « vacanza » dell'organo poiché lo stesso è prorogato *ex lege* e rimane in carica fino a che l'assemblea non nomina un nuovo organo o riconferma quello scaduto.

Diversa è invece la situazione quando si ha la cessazione dei sindaci per una diversa causa ed in particolare nell'ipotesi di rinuncia all'ufficio.

In questo caso, infatti l'operatività del meccanismo della *prorogatio* è discussa. Di seguito vedremo che molte sono le argomentazioni a supporto della tesi della sua non operatività. Se così fosse, e conseguentemente le dimissioni del sindaco fossero da subito efficaci, e se con il meccanismo della sostituzione (*ex art. 2401 c.c.*) non si riuscisse ad integrare il collegio (ad esempio se si sono dimessi contemporaneamente tutti i sindaci effettivi oppure se si sono dimessi oltre al sindaco effettivo i due supplenti), un eventuale non tempestivo intervento dell'assemblea per le nuove nomine porterebbe ad una vacanza dell'organo di controllo. Quanto alle altre possibili cause di cessazione dei sindaci, e quindi morte, decadenza o revoca, queste hanno ovviamente effetto immediato⁽¹¹⁾.

⁽⁸⁾ L'indicazione in atto costitutivo della nomina dei primi sindaci è obbligatoria *ex art. 2328*, comma 2, n. 11 c.c.. La riforma societaria ha modificato la previgente norma che disponeva la mera indicazione del numero dei sindaci e non anche le loro generalità. Pertanto nell'attuale situazione normativa è altamente poco probabile che si possa concludere la costituzione di una S.p.a. senza l'indicazione delle generalità dei suoi organi di controllo. Un'eventuale violazione non costituisce però causa di nullità della società, non essendo ricompresa tra quelle tassativamente indicate nell'art. 2332 c.c. (Magnani 2005).

⁽⁹⁾ In generale l'organo cui competente la nomina dei sindaci, è l'assemblea ordinaria dei soci *ex art. 2364 c.c.*. In base all'art. 2368 c.c. lo statuto può prevedere norme particolari in merito, come ad esempio riservarne la nomina alla minoranza. L'art. 2351 dispone inoltre che la nomina di un sindaco può essere riservata ai possessori di strumenti finanziari. L'indicata disciplina dettata per le società azionarie è richiamata per le società a responsabilità limitata dall'art. 2477 c.c..

⁽¹⁰⁾ L'art. 2400 c.c. dispone che i sindaci nominati restano in carica per tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo al terzo esercizio della carica.

⁽¹¹⁾ Oltre che nell'ipotesi di morte, dove l'assunto è più che ovvio, lo stesso deve ritenersi valido anche nelle ipotesi di decadenza o revoca. In queste situazioni infatti non avrebbe alcun

Altra situazione in cui può determinarsi una (illegittima) omissione della nomina dell'organo di controllo, e quindi una vacanza, si ha nelle società a responsabilità limitata che superano i limiti dimensionali dell'art. 2435-*bis* c.c..

In tali situazioni infatti, peraltro tutt'altro che infrequenti nella pratica, la circostanza che sul piano operativo la società priva di sindaci può continuare a svolgere la propria attività comporta che la stessa possa essere effettivamente protratta (Lambertini 2004)⁽¹²⁾, forse ignorando, o perlomeno sottovalutando, le gravose conseguenze sul piano delle responsabilità e di cui daremo conto di seguito.

3. (Segue): *prorogatio*, sindaci rinunzianti e « vacanza ».

Illustrando le prevedibili circostanze in cui può determinarsi la violazione dell'obbligo di nomina del collegio sindacale si è accennato che la stessa potrebbe aversi quando i sindaci, già nominati, si dimettono dall'ufficio. In tale contesto assume rilevanza la possibilità o meno di applicazione del meccanismo della *prorogatio*. Infatti se si ritiene che a seguito delle dimissioni dei sindaci l'organo di controllo non può venire meno per l'operatività automatica della *prorogatio* degli stessi fin tanto che nuovi componenti non sostituiscano i rinunzianti, il problema della vacanza dell'organo non può verificarsi. Diversamente il problema si pone.

Ricordiamo che nel sistema previgente, in assenza di una normativa specifica, dottrina e giurisprudenza si sono a lungo interrogate sulla possibilità di estendere per analogia ai sindaci il regime della *prorogatio* previsto per amministratori nell'art. 2385 c.c.. Se in sede di scadenza di mandato il principio era unanimemente ritenuto operante (Magnani P. 2005), nell'ipotesi della rinuncia non si aveva analogia unanimità di indirizzo, sebbene si rintracciasse il tentativo di affermarne l'applicabilità nel caso in cui con il sub-ingresso dei supplenti non si completava il *plenum* del collegio e ciò al fine di garantire il funzionamento dell'organo senza soluzione di continuità⁽¹³⁾. Con la riforma del diritto societario, il legislatore ha recepito esplicitamente il principio della *prorogatio* per quanto riguarda la cessazione dei sindaci per scadenza del mandato (art. 2400 c.c.), mentre nulla

senso teorizzare ed imporre la permanenza di un soggetto che non ha (più) i requisiti per ricoprire l'ufficio. Non si può sostenere la permanenza in carica di un soggetto che non soddisfa le caratteristiche soggettive ed oggettive necessarie per ricoprire l'ufficio. Se un soggetto non ha i requisiti che la legge richiede, non può sostenersi che lo stesso permanga in carica fin tanto in quanto venga sostituito. Le stesse considerazioni possono essere fatte in presenza di una giusta causa di revoca.

⁽¹²⁾ L'autore prospetta siffatta « indisturbata » continuazione dell'attività, pur evidenziandone la « grave irregolarità gestionale » foriera delle relative responsabilità in capo agli amministratori.

⁽¹³⁾ La dottrina sottolinea comunque che le singole sentenze favorevoli all'applicazione analogica dell'art. 2385 c.c. sono spesso portatrici di particolarismi interpretativi, la non omogeneità dei pronunciamenti giurisprudenziali dipende poi anche dal tentativo di rendere giustizia nei singoli casi (Talice 2008).

ha innovato per le altre ipotesi di cessazione. Pertanto, stante la lettera della norma che ha ora esplicitamente previsto l'operatività della *prorogatio* nella sola ipotesi della scadenza del mandato, il dubbio interpretativo è se la *prorogatio* operi o meno nelle altre ipotesi di cessazione dei sindaci ed in particolare in seguito alla rinuncia dell'ufficio⁽¹⁴⁾.

Alcuni (Ferrara jr, Corsi 2009, Ambrosiani 2004, Colombo G.E. 2003⁽¹⁵⁾), riprendendo l'interpretazione prevalente nel previgente assetto normativo (Ferri G. 1987, Frè G., Sbisà G. 1997), sostengono che il meccanismo della *prorogatio* sia sempre operativo o perlomeno lo è quando non sia possibile esperire la sostituzione dei sindaci ex art. 2401 c.c., così come ad esempio quando tutti i sindaci rinunciano contemporaneamente alla carica.

Altri, enfatizzando l'indirizzo tracciato con la riforma del diritto societario, pervengono a conclusioni differenti, sostenendo l'inapplicabilità della *prorogatio* ai sindaci dimissionari. Questa interpretazione è supportata da considerazioni di ordine sistematico nonché dalla necessità di proporre un'interpretazione coerente e logica del dettato normativo⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾. Per tale filone interpretativo, la previsione normativa dell'art. 2400 c.c. che prevede la permanenza in carica del collegio scaduto fino alla ricostituzione del nuovo, deve riferirsi a questa sola ipotesi (scadenza del termine) e non può essere estensivamente applicata nelle altre situazioni in cui i sindaci cessano dall'incarico, ed in particolare nell'ipotesi di loro dimissioni. Con riferimento al mero dato testuale e strutturale della disciplina, si osserva che l'ipotesi è contemplata nell'art. 2400 c.c. solo con riferimento alla scadenza del mandato, mentre la causa della rinuncia è contemplata nel successivo articolo del codice che disciplina la sostituzione dei sindaci, accomunandola alle altre possibili cause di cessazione (morte e decadenza) la cui efficacia immediata non può essere posta in discussione. Ciò indicherebbe una chiara volontà del legislatore, esplicitata nell'intervento della riforma, di tener distinte le ipotesi che sono soggette a differenti discipline. Peraltro è stato osservato (Talice P. 2008) che nell'elaborazione del meccanismo stesso della sostituzione il legislatore ha implicitamente ammesso (e conseguentemente accettato) un'incompletezza temporanea (vacanza) dell'organo di controllo⁽¹⁸⁾. E ciò troverebbe la sua giustificazione nel fatto che il collegio sindacale non sarebbe un organo configurato per svolgere un'azione di vigilanza sistematico-quotidiana. Deporrebbe a favore di tale indirizzo la disciplina stessa delle funzioni e dei doveri dell'organo⁽¹⁹⁾. In altri termini il controllo

⁽¹⁴⁾ Quanto alle altre ipotesi di cessazione, ovvero (morte), decadenza e revoca, l'efficacia immediata deve ritenersi pacifica. Vedi nota 11.

⁽¹⁵⁾ Quest'ultimo afferma che il principio della *prorogatio* vale solo per la cessazione per scadenza del termine e non anche per i casi di dimissioni tali da far venir meno il *plenum* del collegio nonostante il subentro dei supplenti.

⁽¹⁶⁾ Per una disamina completa della problematica che si conclude con una condivisibile affermazione del superamento, probabilmente definitivo, dei dubbi interpretativi sulla questione attraverso l'affermazione dell'inapplicabilità della *prorogatio* ai sindaci rinunzianti, si veda Talice P. 2008.

⁽¹⁷⁾ Questa è anche l'interpretazione che esprime il Comitato Triveneto dei notai nell'orientamento I.D.3 disponibile sul sito www.trivenetogiur.it.

⁽¹⁸⁾ Incompletezza che può ritenersi totale qualora si dimettano tutti i sindaci.

⁽¹⁹⁾ L'assolvimento dei doveri imposti al collegio dall'art. 2403 c.c. non impone una loro

che deve svolgere il collegio non dovrebbe comportare che lo stesso sia in carica « senza soluzione di continuità ». Il che dovrebbe anche essere avvalorato dalla considerazione che quando parte delle sue funzioni (il controllo contabile) sono attribuite al revisore, a quest'ultimo non è preclusa la possibilità di dimettersi salvo, in assenza di giusta causa, risarcimento del danno⁽²⁰⁾. Negare la possibilità di dimissioni con efficacia immediata, anche se a seguito delle stesse si verifichi una vacanza dell'organo, non dovrebbe trovare giustificazione anche volgendo lo sguardo a quella che è la disciplina degli altri organismi societari cui è demandata la funzione di vigilanza e controllo, pur in differenti contesti di *governance*. Nel modello dualistico per il consiglio di sorveglianza la *prorogatio* è analogamente disposta solo in sede di scadenza mandato (art. 2409-*duodecies* c.c.). È previsto invece che quando vengono a mancare uno o più componenti l'assemblea provvede senza indugio alla loro sostituzione (art. 2409-*duodecies*, comma 7, c.c.). Qui sebbene siamo innanzi a modelli di *governance* assolutamente differenti non si può negare che le attribuzione di funzioni tra il collegio sindacale e il consiglio di sorveglianza, sia pur con differenti meccanismi funzionali, si sovrappongono ampiamente. Pertanto si dovrebbe poter affermare che il meccanismo della *prorogatio* funzioni in maniera analoga.

Ancora, ritenere operativa la *prorogatio*, seppur limitatamente al caso in cui a seguito delle dimissioni non si completa il *plenum* del collegio, potrebbe condurre a risultati incoerenti. Se si considera infatti che spesso una « volontà di dimissioni » è correlata al riscontro di una cattiva gestione sociale, si avrebbe che l'operatività della *prorogatio* blinderebbe in « *bad company* » i sindaci supplenti o i sindaci meno veloci nel dichiarare le proprie dimissioni. Infine si è osservato che se una rinuncia (dimissioni) può essere « vestita » da decadenza attraverso un uso strumentale delle norme che disciplinano quest'ultima⁽²¹⁾, è chiaro che diventa pretestuoso e contraddittorio sostenere che la *prorogatio* trovi applicazione nel solo caso delle dimissioni. Senza considerare che il principio ricavabile dalle disposizioni sulla decadenza per ingiustificata assenza è quello di ritenere non opportuno che un sindaco rimanga in carica qualora dimostri nei fatti disinteresse per le

presenza fisica a carattere continuato, peraltro la stessa è esplicitamente richiesta con una certa periodicità che quindi esclude il carattere di continuità (il collegio si riunisce almeno ogni 90 giorni e partecipa alle riunioni degli altri organi sociali).

⁽²⁰⁾ Quanto alla possibilità di dimissioni del revisore, se finora nella disciplina interna nulla si diceva, con il decreto di recepimento della direttiva sulla revisione legale dei conti (2006/43/CE) si è previsto che in caso di dimissioni il revisore uscente continui ad esercitare l'incarico fino a quando la società non abbia sostituito il dimissionario e comunque non oltre 6 mesi dalla data delle dimissioni. Ciò vuol dire che il legislatore è orientato ad imporre una *prorogatio* del revisore solo per un ragionevole lasso di tempo (sei mesi) superato il quale le dimissioni diventano efficaci indipendentemente dall'avvenuta sostituzione dello stesso a cura della società.

⁽²¹⁾ L'art. 2404, comma 2, prevede la decadenza dall'ufficio del sindaco che, senza giustificato motivo, non partecipa durante un esercizio sociale a due riunioni del collegio stesso. Analoga disposizione è dettata dall'art. 2405, comma 2 se l'assenza si riscontra nelle riunioni del consiglio di amministrazione, dell'assemblea o del comitato esecutivo.

sue funzioni (attraverso appunto la non partecipazione). Analogamente si dovrebbe ritenere che se il disinteresse è manifestato esplicitamente (dimissioni) non hanno ragion d'essere strumenti legali, se vogliamo coercitivi, che ne impongano la carica. Anzi coerentemente (quindi prevedendo la legittimità di un disinteresse) il legislatore avrebbe esplicitamente disciplinato l'ipotesi della rinuncia a cui segue la sostituzione automatica attraverso il subentro dei supplenti, o con delibera dell'assemblea⁽²²⁾. Da quanto fin qui osservato, emerge che la violazione dell'obbligo di istituzione (o ricostituzione) del collegio sindacale, che genera situazioni di « vacanza » dell'organo di controllo, può innescarsi in diverse situazioni. Può essere che la società si trovi sprovvista dei sindaci poiché a seguito della cessazione degli stessi per una causa diversa da quella della scadenza del mandato, l'integrità del collegio non si è potuta (voluta) ricostituire con il mero meccanismo della sostituzione *ex art.* 2401 c.c., circostanza questa in cui abbiamo visto l'applicabilità della *prorogatio* non è pacifica, nonché, limitatamente alle società a responsabilità limitata, per il superamento dei limiti dimensionali⁽²³⁾. In ogni caso qualunque sia la situazione cui si riconnette la relativa violazione dell'obbligo di istituire il collegio sindacale, le conseguenze e gli effetti cui ci accingiamo a dare conto non mutano.

4. Effetti della violazione dell'obbligo di nomina.

Indicate le possibili circostanze in cui può aversi una violazione dell'obbligo di nomina dell'organo ed assunta l'intenzionalità della situazione, è interessante interrogarsi sugli **effetti** della violazione e quindi sulle conseguenze dell'assenza del collegio sindacale.

L'attuale disciplina⁽²⁴⁾ degli organi di controllo, perlomeno allo stato attuale⁽²⁵⁾, non prevede alcun rimedio per tale situazione, con il rischio che si estenda così un fenomeno che rischia di ledere fortemente gli interessi

⁽²²⁾ Ancora sul piano della volontà del sindaco si può osservare che la previsione della *prorogatio* in sede di scadenza del mandato, in linea di principio non interferisce con la volontà dello stesso poiché tendenzialmente l'interesse del sindaco è quello di essere riconfermato, cosa che peraltro spesso avviene nella pratica.

⁽²³⁾ Ricordiamo che i dati Cerver non censiscono le S.r.l. e fanno riferimento a quasi 4.000 società azionarie sprovviste di collegio sindacale. Non essendo possibile entrare nel merito di queste situazioni è facile ritenere che si tratti ovviamente di realtà in cui la *prorogatio* non è operativa.

⁽²⁴⁾ La fattispecie era invece disciplinata nell'abrogato codice di commercio ove in caso di omessa nomina dei sindaci si prevedeva la possibilità di ciascun socio di adire l'autorità giudiziaria per ottenere la sospensione dell'esecuzione di qualsiasi delibera adottata dall'assemblea. Consiglio nazionale ragionieri, Commissione studio, 1990.

⁽²⁵⁾ La lacuna è ora colmata. Il decreto legislativo di recepimento della direttiva sulla revisione legale dei conti modifica infatti l'art. 2477 c.c. con l'introduzione di un potere di nomina giudiziale del collegio, su istanza di qualsiasi soggetto interessato, qualora l'assemblea non vi provveda entro i 30 giorni successivi all'approvazione del bilancio che certifica l'« obbligo » della nomina.

dei terzi e dell'intera economia⁽²⁶⁾. Ad oggi l'argomento non risulta direttamente affrontato a livello giurisprudenziale⁽²⁷⁾.

L'orientamento della dottrina sull'argomento è pressoché univoco (Domenichini G. 1985, Cavalli G. 1988, CNRPC 1990, Guerra P. 1965, Tedeschi G.U. 1992; De Angelis L. 2006; Cotto A., Ginisio L., Meoli M., Ranalli R. 2007, Alessi R., Ariani N., Morera U. 2007). La tesi prevalente riconduce l'ipotesi della mancanza dell'organo collegiale a causa di scioglimento della società⁽²⁸⁾ ai sensi dell'art. 2484 c.c. punto 3 ovvero per *l'impossibilità di funzionamento o per la continua inattività dell'assemblea*⁽²⁹⁾.

L'assunto nasce dalla constatazione che la presenza dell'organo di controllo è indefettibile talché se ne può ipotizzare una provvisoria carenza solo per eventi di ordine straordinario ed in ogni caso « fisiologici »⁽³⁰⁾.

Coerentemente la disciplina che governa l'organo, ed in particolare la previsione della nomina di supplenti, la *prorogatio* ed il meccanismo di sostituzione, è orientata a minimizzare le situazioni di vacanza sottolineando quindi la necessità della presenza dell'organo⁽³¹⁾. Evidenziamo che postulare l'indefettibilità dell'organo di controllo, non osta con la moderna teoria personalistica della società. In altri termini se pur la società è cosa diversa dai suoi organi, in ogni caso non si può prescindere dall'esistenza degli stessi, poiché questi rappresentano il presupposto logico, sostanziale e operativo del suo funzionamento. Conseguentemente si deve escludere l'ammissibilità di società prive in via permanente ed istituzionale dell'organo di

⁽²⁶⁾ La revisione legale dei conti riduce il rischio di frodi ed insolvenze, incidendo positivamente sul livello di criminalità economica e sui fenomeni di riciclaggio e corruzione. Un recente studio realizzato dal CNDCEC, *Analisi dei fallimenti delle imprese per forma giuridica e ruolo del Collegio Sindacale*, dimostra che l'obbligatorietà della revisione legale dei conti ha significativamente ridotto il rischio d'insolvenza delle imprese ed ha contribuito alla crescita in termini qualitativi, organizzativi e produttivi delle realtà che formano la maggior parte del tessuto economico italiano. In particolare dallo studio è emerso che le S.p.A. presentano tassi di fallimento più contenuti rispetto alle S.r.l. e che le S.r.l. con collegio sindacale fanno registrare tassi di fallimento inferiori rispetto a quelli delle S.r.l. prive dell'organo di controllo. Fondazione Aristeia 2007.

⁽²⁷⁾ Gli interventi delle Corti di merito interessano casi in cui l'organo di controllo è presente, sebbene illegittimo poiché composto (anche) da membri ineleggibili. Sentenze del Trib. Monza, 16 febbraio 1993 e del Trib. Vigevano del 18 giugno 2002 richiamate da DE ANGELIS, 2008.

⁽²⁸⁾ Tale orientamento è avallato anche dall'Orientamento dei notai del Triveneto I.D.3. Vedi nota 17.

⁽²⁹⁾ È questa anche la posizione del CNDC espressa nella denuncia di cui alla nota 2.

⁽³⁰⁾ Nell'argomentare nel precedente par. 3 che ai sindaci dimissionari non si applica il principio della *prorogatio* anche nell'ipotesi in cui la cessazione dei sindaci sia tale per cui con il mero meccanismo della sostituzione non si riesca a ripristinare il *plenum* del collegio, si è fatto cenno ad una non necessaria presenza dell'organo « senza soluzione di continuità ». Pertanto in alcune situazioni, che potremmo definire fisiologiche (e quindi non patologiche), è ammissibile che le società si trovino per un limitato arco temporale prive dell'organo di controllo. Arco temporale che deve ritenersi appunto limitato ai tempi tecnici necessari affinché gli amministratori prendano atto delle cessazioni e convochino l'assemblea affinché prenda gli opportuni provvedimenti.

⁽³¹⁾ L'indefettibilità del collegio sindacale potrebbe essere argomentata anche constatando che lo stesso rappresenta anche l'ultimo baluardo per garantire l'operatività stessa della società quando cessa l'organo amministrativo nelle ipotesi in cui non opera la *prorogatio*. Allo stesso infatti compete l'ordinaria amministrazione fintanto che l'assemblea, convocata d'urgenza dallo stesso collegio, non provvede alla nuova nomina ex art. 2386 c.c.

controllo interno, qualora ovviamente obbligatorio. Questo orientamento è ribadito dalla dottrina (Cavalli 2003) anche nell'ipotesi di società azionarie di tipo familiare, con la coincidenza fisica tra le persone dei soci e degli amministratori, nonché in quelle unipersonali, situazioni queste in cui il socio può non avvertire la necessità di un controllo interno predisposto nel suo medesimo interesse. E ciò perché la garanzia prestata dai sindaci circa la correttezza dell'azione sociale rappresenta un punto di riferimento anche per i terzi (creditori).

L'assunzione dell'imprescindibilità dell'organo di controllo, sia pur come visto non estremizzata in maniera tale da richiedere una presenza dello stesso « senza soluzione di continuità », come accennato comporta che un'eventuale protratta « inerzia » dell'assemblea in relazione alla nomina dell'organo di controllo determina una causa di scioglimento della società ai sensi dell'art. 2484 c.c. punto 3 ovvero per *l'impossibilità di funzionamento o per la continua inattività dell'assemblea*. Ricondurre l'omessa nomina a siffatta causa di scioglimento è naturale tutte le volte in cui l'inerzia assembleare sia dovuta alla circostanza che l'organo non riesce neanche a costituirsi o si trova, per conflitto insanabile tra i soci, nell'impossibilità di deliberare⁽³²⁾. Si ritiene però che la richiamata previsione normativa possa essere tranquillamente estesa anche all'ipotesi in cui i soci, sebbene regolarmente riuniti, non intendano deliberare in merito, prescindendo dalla circostanza se la nomina dell'organo di controllo sia questione posta all'ordine del giorno o meno. Anche in questo caso deve ritenersi infatti che si sia innanzi ad una continua inattività dell'assemblea poiché questa non adotta delibere indispensabili affinché la società sia dotata di tutti gli organi che la legge prescrive per la sua regolare esistenza⁽³³⁾. Peraltro la situazione della società priva di sindaci non può essere ricondotta ad una causa di nullità della società, poiché la stessa non è riconducibile a quelle tassativamente indicate dal codice (art. 2332 c.c.)⁽³⁴⁾.

Esclusa la causa della nullità, prospettare effetti diversi dallo scioglimento non pare ammissibile. In particolare sono da rifiutare tutte le assunzioni volte a ridimensionare la gravità dell'omissione riconducendola a meri ed eventuali effetti che si risolvono solo sul piano delle responsabilità degli amministratori. Sostenere ad esempio che l'omissione non determina alcun effetto giuridico né in capo alla società né sui suoi atti in ragione di un apodittico interesse generale da tutelare in termini di certezza e sicurezza dei rapporti giuridici e commerciali, è una tesi da respingere non solo

⁽³²⁾ È peraltro questa l'elaborazione giurisprudenziale data all'espressione di cui all'art. 2484 c.c. punto 3 che viene ricondotta sostanzialmente allo « stallo decisionale ».

⁽³³⁾ Se in merito non esiste un supporto giurisprudenziale esplicito è semplicemente perché forse non ci sono stati casi di tal merito sottoposti alla attenzione delle Corti. Diversamente, se vi fossero stati, si ritiene che anche la giurisprudenza non avrebbe potuto concludere diversamente.

⁽³⁴⁾ Ricordiamo che la nullità di una società di capitali iscritta nel registro delle imprese può essere acclarata solo 1) nel caso di mancata stipula dell'atto costitutivo nella forma dell'atto pubblico; 2) illiceità dell'oggetto; 3) mancanza nell'atto costitutivo di ogni indicazione riguardante la denominazione della società, o i conferimenti, o l'ammontare del capitale sociale o l'oggetto sociale.

perché non supportata normativamente ma anche perché il presunto « interesse generale da tutelare » che vuole che dall'anomalia in cui versa una società priva dell'organo collegiale non si possono fare discendere effetti che recano in qualche modo pregiudizio ai terzi stessi che intrattengono rapporti con la società « anomala », deve in realtà essere ridimensionato in considerazione che la tutela dei terzi, come già evidenziato⁽³⁵⁾, risulta maggiormente garantita se è presente l'organo di controllo.

5. Scioglimento, continuazione dell'attività e responsabilità degli amministratori.

Da un punto di vista procedurale gli effetti dello scioglimento sono subordinati all'iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese competente di una dichiarazione con cui gli amministratori (Verna S. e Verna G. 2009) ne accertano « senza indugio » la causa. La legge dispone poi che all'inerzia degli amministratori può sopperire il Tribunale su istanza di singoli amministratori, soci (e sindaci)⁽³⁶⁾. Se quindi i soggetti chiamati dalla legge a dare efficacia allo scioglimento compiendo la relativa comunicazione al registro imprese non lo fanno, né direttamente né indirettamente tramite il Tribunale, lo scioglimento non si perfeziona.

In tale eventualità, la legge dispone che gli amministratori che non si attivano⁽³⁷⁾ per la procedura di scioglimento della società « anomala » (priva dei sindaci), sono personalmente e solidalmente responsabili per i danni subiti dalla società, dai soci, dai creditori sociali e soprattutto dai terzi (*ex art. 2485, comma 1, c.c.*). Infatti, poiché tali situazioni come premesso sono « intenzionali » poiché c'è coincidenza (o connivenza) tra compagine sociale ed amministrativa, prevedibilmente la società ed i soci non si attiveranno per azioni di responsabilità contro gli amministratori, ma non altrettanto può dirsi per i creditori sociali⁽³⁸⁾ ed i terzi in genere⁽³⁹⁾. Nella

⁽³⁵⁾ Vedi nota 26.

⁽³⁶⁾ Il Tribunale con decreto accoglie o respinge il ricorso e quindi accerta o meno la causa di scioglimento.

⁽³⁷⁾ Peraltro l'omissione della denuncia è punita da sanzione amministrativa pecuniaria *ex art. 2630 c.c., comma 1 (da 206 a 2.065)*. La sanzione deve ritenersi operativa infatti anche quando la violazione è relativa ad un termine indirettamente definito attraverso formule legislative aperte, quali appunto l'utilizzo di una locuzione del tipo « senza indugio » (Napoleoni 1992).

⁽³⁸⁾ Ad esempio se la continuazione dell'attività in presenza della causa di scioglimento ha arrecato un danno ai creditori è esperibile da quest'ultimi un'azione di responsabilità *ex art. 2395 c.c.*

⁽³⁹⁾ La *ratio* della norma che subordina l'efficacia dello scioglimento ad un atto dichiarativo ed alla sua pubblicità nel registro imprese è insita nella tutela che l'ordinamento garantisce all'affidamento dei terzi. Se il fine della disposizione è meritevole, è però innegabile che nel caso in esame la stessa potrebbe contribuire ad ingenerare e perpetuare condotte omissive. Infatti, se l'omissione comporta lo scioglimento e quest'ultimo per avere efficacia necessita di una dichiarazione da parte di coloro che di fatto « omettono », è consequenziale che nelle situazioni in cui la « vacanza dell'organo » è deliberatamente voluta, di fatto lo scioglimento della società non è efficace e l'omissione riverbera effetti « solo » sul profilo delle responsabilità degli amministratori. Quest'ultimi, soprattutto se anche soci, sono tendenzialmente indotti a sottovalutare

prospettata ipotesi di omissione si configura quindi in capo agli amministratori una responsabilità molto ampia poiché, potendo essere azionata da una pluralità di soggetti, investe praticamente tutti gli ambiti di operatività della società. Pertanto, nell'adottare (o avallare) condotte omissive, gli amministratori devono essere consapevoli che si fanno carico di una responsabilità personale e solidale i cui limiti (e quindi rischi) difficilmente possono essere quantificati a monte. L'aleatorietà degli eventi esterni cui si interfaccia la gestione sociale è tale per cui diventa difficile poter quantificare un'assunzione dei relativi rischi di gestione. In altri termini quando si sono verificati i presupposti che determinano lo scioglimento della società (l'assemblea non procede alla nomina dell'organo di controllo pur in presenza delle condizioni normative che l'imporrebbero) se gli amministratori non rendono efficace lo scioglimento facendo le dovute comunicazioni al registro delle imprese, diventano personalmente perseguibili in tutte le situazioni in cui si procura un danno ai terzi⁽⁴⁰⁾. Ma vi è di più, l'art. 2486, comma 1, modifica radicalmente il potere gestorio degli amministratori nell'intervallo di tempo che corre tra il verificarsi della causa di scioglimento (sottoposta a condizione sospensiva) e la materiale consegna ai liquidatori di tutta la documentazione sociale ex art. 2487-bis c.c.. La norma dispone che gli amministratori conservano il potere di gestire la società ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale.

Pertanto la continuazione dell'attività di impresa al verificarsi della causa di scioglimento è ammessa purché non esponga il patrimonio sociale a nuovi rischi o meglio a rischi non proporzionati per ammontare e durata alla prospettiva di soluzione della crisi (Verna S. e Verna G. 2009).

La violazione di siffatto obbligo comporta che gli amministratori siano responsabili per i danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi.

Nel previgente regime ante riforma, nel quale però ricordiamo le cause di scioglimento operavano *ipso iure*⁽⁴¹⁾, il divieto per gli amministratori era riferito alla possibilità di compiere « nuove operazioni »⁽⁴²⁾. Alla violazione dell'obbligo (divieto), l'amministratore si faceva carico di una responsabilità (per debito) illimitata e solidale per gli affari intrapresi (ex art. 2449, comma 1 previgente).

siffatte responsabilità poiché non riescono a recepirne, né vengono forse edotti, sulla reale portata delle stesse.

⁽⁴⁰⁾ Rimane bene inteso che, come chiarito dalla relazione ministeriale alla riforma, la responsabilità di cui alla disposizione in commento resta subordinata all'accertamento dei danni derivanti dal ritardo o dall'omissione nonché al relativo nesso di causalità, ed alla sussistenza dell'elemento soggettivo qualificante il comportamento degli amministratori.

⁽⁴¹⁾ Al mero verificarsi della causa seguiva l'effetto dello scioglimento che non risultava quindi subordinato da alcun adempimento.

⁽⁴²⁾ La dottrina ha qualificato le stesse in un'accezione aziendalistica riconducibile ad un concetto di nuovo rischio d'impresa. Individuando incompatibilità tra siffatto nuovo rischio e lo stato di scioglimento in cui versa la società. Nuove operazioni hanno perciò finito per essere quelle e solo quelle che non potevano dirsi funzionali alla liquidazione del patrimonio sociale. Poiché la liquidazione ben poteva — e può — realizzarsi anche attraverso la vendita in blocco dell'azienda ancora funzionante, ne conseguiva la piena legittimità di atti imprenditoriali destinati alla conservazione dei valori (anche immateriali) se posti in essere nell'indicata prospettiva di liquidazione in blocco.

Se il previgente divieto per gli amministratori di compiere « nuove operazioni » si può ritenere sostanzialmente coincidente con quello posto ora a carico degli amministratori dall'art. 2486 c.c. (conservazione del patrimonio sociale) ciò che è invece sostanzialmente cambiata è la tipologia della responsabilità cui sono chiamati gli amministratori. Come si legge nella relazione alla riforma, la responsabilità non investe più l'operazione in sé, ma l'eventuale danno conseguente ad una gestione degli amministratori che non sia finalizzata alla conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale, e ciò sia nel caso in cui gli amministratori abbiano compiuto atti che tale finalità eccedono, sia nel caso in cui non abbiano posto in essere atti che a tale fine erano necessari. Cosicché in base ai nuovi artt. 2485 e 2486 c.c., la responsabilità degli amministratori è sempre solidale ed è sempre una responsabilità per danno (e non più per debito). Infatti gli amministratori possono solo compiere atti conservativi e non rispondono per le nuove operazioni *ipso facto*, bensì per i danni causati dalle operazioni di gestione non conservativa.

Evidenziamo infine che le profilate responsabilità per danni non costituiscono ipotesi avulse dal generale sistema delle responsabilità gestorie degli amministratori di società di capitali (Verna S. e Verna G. 2009, Galgano G. 2004, Nicolini G. 2004, Fimmanò F., Esposito C., Traversa L. 2005, Rordorf R. 2009, Fabiani M. 2004).

Quanto alla quantificazione del danno procurato dagli amministratori che continuano nell'ordinario esercizio dell'impresa nonostante il verificarsi di una causa di scioglimento, occorre evidenziare che in generale il tema è uno dei più dibattuti nelle vertenze societarie. Il problema si pone soprattutto ove successivamente sia stato dichiarato il fallimento della società. Trattasi di situazioni in cui la gestione ha eroso il capitale sociale e gli amministratori non si sono tempestivamente adoperati nel prendere i conseguenti provvedimenti. L'elaborazione giurisprudenziale, che si è sviluppata nell'ambito di azioni promosse dai curatori per ottenere la condanna dell'amministratore al risarcimento dei danni in favore della massa dei creditori della società, dopo un lungo dibattito ha ribaltato l'orientamento secondo il quale sarebbe stato possibile identificare il danno nella differenza tra attivo e passivo accertati nell'ambito della stessa procedura fallimentare, giungendo invece ad affermare la necessità di una più rigorosa dimostrazione dello specifico pregiudizio provocato al patrimonio sociale dalle nuove operazioni dalle quali l'amministratore avrebbe dovuto astenersi, imponendo quindi un'indagine più puntuale delle situazioni⁽⁴³⁾. Conformemente la recente sentenza della Cassazione civile del 23 giugno 2008 n. 17033 ha statuito che, in mancanza di uno specifico accadimento, non è possibile determinare il danno in misura pari alla perdita incrementale derivante dalla prosecuzione dell'attività, poiché non tutta la perdita riscontrata dopo il verificarsi della causa di scioglimento può essere riferita alla prosecuzione dell'attività medesima.

(43) Per l'evoluzione giurisprudenziale in merito vedi Rudorf R., 2008.

6. L'annullabilità delle delibere sociali nell'ipotesi di mancata nomina del collegio sindacale: un principio scaturito dalla sentenza della Corte di Cassazione del 9 maggio 2008, n. 11554.

Oltre ai gravosi profili di responsabilità per danno in capo agli amministratori, la mancanza del collegio sindacale è una situazione che riverbera effetti anche sugli atti della società. Ciò è quanto può trarsi da una recente sentenza della Corte di Cassazione, la n. 11554 del 8 maggio 2008. Estendendo le conclusioni e le argomentazioni sviluppate nella stessa, si può sostenere che la mancanza dell'organo di controllo nelle società di capitali, ovviamente ove obbligatorio, determina l'annullabilità di alcuni dei suoi atti, ed in particolare di quelli nel cui processo di formazione ha concorso (o meglio dovrebbe concorrere) anche il collegio sindacale⁽⁴⁴⁾. Nella sentenza n. 11554⁽⁴⁵⁾ la Suprema Corte ha affermato che lo stato di « incompatibilità » di un membro del collegio sindacale⁽⁴⁶⁾ determina una decadenza automatica del sindaco e conseguentemente una illegittima costituzione dell'organo di controllo poiché impossibilitato ad operare correttamente con il numero minimo dei membri prescritti dalla legge. Da ciò discende, ed è questo forse l'aspetto più innovativo della sentenza, l'annullabilità degli atti direttamente compiuti dall'organo di controllo illegittimo, o comunque direttamente influenzati dal parere dello stesso⁽⁴⁷⁾. Viceversa precisa la Corte il vizio di costituzione del collegio sindacale non è di per sé idoneo ad incidere sulla legittimità degli atti compiuti da organi diversi, quali l'assemblea dei soci o il consiglio di amministrazione, salvo che, « *si tratti di atti confluenti in un medesimo procedimento, o comunque di atti tra loro legati da un nesso di consequenzialità necessaria sul piano giuridico* ». La consequenzialità si ravvisa, ad esempio, nel procedimento di approvazione del bilancio di esercizio ove, a parere della Suprema Corte, « *l'illegittima costituzione del collegio sindacale è destinata ad inficiare la regolarità del procedimento di approvazione del bilancio sociale e della deliberazione assembleare che lo conclude, perché la relazione dei sindaci costituisce indiscutibilmente un momento essenziale di detto procedimento* ».

Sottolineiamo che la Corte si preoccupa inoltre di circoscrivere in qualche modo il concetto di consequenzialità affermando che è intrinseco al concetto stesso di società che gli atti posti in essere dai diversi organi di una società si influenzino in qualche modo, ma da ciò non può (e non deve) concludersi che il vizio che inficia un organo e rende illegittimi i suoi atti possa compromettere e travolgere la legittimità degli atti posti in essere da altri organi della società.

⁽⁴⁴⁾ Questa soluzione era in qualche modo già stata identificata dalla dottrina la quale in difetto della (regolare) esistenza dell'organo di controllo aveva ipotizzato l'invalidità delle deliberazioni assembleari, sempre che l'omessa nomina dei sindaci incida direttamente sulla delibera in relazione al suo specifico oggetto (Cavalli 1988).

⁽⁴⁵⁾ Per un commento (De Angelis L. 2008, e Ancilotti S. 2008).

⁽⁴⁶⁾ Nello specifico la causa di incompatibilità nasceva da un rapporto di consulenza tra il sindaco e la società.

⁽⁴⁷⁾ Testualmente la Corte afferma che tale fattispecie « si risolve in un difetto di costituzione dell'organo e, di riflesso, in una ragione di illegittimità degli atti da esso compiuti ».

Diversamente, per la Corte, si « *comprometterebbe il legittimo affidamento dei soci e dei terzi sulla certezza e sulla stabilità di atti intrinsecamente non viziati* ». Le conclusioni della Corte in merito agli effetti dell'irregolare costituzione dell'organo di controllo sulle decisioni societarie potrebbero essere estese, *mutatis mutandis* anche al caso indagato di mancata nomina del collegio sindacale. Infatti, se nel caso esaminato dalla Corte con la decadenza *ipso jure* di un sindaco incompatibile si ha l'illegittimità del collegio, con la conseguenza che gli atti posti in essere con il concorso dello stesso sono annullabili, analogamente si può affermare che lo stesso effetto (annullabilità delle delibere) deve aversi anche nel caso in cui il collegio non esista *ab origine* perché non nominato. La situazione che una società abbia un collegio illegittimo, è quindi inidoneo ad operare, può ritenersi analoga a quella in cui semplicemente, pur essendovi tenuta per legge, non lo abbia per mera omissione degli organi preposti alla nomina. Pertanto se le due situazioni, pur originate da circostanze diverse (ineleggibilità/decadenza di un membro che travolge la legittimità dell'intero collegio o organo non nominato *ab origine*), sono sostanzialmente identiche, perché in entrambe non c'è un (valido) organo di controllo, identici debbono essere anche i relativi effetti sulla società e sui suoi atti. In altri termini, estendendo i principi della sentenza n. 11554 all'ipotesi di mancata nomina del collegio sindacale l'effetto conseguente è l'annullabilità degli atti posti in essere dagli altri organi societari, sempre che in tali atti (o nel procedimento di formazione degli stessi) il ruolo dei sindaci avrebbe potuto in qualche modo incidere. L'esempio del bilancio d'esercizio ritorna calzante. Infatti è chiaro che un documento come quello del bilancio, che si compone anche della relazione dei sindaci⁽⁴⁸⁾, se privo « a corollario » di tale documento perché la società pur dovendo essere provvista di un collegio sindacale in realtà non ce l'ha, comporta la possibilità di considerare il documento viziato e conseguentemente annullabile la relativa delibera di approvazione⁽⁴⁹⁾. La delibera annullabile e non impugnata, o non tempestivamente impugnata nel termine di decadenza di 90 giorni, è idonea a produrre effetti giuridici.

Detto ciò, nel caso in esame, il rischio dell'annullabilità di alcune delibere sociali, potrebbe avere ridotti risvolti pratici, di cui però è opportuno tener conto. La disciplina dell'annullabilità delle delibere assembleari *ex artt. 2377 e 2479-ter c.c.* prevede infatti la possibilità di esperire l'azione solo limitatamente ad alcuni soggetti (soci assenti, dissenzienti ed astenuti, amministratori, consiglio di sorveglianza e collegio sindacale). L'interpreta-

⁽⁴⁸⁾ Senza considerare che nel merito della valutazione ed iscrizione di alcune voci è necessario un preventivo parere dell'organo di controllo. Ricordiamo che i costi di impianto e di ampliamento, i costi di ricerca e sviluppo e di pubblicità aventi utilità pluriennale nonché l'avviamento possono essere iscritti nell'attivo con il consenso, che deve leggersi ove necessariamente esistente, del collegio sindacale *ex art. 2426, comma 1 punti 5) e 6)*.

⁽⁴⁹⁾ Difficile ritenere che in tale ipotesi il vizio sul documento di bilancio sia inquadrabile come irregolarità rilevante ai fini dell'applicazione della sanzione penale per falsa comunicazione sociale *ex art. 2621*, il c.d. reato di falso in bilancio. Ipotesi questa che andrebbe in ogni caso verificata sotto il profilo dell'elemento oggettivo del reato tale per cui la violazione deve essere significativa, idonea a fornire una rappresentazione ingannevole nel destinatario dell'informativa nonché si devono superare le soglie minime quantitative previste dalla legge nell'*art. 2621 c.c.*

zione dottrinale estende il diritto anche agli altri soggetti cui può convenzionalmente competere il diritto di voto quali il creditore pignoratizio e l'usufruttuario (*ex art. 2352*) (Napolitano F. 2003, Bisogni G.B. 2008). Non è pacifico però se in questi casi la legittimazione spetti al solo detentore del diritto di pegno/usufrutto o anche al socio (Cian G. Trabucchi A. 2007).

È chiaro che se si dovesse aderire alla tesi di una legittimazione per entrambi i soggetti, l'alterità intrinseca che sussiste tra gli stessi (portatori tendenzialmente di interessi non necessariamente coincidenti), potrebbe fare emergere la problematica in argomento, ovvero il rischio dell'annullabilità delle delibere sociali. Pertanto ove esistano diritti reali di garanzia sulle azioni o quote è necessario tenere in considerazione anche un « potenziale rischio » annullabilità delle delibere.

In situazioni ordinarie, ovvero ove non esistano diritti reali di garanzia sulle azioni o quote, nell'ipotesi assunta di « volontarietà » dell'omissione dell'organo di controllo il rischio di annullabilità deve invece ritenersi pressoché nullo.

Infatti se gli unici soggetti chiamati a poter esperire l'azione di annullamento sono solo gli amministratori o i soci assenti, dissenzienti ed astenuti, ovvero i soggetti che hanno realizzato (o avallato) l'omissione, è chiaro che un procedimento di annullabilità delle delibere non sarà prevedibilmente mai esperito. Conseguentemente le delibere societarie, prescritti i termini per l'impugnazione, sarebbero sempre idonee a produrre effetti giuridici. Cosicché seppur identificabile giuridicamente un effetto (annullabilità di alcuni atti sociali) in realtà lo stesso potrebbe risultare alquanto circoscritto.

7. Conclusione e possibili rimedi: la proposta del Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e l'indirizzo legislativo di recepimento della direttiva sulla revisione legale dei conti.

Da quanto osservato nei precedenti paragrafi, si possono trarre alcune conclusioni. Innanzitutto si è visto che nell'attuale contesto normativo, seppur indirettamente, si tratta con estremo rigore la violazione dell'obbligo di istituzione del collegio sindacale nelle società di capitali. In particolare la previsione dello scioglimento delle società ⁽⁵⁰⁾ ⁽⁵¹⁾, ma soprattutto la respon-

⁽⁵⁰⁾ Occorre osservare anche però che se il rimedio che l'ordinamento offre in caso di violazione dell'obbligo di nomina del collegio sindacale è lo scioglimento della società, è chiaro che se però la società è già in fase di liquidazione non esistono strumenti azionabili affinché si pervenga alla nomina del collegio sindacale (ove obbligatorio), la cui presenza è normativamente disposta (*ex art. 2488 c.c.*). Analogamente, se la società si scioglie a seguito della mancata nomina del collegio, si deve forzatamente accettare che in fase liquidatoria la società rimanga priva dell'organo. Nel sistema non esistono infatti disposizioni « coercitive » che consentano di addivenire ad una loro nomina (giudiziale) neanche in tali casi. Peraltro in tali situazioni le responsabilità viste per gli amministratori potrebbero non operare in capo ai liquidatori se questi convocassero l'assemblea perché proceda alla nomina e quest'ultima non deliberasse in merito.

⁽⁵¹⁾ Il collegio sindacale rimane organo necessario durante la fase di liquidazione e non

sabilità che si profila in capo agli amministratori che non si attivano per la nomina ed avallano situazioni di « vacanza » dell'organo di controllo, sono conseguenze molte gravose. Dal che si dovrebbe concludere che una maggiore comprensione (o semplicemente conoscenza) da parte degli attori in gioco (soci e amministratori) di siffatte conseguenze dovrebbe indurre ad una limitazione del problema. Pur tuttavia secondo alcuni lo scioglimento, nonché i profili di responsabilità che gravano in capo agli amministratori, non sono rimedi che costituiscono un sufficiente deterrente per le condotte omissive. Secondo questa impostazione sarebbe forse opportuno che il legislatore intervenga anche per altre vie: in particolare viene auspicata l'introduzione di una esplicita normativa al riguardo, che preveda oltre a specifiche sanzioni, non necessariamente pecuniarie, anche la possibilità di una nomina giudiziaria dell'organo. Così come avviene ad esempio nel caso della mancata nomina della società di revisione nelle società quotate, dove è attribuito alla Consob il potere di procedere all'affidamento dell'incarico alla società di revisione qualora l'assemblea non vi abbia provveduto. Un contributo in tale direzione è stato indicato dal Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, che per le società che ignorano l'obbligo di nomina del revisore e/o dell'organo di controllo, suggerisce l'opportunità di una nomina giudiziaria dello stesso, l'introduzione di un'esplicita ed adeguata sanzione pecuniaria nonché l'interdizione al rilascio di visure o di certificati camerali⁽⁵²⁾. In particolare, nella soluzione prospettata dall'organismo di categoria dei dottori commercialisti ed esperti contabili si ipotizza che nelle S.p.a., i sindaci in *prorogatio* dovrebbero poter richiedere dapprima ai soci e successivamente al Tribunale di procedere alla nomina dell'organo di controllo. Nelle S.r.l., in sede di deposito dei bilanci presso il registro delle imprese dovrebbe essere imposto l'obbligo di comunicare il superamento dei parametri di cui all'art. 2477 c.c.. Qualora tali parametri siano stati superati e la società non abbia provveduto alla nomina dell'organo di controllo, il giudice del registro dovrebbe intimare ai soci di procedere alla nomina in un termine fissato. Nel caso di perdurante omissione la nomina dell'organo di controllo dovrà essere affidata al Tribunale. Il potere di impulso per la nomina dell'organo di controllo potrebbe essere attribuito anche a chiunque altro interessato. L'indirizzo proposto dal Consiglio Nazionale si ritiene essere in ogni caso una soluzione efficiente per in-

può essere soppresso con deliberazione assembleare. Così la giurisprudenza del Trib. Milano, 6 ottobre 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 1679; Trib. Roma, 30 settembre 1994, in *Le Società*, 1995, p. 561; Trib. Roma, 12 luglio 1983, in *Giur. comm.*, 1984, II, p. 636; Trib. Cosenza, 22 dicembre 1982, in *Le Società*, 1983, p. 1037. Peraltro, i compiti di vigilanza dei sindaci, in relazione alle speciali prerogative attribuite loro dalle disposizioni sulla liquidazione *ex artt.* 2485, comma 2, e 2487, comma 2 e 4; art. 2450, comma 3 e 4, *prev.*, assumono durante la fase di liquidazione « un contenuto più intenso e penetrante che non durante la vita ordinaria della società » (Nicolini G. 1997). Secondo quest'ultimo autore i sindaci devono partecipare alle riunioni dei liquidatori, tuttavia, *contra*, Borgia Cavallo, 1985.

⁽⁵²⁾ Vedi le osservazioni al documento di consultazione del dipartimento del tesoro concernente l'attuazione della Direttiva 2006/43/CE, 28 maggio 2008, Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili disponibile in <http://www.cndcec.it/PORTAL/home/jsp/cndc.jsp?cndct=0000004099&cndcp=0000000217>.

tervenire sulle situazioni di violazione dell'obbligo di nomina, avendo il pregio di poter raggiungere il risultato perseguito in « economia di mezzi ».

A seguito del dibattito sviluppatosi sul tema, parte di tali orientamenti, ed in particolare la previsione di una nomina giudiziale dell'organo di controllo, è stato recentemente trasposto in norma in sede di recepimento della direttiva sulla revisione legale dei conti (2006/43/CE). In particolare, il decreto legislativo emanato, oltre ad estendere l'obbligo di nomina del collegio sindacale alle società tenute al bilancio consolidato ed alle controllanti di società soggette a revisione legale, dispone il potere di nomina del collegio, in caso di inerzia assembleare, da parte del Tribunale su istanza di qualsiasi soggetto interessato.

La modifica normativa è una ulteriore conferma della necessità e dell'interesse pubblico dell'organo sindacale. Con essa dovrebbero ridursi drasticamente i margini per ipotizzare, così come fatto nel presente scritto, casi di omissione e violazione dell'obbligo di nomina dell'organo collegiale. Ma forse quanto fin qui scritto mantiene per certi versi la sua validità.

Bibliografia

- ALESSI R., ARIANI N., MORERA U., *Il collegio sindacale, le nuove regole*, Giuffrè, 2007.
- AMBROSIANI F., *Sub artt. 2400-2402 c.c., Il nuovo diritto societario*, in *Commentario* diretto da COTTINO G., BONFANTE G., CAGNASSO O., MONTALENTI P., Zanichelli, 2004.
- ANCILOTTI S., *Principio di chiarezza e funzione informativa del bilancio sociale. Decadenza di un membro del collegio sindacale e conseguenze sugli atti del collegio e degli altri organi sociali*, in *Riv. not.*, 5/2008, II, p. 1126.
- BISOGNI G.B., *Sub art. 2352 c.c., Azioni*, in *Commentario alla riforma delle società*, a cura di MARCHETTI P., BIANCHI L., GREZZI F., NOTARI M., Egea, 2008.
- BORGIA CAVALLO R., *Lo scioglimento e la liquidazione nella società per azioni*, *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, XVII, 1985.
- CAGNASSO O., *Il ruolo del collegio sindacale nelle S.r.l. e nelle Spa: profili di un confronto*, in *Giur. comm.*, 3/2006, p. 348.
- CAVALLI G., *Il controllo legale dei conti nelle società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 6/2003, p. 710.
- CAVALLI G., *Controlli, Obbligazioni*, in *Trattato delle Società per azioni*, Colombo G.E. e Portale G.B., Utet, 1988.
- CIAN G., TRABUCCHI A., *Sub art. 2377*, in *Commentario breve al codice civile*, 2007.
- COLOMBO G.E., *Amministrazione e controllo*, atto delle Riunioni di Studio del Consiglio Notarile di Milano per lo studio della riforma delle società, novembre 2002-marzo 2003, su www.notarlex.it.
- CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI, Fondazione Aristeia, *Fallimenti e collegio sindacale*, 2007.
- CONSIGLIO NAZIONALE DEI RAGIONIERI E PERITI COMMERCIALI, Commissione studi per il collegio sindacale, *Il collegio sindacale*, Giuffrè, 1990.
- COTTO A., GINISIO L., MEOLI M., RANALLI R., *Il collegio sindacale, Attività di controllo e procedure pratiche*, Ipsoa, 2007.
- DE ANGELIS, *Gli effetti delle decadenza del sindaco in eleggibile sugli atti posti in essere dalla società*, in *Il fisco*, 26/2008.

- DE ANGELIS L., *Manuale del revisore contabile e del sindaco nelle società non quotate*, Maggioli, 2006.
- DOMENICHINI G., *Il collegio sindacale nelle società per azioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., 1985.
- FABIANI M., *L'azione di responsabilità per le operazioni successive allo scioglimento nel passaggio tra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Il Fallimento*, 2004, p. 292.
- FERRARA F. JR., CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, 2009.
- FERRI G., *Le Società*, *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, 1987.
- FIMMANÒ F., ESPOSITO C., TRAVERSA L., *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, Milano, 2005.
- FRÈ G., SBISA G., *Sub art. 2401, Società per azioni*, in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, Zanichelli, 1997.
- GALGANO G., *Diritto civile e commerciale, Le società di capitali e le cooperative*, Cedam, 2004.
- GUERRA P., *Società per azioni senza sindaci?*, in *Riv. soc.*, 1965, p. 1147.
- LAMBERTINI L., *La società a responsabilità limitata*, Cedam, 2004.
- MAGNANI P., *Sub art. 2400 c.c., Collegio sindacale Controllo contabile*, in *Commentario alla riforma delle società*, Giuffrè, 2005.
- NAPOLEONI V., *I reati societari*, vol. II., Giuffrè, 1992.
- NAPOLETANO F., *Sub art. 2471-bis, Manuale teorico pratico delle S.r.l.*, Euroconference, 2003.
- NICCOLINI G., *Società di capitali*, in *Commentario* a cura di NICCOLINI G. e STAGNO D'ALCONTRES A., Jovene, 2004.
- NICCOLINI G., *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società per azioni*, in *Trattato delle Società per azioni*, Colombo G.E. e Portale G.B., Utet, 1997.
- RUDORF R., *La responsabilità degli amministratori per operazioni successive alla perdita del capitale*, in *Le Società*, 3/2009, p. 277.
- RUDORF R., *La responsabilità civile degli amministratori di S.p.a. sotto la lente della giurisprudenza*, in *Le Società*, 10/2008, p. 1199.
- SALAFIA V., *Il controllo contabile nelle S.r.l. alla luce della riforma*, in *Le Società*, 1/2003, p. 13.
- TALICE P., *Applicabilità della prorogatio ai sindaci rinunziati dopo la riforma del diritto societario*, in *Le Società*, 1/2008, p. 24.
- TEDESCHI G.U., *Il collegio sindacale, Sub art. 2397*, in *Codice civile Commentato*, diretto da P. SCHLESINGER, 1992.
- VERNA S. e VERNA G., *La liquidazione delle società*, Cedam, 2009.